

Año del Bicentenario

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Secretaría de Jurisprudencia

“DERECHO A LA SALUD”

Mayo
2010

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Derecho a la Salud. - 1a ed. - Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010.
256 p.; 24x16 cm.

ISBN 978-987-1625-07-9

1. Derecho a la Salud. 2. Jurisprudencia.
CDD 348

SUMARIO

Pág.

ALGUNAS PAUTAS JURISPRUDENCIALES CASOS ANALIZADOS

LOS SALADERISTAS PODESTA (14/05/1887 - Fallos: 31:273) <i>Salud pública - Saladeristas - Derechos adquiridos.</i>	1
MIZRAHI DE TUCUMAN S.A. (16/09/1976 - Fallos: 295:850) <i>Salud pública - Poder de policía - Estado Nacional - Estado Provincial - Fondo de Salud Pública - Contribución.</i>	7
SAGUIR Y DIB, CLAUDIA GRACIELA (06/11/1980 - Fallos: 302:1284) <i>Salud - Vida - Transplante - Familia.</i>	12
CISILOTTO, MARIA DEL CARMEN BARICALLA DE (27/01/1987 - Fallos: 310:112) <i>Derecho a la salud - Derecho a la vida.</i>	26
AMANTE, LEONOR Y OTROS (24/10/1989 - Fallos: 312:1953) <i>Asistencia médica oportuna - Responsabilidad - Negligencia - Relación de causalidad - Daños y perjuicios - Apreciación de elementos probatorios - Sentencia arbitraria.</i>	36
BRESCIA, NOEMI LUJAN (22/12/1994 - Fallos: 317:1921) <i>Personal médico - Servicio de asistencia a la salud - Responsabilidad civil.</i>	41
LABORATORIOS RICAR S.A. (23/11/1995 - Fallos: 318:2311) <i>Salud pública - Medicamentos.</i>	81
B., R. E. (17/12/1996 - Fallos: 319:3040) <i>Policía Federal - SIDA - Derecho a la intimidad - Salud pública.</i>	91
LABORATORIOS RONTAG (12/05/1998 - Fallos: 321:1434). <i>Medicamentos - Salud pública - Ley 16.463.</i>	109
POLICLINICA PRIVADA DE MEDICINA Y CIRUGIA S.A. (11/06/1998 - Fallos: 321:1684) <i>Derecho a la salud integral - Medicina prepaga - Ley 24.754 - Nosocomio público - Internación - Menores - Convención sobre los Derechos del Niño.</i>	114
NOWINSKI, ELSA ALICIA (23/02/1999 - Fallos: 322:215) <i>Afiliación obligatoria - I.O.M.A. - Sistema jubilatorio - Principio de solidaridad.</i>	118
SCHAUMAN DE SCAIOLA, MARTHA SUSANA (06/07/1999 - Fallos: 322:1393) <i>Personal médico - Servicio de asistencia a la salud - Responsabilidad civil - Mala praxis.</i>	125

ASOCIACION BENGHALENSIS Y OTROS (01/06/2000 - Fallos: 323:1339) <i>Acción de amparo - Derechos de incidencia colectiva - Legitimación - Asociaciones - Derecho a la vida - Derecho a la salud - Estado Nacional - Ley 23.798.</i>	133
CAMPODONICO DE BEVIAQUA ANA CARINA (24/10/2000 - Fallos: 323:3229) <i>Responsabilidad del Estado - Derecho a la salud - Programa Médico Obligatorio - Menores.</i>	152
T., S. (11/01/2001 - Fallos: 324:5) <i>Interrupción de embarazo - Feto anencefálico - Vida embrionaria - Derecho a la salud psíquica y física.</i>	162
ETCHEVERRY, ROBERTO EDUARDO (13/03/2001 - Fallos: 324:677) <i>Contratos - Medicina prepaga - Ley de defensa del consumidor - SIDA.</i>	197
HOSPITAL BRITANICO DE BUENOS AIRES (13/03/2001 - Fallos: 324:754) <i>Leyes 24.455 y Ley 24.754 - Medicina prepaga - Prestaciones mínimas obligatorias - Costo exorbitante - HIV - Drogadicción.</i>	210
MONTESERIN, MARCELINO (16/10/2001 - Fallos: 324:3569) <i>Discapacidad - Responsabilidad del Estado - Financiamiento de las prestaciones de salud.</i>	224
RAMOS, MARTA ROXANA Y OTROS (12/03/2002 - Fallos: 325:396) <i>Derecho a la nutrición - Cuota alimentaria - Asistencia social - Educación - Pensión mensual ley 23.746 - Responsabilidad del Estado.</i>	234
PEÑA DE MARQUES DE IRAOLA, JACOBA MARIA (16/04/2002 - Fallos: 325:677) <i>Medicina prepaga - Contrato de cobertura - Contrato de adhesión - Interpretación - Transplante de órganos - Asistencia médica.</i>	244
NEIRA, LUIS MANUEL Y OTRA (21/08/2003 - Fallos: 326:2906) <i>Medidas cautelares - Prestaciones - Interés superior del niño.</i>	255
ASOCIACION DE ESCLEROSIS MULTIPLE DE SALTA (18/12/2003 - Fallos: 326:4931) <i>Legitimación - Derechos de incidencia colectiva - Defensor del pueblo - Acción de amparo - Medicamentos.</i>	260
MARTIN, SERGIO GUSTAVO Y OTROS (08/06/2004 - Fallos: 327:2127) <i>Derecho a la vida y a la salud - Menores - Discapacitados - Ley 22.431 - Obligaciones del Estado - Sistema Unico de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad - Ley 24.901 - Carga de adoptar las medidas razonables.</i>	269
MALDONADO, SERGIO ADRIAN (23/11/2004 - Fallos: 327:5210) <i>Derecho a la salud - Acción de amparo - Obras sociales - Interés superior del niño.</i>	276
V., W. J. (02/12/2004 - Fallos: 327:5373) <i>Obras Sociales - Medicina prepaga - SIDA - Afiliación.</i>	282
ORLANDO, SUSANA BEATRIZ (24/05/2005 - Fallos: 328:1708) <i>Discapacidad - Sistema Nacional de Seguro de Salud - Medicación - Responsabilidad del Estado.</i>	288

	Pág.
F., S. C. (20/12/2005 - Fallos: 328:4493) <i>Medida cautelar - Afiliación - Obra social.</i>	298
T., R. A. (27/12/2005 - Fallos: 328:4832) <i>Internación - Debido proceso - Control jurisdiccional - Conflicto de competencia - Medidas urgentes - Principio de inmediatez.</i>	301
RODRIGUEZ, KARINA VERONICA (07/03/2006 - Fallos: 329:553) <i>Derecho a la nutrición - Ley 25.724 - Incompetencia originaria de la Corte Suprema.</i>	307
BARRIA, MERCEDES CLELIA Y OTRO (11/04/2006 - Fallos: 329:1226) <i>Costas - Derecho a la salud - Estado Nacional - Provincias.</i>	312
REYNOSO, NILDA NOEMI (16/05/2006 - Fallos: 329:1638) <i>Programa Médico Obligatorio - Prestaciones - Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.</i>	318
LEDESMA, LUIS (11/07/2006 - Fallos: 329:2737) <i>Competencia originaria - Mala praxis médica - Hospital público - Responsabilidad civil - Salud pública.</i>	328
CAMBIASO PERES DE NEALON, CELIA MARIA ANA Y OTROS (28/08/2007 - Fallos: 330:3725) <i>Medicina prepaga - Obras sociales - Empresa - Fines económicos y sociales.</i>	334
MARIA, FLAVIA JUDITH (30/10/2007 - Fallos: 330:4647) <i>Vía procesal - Acción de amparo - Reclamo por vía administrativa - Cobertura de prestaciones.</i>	353
R., M. J. (19/02/2008 - Fallos: 331:211) <i>Incapacidad - Internación - Competencia - Principio de inmediatez - Control jurisdiccional.</i>	361
CHAMORRO, CARLOS (01/04/2008 - Fallos: 331:453) <i>Acción de amparo - Derecho a la salud - Ley de Obras Sociales - Medicina prepaga - Mutual - Programa Médico Obligatorio.</i>	374
OBRA SOCIAL PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE (OSPLAD) (20/05/2008 - Fallos: 331:1262) <i>Obras sociales - Seguridad social - Convenio de transferencia - Derecho a la salud.</i>	379
GRIMANI, PARDO (17/03/2009 - Fallos: 332:399) <i>Derecho a la salud - Leyes 23.660 y 23.661 - Beneficiarios adherentes.</i>	391
TORRILLO, ATILIO AMADEO Y OTRO (31/03/2009 - Fallos: 332:709) <i>Daños y perjuicios - Ley de riesgos del trabajo - Aseguradora de riesgos del trabajo - Condiciones dignas de trabajo.</i>	396
ARRIOLA, SEBASTIAN Y OTROS (25/08/2009 - Fallos: 332:1963) <i>Tenencia de Estupefacientes - Consumo personal - Punción - Salud Pública.</i>	410

BALDIVIESO, CESAR ALEJANDRO (20/04/2010)

*Derecho a la vida - Asistencia profesional - Atención médica - Salud - Ambito de
privacidad - Secreto médico - Confidencialidad.*

453

BUÑES, VALERIA ELISABET (19/05/2010)

Obra Social - Técnica experimental.

472

ANEXO I

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

**COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: Observación
general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (ar-
tículo 12 del PIDESC).**

*Derecho a la salud - Art. 12 del PIDESC - Contenido normativo - Obligaciones de los
Estados Partes - Obligaciones de otros actores.*

478

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: CASO XIMENES LOPES
VS. BRASIL, (04/07/2006 - Serie C, 149 esp.).**

*Condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización - Discapacitado mental -
Responsabilidad internacional - Derecho a la vida - Derecho a la integridad personal
- Derecho a las garantías judiciales - Derecho a la protección judicial.*

498

ANEXO II

CONSTITUCION NACIONAL Y CONSTITUCIONES PROVINCIALES

DERECHO A LA SALUD

610

**SITIO WEB DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

<http://www.csjn.gov.ar/> • <http://www.cij.csjn.gov.ar/>

- **NOVEDADES**

- **JURISPRUDENCIA**

- CONSULTA TEMÁTICA EN SUMARIOS-FALLO Y DICTAMEN
Parte de los fallos elegidos para esta base integran la presente publicación
- CONSULTA DE TEXTOS FALLOS COMPLETOS
Sin sumarios
- LISTA DE SENTENCIAS RECIENTES

Algunas pautas jurisprudenciales

Casos Analizados

Salud pública - Saladeristas - Derechos adquiridos.

Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios. 14/05/1887- Fallos: 31:273.

Antecedentes:

La legislatura de la Provincia de Buenos Aires ordenó la suspensión de las faenas realizadas por los saladeros en el Riachuelo de Barracas. Estos demandaron a la provincia por los daños y perjuicios causados argumentando que ésta actuó en forma irreflexiva y arbitraria lo que trajo la ruina injustificable de numerosos y honrados industriales.

Por su parte, la provincia sostuvo que su deber era velar por la salud pública que se hallaba comprometida por los saladeros, clasificados como establecimientos insalubres de primera clase. Agregó que cumplió con su deber después de haber agotado todos los medios a su alcance para que dichos establecimientos se pusieran en condiciones higiénicas que los hicieran inocuos.

La Corte por mayoría, rechazó la demanda.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Derechos adquiridos. Salud pública.** (Considerando 3°).
- b) **Potestad reglamentaria de los gobiernos locales. Salud pública.** (1) (Considerandos 4° y 6°).

Estándar aplicado por la Corte:

- El dictado de una legislación provincial que reglamenta el ejercicio de una industria en tutela de la salud pública —estableciendo o modificando con-

(1) **Nota de Secretaría:** En la causa "Metrovías S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Vecinal Belgrano c. Manuel Belgrano y otro'" (Fallos: 328:2716), la Corte se pronunció respecto del juez competente para entender en una causa en que se analizaba el poder de policía en materia de salubridad, en la distribución de potestades entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado Nacional.

diciones en miras a su inocuidad—, no viola los derechos adquiridos ni el derecho de propiedad de los titulares de un permiso de establecimiento industrial de fecha anterior, cuya autorización es retirada en virtud de la nueva normativa (2).

Texto del Fallo: (3)

Buenos Aires, 14 de mayo de 1887.

Vistos: Los saladeristas, Don Santiago, Don José y Don Gerónimo Podestá, Don Guillermo Bertram, Don Guillermo Anderson, Don Casimiro Ferrer, Don Gerónimo Rocca, Don Constant Sana María, Don Juan Smith y Don Gerónimo Soler y Cía, demandan á la provincia de Buenos Aires por la indemnizacion de los daños y perjuicios que les ha causado la suspensión de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas, ordenada por su Lejislatura Provincial por ley de seis de Setiembre de mil ochocientos setenta y uno.

Los demandantes, después de hacer mérito de la ley de treinta y uno de Mayo de mil ochocientos veinte y dos, ordenando que los saladeros se establecieran á una legua distante de la ciudad, tomada por la parte del Oeste y del Norte, desde la barranca, y por la parte del Sur al otro lado del Riachuelo, y de recordar las diversas disposiciones administrativas de los años subsiguientes reglamentando dichos establecimientos dicen: que dados estos antecedentes, no es posible desconocer que al establecerse los saladeristas en el Riachuelo, lo hacían por declaraciones oficiales que obligaban la fé pública, y que importaban el reconocimiento de que podían trabajar libremente en sus establecimientos, sin que la accion de la autoridad pudiera ir más allá que á prescribir la observancia de medidas y reglamentos que consultasen las prescripciones de la hijiene: que esas declaraciones, conformes por otra parte, con el respeto debido á la propiedad y á la industria, segun la Constitucion y las leyes civiles, debían inspirar una léjítima confianza á los que entregaban sus capitales al negocio de saladeros; pero que desgraciadamente no fue así, pues contra los derechos adquiridos y reconocidos por reiteradas resoluciones, contra las garantías constitucionales y las leyes que aseguran la propiedad, se sancionó por la Lejislatura de Buenos Aires, en Setiembre seis de mil ochocientos setenta y uno, una ley que ordenó la clausura de los saladeros del Riachuelo, no como un acto de expropiación, previa indemnización, que habría sido legítimo, sinó como un acto de autoridad irreflexivo y arbitrario que trajo la ruina injustificable de numerosos y honrados industriales. En consecuencia de lo cual, piden se condene á dicha Provincia á la indemnizacion de daños y perjuicios, cuyo monto será determinado oportunamente por peritos nombrados al efecto.

El representante de la Provincia se opone á la demanda alegando por su parte: que es deber de todo gobierno, velar por la salud pública; que esta se hallaba sériamente comprometida por los saladeros, clasificados entre los establecimientos insalubres de primera clase; y que el haber mandado suspender las faenas de los situados en Barracas, no puede sujetar á la Pro-

(2) **Nota de Secretaría:** El criterio fue reiterado en “C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza” (Fallos: 221:151). En la causa, “Davico, Horacio E.,” el Tribunal, en similar sentido, sostuvo que la clausura de un cinematógrafo hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias comprobadas comportaba el ejercicio del poder de policia en salvaguarda de la salud pública, por lo que la pertinente resolución, que restringía el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita, no era violatoria del art. 14 de la Constitución Nacional, ya que el organismo administrativo actuó en uso de facultades privativas y en el ámbito de su competencia (Fallos: 243:381).

(3) **Nota de Secretaría:** el texto completo de todos los fallos pueden consultarse en www.csjn.gov.ar

vincia ni á su Gobierno á la pena de daños y perjuicios, pues no han hecho sinó cumplir con aquel sagrado deber después de haber agotado todos los medios á su alcance para que dichos establecimientos se pusieran en condiciones hijiénicas tales que los hicieran completamente inocuos; y concluye pidiendo el rechazo de la demanda con costas.

De los antecedentes administrativos de que se hace mérito en la demanda, resulta lo siguiente:

Con fecha trece de Marzo de mil ochocientos sesenta y siete, el Presidente del Consejo de Higiene dirigió al Gobierno de la Provincia una nota acompañando la parte del informe de dicho consejo relativa á los saladeros, y en ella recomienda, ya que no es posible, dice, tomar por el momento medidas eficaces: “no echar al Riachuelo ningún desperdicio de los saladeros, incluso el agua de cola, que por una concesión del Gobierno, cuya razón el Consejo no alcanza á ver, se permitió á los saladeristas exceptuar de la disposición dada sobre todas las materias líquidas que de aquellos resultaren, y que en caso de acrecentamiento notable de la epidemia, se mande suspender las faenas de dichos establecimientos, considerados en al primera clase de los insalubres”.

En nota del trece de Abril del mismo año, el juez de paz de Barracas del Norte, encargado de inspeccionar los saladeros, informaba también: que las aguas inmundas que caen al rio en gran cantidad, son de los saladeros; que la sangre que se arroja en los depósitos que se han hecho en ellas, se hallaba corrompida, y de una fetidez insorportable, y calcula en mil pipas la cantidad de agua inmundada que se arroja diariamente en el Riachuelo.

El Gobierno, con este motivo, y fundado en las reiteradas indicaciones que dice le fueron dirigidas, tanto á él cómo á la Municipalidad, por el Consejo de Higiene y la Facultad de Medicina, espidió el decreto de veinteseis de Abril de mil ochocientos sesenta y siete, suspendiendo por primera vez las faenas de los saladeros de Barracas, y nombrando una comision científica para que propusiera las medidas que mejor conciliasen las faenas de dichos establecimientos con las condiciones requeridas por la higiene pública.

Esta comision, despues de indicar las medidas que pudieran adoptarse, las cuales segun dice, “deben considerarse simplemente como provisorias, por distar mucho de satisfacer las condiciones de salubridad que pueden y deben exijirse de los saladeros,” concluye su informe de seis de Mayo de mil ochocientos sesenta y siete, aconsejando:

Primero: Que se permitirá continuar en sus faenas ordinarias á los establecimientos de los saladeros situados en Barracas, á condicion de sujetarse á las medidas indicadas;

Segundo: Que esta concesion en el mero carácter de provisoria, tenga un plazo de tres meses, durante el cual puedan los saladeristas estudiar detalladamente las medidas efectivas y permanentes que les convenga adoptar en lo sucesivo;

Tercero: Que terminado este plazo, sea sometida á la concideracion del gobierno la resolucion adoptada por los saladeristas, y en caso de considerarse eficaz y conveniente, acordarles el tiempo necesario para llevarla á efecto, y si fuera posible, antes de la estacion en que la temperatura favorece la descomposicion pútrida de los residuos de dichos establecimientos.

De conformidad con este informe, el Gobierno espidió el decreto de dieciocho de Mayo del mismo año de mil ochocientos sesenta y siete, permitiendo continuar las faenas de los saladeros, con sujecion á los procedimientos aconsejados por la Comision, bajo la prohibicion

espresa de arrojar al Riachuelo, pasados seis meses desde la fecha del decreto, las aguas procedentes del beneficio de aquellos.

Esta prohibición se reiteró por decreto de veinte de Diciembre acordando á los saladeristas un nuevo término, que vencía el primero de Enero del año mil ochocientos sesenta y ocho, pues hasta entonces no la habían cumplido, no obstante haber vencido con exceso el término que se les fijó por el decreto de dieciocho de Mayo.

Por decreto de cuatro de Enero del mismo año mil ochocientos sesenta y ocho, fundado en que la supresion total de las faenas de los saladeros, era una medida hijiénica recomendada por los facultativos, se las mandó cesar desde el quince del mismo mes, debiendo entre tanto sujetarse á las condiciones fijadas en los decretos de dieciocho de Mayo, y veinte de Diciembre del año anterior.

A solicitud de uno de los saladeristas, que prometió someterse á las condiciones que el Gobierno quisiera imponerle, se reabrieron dichas faenas por decreto de veinte de Febrero de mil ochocientos sesenta y ocho, bajo las prescripciones siguientes:

Primera: No arrojar al Riachuelo los residuos orgánicos, sólidos ó líquidos de las faenas, pudiendo llevarlos al canal exterior;

Segunda: No derramarlos en pozos ó sobre la tierra, ni enterrarlos, esparcirlos ó acumularlos, á no ser que se les aplique en proporciones convenientes al abono é irrogacion de las tierras cultivadas.

Tercera: Hacer desaparecer los residuos destinados á la alimentación de los animales, en el término de veinticuatro horas.

Mas los saladeristas declararon al Gobierno, en nota fecha veintidós de Febrero, que les era materialmente imposible emprender de nuevo sus faenas bajo las restricciones que se les imponía, y que solo podrían continuarlas como lo habían hecho siempre, prometiendo solamente quemar los residuos sólidos que resultasen de sus establecimientos.

En vista de esto, y del informe de otra comisión científica nombrada en Noviembre del año anterior, el Gobierno, fundado en que era una necesidad verdaderamente sentida la de que los saladeros volviesen á sus trabajos ordinarios para evitar que se interrumpiera el envío de regular de nuestros productos rurales á los mercados de su consumo, lo que no podría verificarse sin traer un desequilibrio en los cambios, y graves trastornos en la primera de nuestras industrias; pero teniendo por otra parte en consideración que al reabrirse las faenas de dichos establecimientos, la prudencia y cuidado de la salud pública aconsejaban sujetarlas á aquellas condiciones, que siendo de fácil é inmediata ejecución, las hagan, sin embargo menos insalubres, como son las que indica la Comision con el nombre de *medidas provisorias*; que siendo, según el dictámen de las corporaciones científicas consultadas por el Gobierno, los procedimientos que emplean actualmente los saladeros, incompatibles con el régimen sanitario de la ciudad, puesto que corrompen el suelo, el aire, y las aguas, que son los tres agentes de las infecciones más perniciosas, no pueden aquellos ser tolerados, sinó mientras dure el imperio de las necesidades expuestas, y por el tiempo que los dueños de estos establecimientos necesiten racionalmente para sujetarse á las prescripciones hijiénicas: declara, por decreto de veintisiete de Febrero de mil ochocientos sesenta y ocho reabiertas las faenas de los saladeros, bajo las siguientes condiciones provisorias:

Primera: Que los saladeristas quemen diariamente los residuos sólidos que resulten de las matanzas y de las tinas;

Segunda: Que los residuos que se conserven para combustible del establecimiento, sean frecuentemente regados con alquitran; y

Tercera: Que solo puedan arrojar al Riachuelo el suero de la sangre, el agua de cola, y la salmuera, empapando las canaletas con alquitran de hulla ó coaltar en la proporción de media pipa por cada cien de cada uno de los tres líquidos.

Dispónese tambien por los artículos sexto y sétimo, que la autorización para faenar bajo las condiciones expuestas, terminará el quince de Noviembre del mismo año mil ochocientos sesenta y ocho, y que los saladeristas establecidos en Barracas, que despues de esta fecha quieran continuar allí sus faenas, solo podrán hacerlo sujetándose á las condiciones prescriptas por el decreto de veinte de Febrero. Sin embargo, por el artículo octavo, se les faculta para adoptar libremente cualquier procedimiento, siempre que dé por resultado el fiel cumplimiento de las condiciones anteriores.

Este decreto fue convertido en ley por sanción legislativa de dos de Noviembre de mil ochocientos sesenta y ocho.

En mil ochocientos setenta y uno, y no obstante la ley de siete de Junio de mil ochocientos sesenta y nueve, exonerando del impuesto de saladeros á todos los establecimientos de este género establecidos ó que se establecieran fuera de la línea determinada por dicha ley, los situados en Barracas permanecían en la misma localidad, sin haber mejorado de condiciones hijiénicas, según se vé por los considerando del decreto de catorce de Febrero de mil ochocientos setenta y uno.

En efecto, en el primer considerando de este decreto, dice el Gobierno: “que habiendo manifestado el Consejo de Higiene Pública, en sus comunicaciones de dieciocho de Enero último, y diez del corriente mes: que debe prestarse una atencion constante á las causas que puedan infeccionar el aire que respiramos, debiendo colocarse *en primer término los saladeros y el Riachuelo de Barracas*, mientras no se coloquen en condiciones de salubridad enteramente satisfactorias, y que el Gobierno debe impedir bajo penas severas, que continúe la infeccion del Riachuelo de la Boca, que se produce principalmente porque se arrojan en él los residuos de los saladeros y los desperdicios de los alimentos y otras sustancias putrescibles, procedentes de los buques estacionados en ese punto, etcetera, etcetera...”; que el único remedio para evitar este mal, durante las presentes circunstancias, es la suspension de las faenas de dichos establecimientos, por cuanto ningun otro hay que pueda evitar que trabajando, dejen de echar al Riachuelo los residuos con que lo infeccionan. Por estas consideraciones, y teniendo en vista que la ley de dos de Noviembre de mil ochocientos sesenta y ocho, permitiendo continuar las faenas bajo las condiciones del decreto de veintisiete de Febrero del mismo año, era de un carácter enteramente provisorio, y que los saladeristas, consultados sobre los perjuicios que podría irrogarles la suspension de sus faenas, manifestaron que estos no serían de consideracion, siempre que se les acordase un término para que lleguen hasta la ciudad las haciendas en camino, y pueda ser conocida la medida en la campaña, cuyo término juzgaban suficiente de quince días. El Gobierno los manda suspender por dicho decreto, desde el primero de Marzo próximo, hasta que se dicte una nueva resolucion en contrario, prohibiendo desde ese dia arrojar al Riachuelo los residuos sólidos ó líquidos procedentes de los saladeros.

En vista de este decreto y de las razones en que se funda, la Lejislatura de la Provincia sancionó la ley de seis de Setiembre de mil ochocientos setenta y uno que ha dado origen á esta demanda.

Por esta ley se prohíbe absolutamente las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio de la ciudad, y sobre el río de Barracas y sus inmediaciones. Se prohíbe también situarlos dentro de la línea determinada por la ley de siete de Junio de mil ochocientos sesenta y nueve, y se previene que ninguna persona podrá plantear tales establecimientos sin requerir previamente el permiso del Poder Ejecutivo, el cual, oído el dictámen del Consejo de Higiene Pública, y de la Municipalidad respectiva, tomando en consideración el lugar elegido para la plantación, fijará en el decreto de concesión, las condiciones higiénicas á que deberá estar sometido el establecimiento.

Tales son las disposiciones administrativas sobre saladeros hasta la fecha de la ley que motiva el presente juicio.

Y considerando: *Primero*: Que por ellas no se acuerda á los demandantes ningún derecho irrevocable para establecer sus saladeros en el Riachuelo de Barracas, pues se limitan á reglamentar esta industria, prescribiendo las condiciones higiénicas á que debe sujetarse, y aún suspendiendo el ejercicio de ella en aquel punto, cuando la salud pública ha hecho necesaria esta medida.

Segundo: Que ese derecho tampoco puede deducirse de la ley de treinta y uno de Mayo de mil ochocientos veinte y dos: porque esta ley solo tiene por objeto alejar de la ciudad á los saladeros como establecimientos insalubres, y en tanto permitió que se establecieran al otro lado del Riachuelo, en cuanto se suponía que en esa localidad no serían perjudiciales á la salubridad pública.

Tercero: Que los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no solo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos á los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión ó de una industria.

Cuarto: Que la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública, contra la cual no hay derechos adquiridos, recobre toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si estas no se cumplieran ó fuesen ineficaces para hacerlos completamente inócuos.

Quinto: Que en este caso se encontraban los saladeros establecidos en el Riachuelo de Barracas cuando se decretó la suspensión absoluta de sus faenas, pues tanto el Consejo de Higiene, que los consideraba entre los establecimientos insalubre de primera clase, como la Facultad de Medicina y sus comisiones nombradas para inspeccionarlos y aconsejar las medidas que pudieran tomarse respecto de ellos, los señalaban como una amenaza constante á la salud pública en las condiciones en que se les explotaba, y el Gobierno de la Provincia, después de haber agotado, sin resultado alguno, todas las medidas á su alcance para ponerlos en las condiciones higiénicas requeridas por la conservación de aquella, espidió, como único medio de prevenir el mal, el decreto de catorce de Febrero de mil ochocientos setenta y uno, confirmado después por la ley de seis de Setiembre del mismo año, prohibiendo la explotación de dichos establecimientos en el lugar indicado. Siendo de notarse que, consultados los mismos saladeristas, al expedirse dicho decreto, sobre los perjuicios que se les irrogaría, manifestaron no ser estos de consideración, si se les acordaba el término de quince días para darle el debido cumplimiento, reconociendo así la justicia de aquella medida, y la facultad del Gobierno para tomarla.

Sexto: Que la objecion que hoy se opone á la ley y decreto citados, de ser contrarios á la Constitucion y á las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitucion, esos derechos están sujetos á las leyes que reglamente su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta á las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público ó por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (artículos dos mil seiscientos once del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de seis de Setiembre de mil ochocientos setenta y uno determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la provincia, y retirando á los establecidos en Barracas la autorizacion para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria á la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de esta en daño de otro, ó como dice la ley trece, título treinta y dos, partida tercera, concordante con los principios de nuestra legislacion sobre la materia: “maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quiesiese; pero debelo fazer de manera que non faga daño nin tuerto a otro”.

Sétimo: Que siendo esto así, y deduciéndose de los principios espuestos en el tercero cuarto considerando, que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria, no tiene ni el carácter de una ley que ligue al poder administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales, se sigue que estos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones como un título que les dá el derecho de mantener sus establecimientos á despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar ó el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin á estos peligros, los manda cesar, ó modificar las condiciones de su explotacion.

Por estos fundamentos, se absuelve á la Provincia de Buenos Aires de la demanda interpuesta por los saladeristas de Barracas, sin especial condenación en costas, por no resultar de autos mérito bastante para imponerlas. Notifíquese con el original, repónganse los sellos y archívense, devolviéndose al Gobierno de Buenos Aires con el correspondiente oficio, los autos traídos para mejor proveer. J. B. GOROSTIAGA — J. DOMINGUEZ — ULADISLAO FRIAS — FEDERICO IBARGUREN.

Salud Pública - Poder de policía - Estado Nacional - Estado Provincial - Fondo de Salud Pública - Contribución.

Mizrahi de Tucumán S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ contencioso administrativo - 16/09/1976 - Fallos: 295:850.

Antecedentes:

La ley 2374 de la Provincia de Tucumán creó un Fondo para Salud Pública destinado al “mantenimiento de hospitales, dispensarios y otros establecimientos similares dependientes de la Provincia” (4) constituido mediante una contribución especial a tales fines. La firma Mizrahi

(4) **Nota de Secretaría:** Art. 1º.

de Tucumán S.A.C.I.F.I. demandó al Gobierno provincial, invocando la inconstitucionalidad de dicha norma, por sostener que tal contribución es de la misma naturaleza que la que impone a los empleadores la ley nacional 18.610 (5).

Ante la desestimación del planteo por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, la actora interpuso recurso extraordinario federal que, rechazado, dio lugar a la queja. La Corte rechazó el recurso, y convalidó la constitucionalidad de la normativa local.



Algunas cuestiones a resolver:

a) Fondo de salud pública. Facultades impositivas. Legislación provincial. Legislación nacional. (Considerandos 4º a 8º).



Estándar aplicado por la Corte:

- La contribución impuesta por una ley provincial a fin de constituir un fondo integrado para el sostenimiento del servicio de salud pública constituye el ejercicio de facultades impositivas reservadas por las provincias de conformidad con el art. 104 (6) de la Constitución Nacional, y no se encuentra en pugna con el derecho de establecer cargas sociales que compete al Congreso Nacional en la materia de seguridad social (art. 67, inc. 11) (7), ni es de aquellos que le corresponde fijar exclusivamente (arts. 4º, 9º a 12, 67, inc. 1º (8), y 108 (9)).

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

Abierta la instancia extraordinaria con los alcances señalados por el Tribunal a fs. 311, corresponde que me expida sobre el fondo del asunto.

Cabe sintetizar las alegaciones de la apelante diciendo que, a criterio de ésta, es inconstitucional el impuesto de salud pública instituido por la ley 2374 de la Provincia de Tucumán incorporado después al Código Tributario (ley 2651, arts. 298 a 306), por cuanto dicha carga es de la misma naturaleza de la que impone a los empleadores el decreto-ley 18.610/70, dictado por la autoridad nacional en ejercicio de las facultades exclusivas que en materia de seguridad social le han sido delegadas por el art. 67, inc. 11, de la Constitución.

(5) **Nota de Secretaría:** Ley de Obras Sociales, financiación y funcionamiento. Creación del Instituto Nacional de Obras Sociales. Creación del Registro Nacional de Obras Sociales. Derogada por ley 22.269.

(6) **Nota de Secretaría:** En la actualidad art. 121 CN.

(7) **Nota de Secretaría:** En la actualidad art. 75 inc. 12 CN.

(8) **Nota de Secretaría:** Modificado en la reforma de 1994, ver art. 75 inc. 2º.

(9) **Nota de Secretaría:** En la actualidad art. 126.

En este orden de ideas, arguye el recurrente que el tributo de la ley local ha sido abrogado por el decreto-ley 18.610/70, toda vez que el art. 5º de este último determina que los aportes y contribuciones en él establecidos sustituyen a los fijados en las disposiciones legales o convencionales cuando tengan idéntica finalidad y se encuentren a cargo de las mismas partes.

No encuentro atendible los agravios de la accionante.

En efecto, los importes exigibles en concepto de aportes y contribuciones por imperio del decreto-ley 18.610/70 (t.o. por el decreto 2020/71) están destinados al sostenimiento de las obras sociales determinadas en los incisos a), b) y c) del art. 8º de dicho cuerpo normativo. Vale decir, pues, que las sumas a recaudar por los conceptos indicados reconocen una finalidad específica, debiendo aplicarse exclusivamente en beneficio de las mentadas obras y de sus afiliados de conformidad con las pautas establecidas en los arts. 2º, 8º y 10 del decreto-ley precitado (ver también decreto reglamentario 4714/71, especialmente arts. 18, 22 y 29).

La ley 2374 de la Provincia de Tucumán (A.D.L.A. XI-B-2160), antecedente de la ley 2651 (Código Tributario, t.o. 1965, aquí en debate, ver escrito de fs. 168), creó el Fondo para Salud Pública, destinado al mantenimiento de hospitales, dispensarios y otros establecimientos similares dependientes de la Provincia (art. 1º).

Con destino a dicho fondo se estableció una contribución aplicable sobre el total de las retribuciones que los empleadores abonaron por trabajo personal efectuado en relación de dependencia (art. 3º).

Además de esta contribución, concurren a la formación del Fondo: las donaciones y legados; el producido de las multas por incumplimiento de la ley; rentas generales en la parte no cubierta por los conceptos anteriores (art. 2º).

A diferencia de los aportes y contribuciones del decreto-ley 18.610/70 que, como se expresó, tiene destinatarios específicos, el impuesto para el Fondo de Salud Pública tiende, en cambio, a beneficiar a la generalidad de la población.

Así pudo decir V.E., en oportunidad de pronunciarse en sentido favorable a la validez constitucional del tributo en discusión, que “el fondo formado con ese fin (sostenimiento del servicio de salud pública) está destinado a beneficiar a toda la sociedad y no a un grupo o categoría determinada de personas y a su formación contribuye el estado provincial mediante parte de sus rentas obtenidas por la percepción de los variados impuestos que con carácter general pagan los habitantes de la Provincia” (Fallos: 273:241, consid. 3º).

Como se advierte, las finalidades perseguidas respectivamente por la ley y por el decreto-ley nacional son parcialmente coincidentes en cuanto ambos cuerpos apuntan a satisfacer necesidades de atención médico-asistencial, pero no son idénticas, como lo requiere el art. 5º del decreto-ley 18.610/70 para poder considerar que los aportes y contribuciones establecidos por este último sustituyen el impuesto o contribución creado por aquélla. Ello es así, toda vez que el radio demográfico de la ley provincial es cualitativamente mayor, abarcando potencialmente a la generalidad de la población, en tanto que el decreto-ley 18.610/70 tiene en mira solamente a los afiliados de las obras sociales que en él se contemplan. A la inversa, mientras que la ley provincial tiene por único objeto el sostenimiento del servicio de salud pública, el decreto-ley nacional, además de esa finalidad, considera también otras necesidades sociales, como ser turismo, vivienda, capacitación y prestaciones de carácter similar (decreto 4714/71, art. 29, inc. b).

Desde otro punto de vista, la circunstancia de que el producido de la contribución impugnada se invierta en el sostenimiento de hospitales y otros establecimientos públicos similares dependientes de la Provincia le quita a aquélla su carácter de impuesto. Vale decir que su creación es expresión de los poderes fiscales conservados por las Provincias (art. 104 de la Constitución) y no se confunde formalmente con el de establecer cargas sociales que pueda ejercitar el Congreso al legislar en materia de seguridad social, ni es de aquellos que, como los derechos de importación y exportación, corresponde fijar exclusivamente al Poder Legislativo Nacional.

Pienso que lo que llevo dicho basta para descartar la incompatibilidad de la ley provincial con la nacional, que la apelante alega bajo la pretensión de que la primera invade un campo reservado exclusivamente a la segunda.

Sin perjuicio de ello me parece del caso agregar, a mayor abundamiento, que, cuando el decreto-ley 18.610/70 (art. 5º) determina que los aportes y contribuciones que establece “sustituyen a los fijados en las disposiciones legales o convencionales”, la expresión “disposiciones legales” está referida, a mi entender, a disposiciones legales de carácter nacional. El art. 24 del mencionado decreto-ley (t.o. 1971), aunque no incide directamente sobre la materia de este pleito, es indicativo en el sentido de que traduce inequívocamente el reconocimiento de una esfera local que queda al margen de la regulación nacional.

En todo caso, la locución “disposiciones legales”, empleada en el art. 5º del decreto-ley 18.610, es inseparable de la condición impuesta a continuación en la misma cláusula, o sea la identidad de finalidades, y no podría utilizarse lícitamente para enervar una potestad fiscal como la que ejercitó la Provincia de Tucumán al sancionar la ley 2374, si esa identidad falta, según estimo que aquí ocurre.

Tal como lo expresó —con fundamento en doctrina de la Corte— el entonces Procurador General doctor Eduardo H. Marquardt al dictaminar en el citado precedente de Fallos 273:241, pienso que “a la declaración de inconstitucionalidad de normas de jerarquía legal debe acudirse como a una *ultima ratio* de orden jurídico, pues ella constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia (cf. Fallos: 260:153 y sus citas)”.

Como también se expresó en el aludido dictamen, “la transgresión constitucional que se imputa a las leyes impositivas debe resultar de una prueba tan clara y precisa como sea posible, no sólo por aplicación del principio procesal que impone esa carga al actor, sino porque, tratándose de anular normas que tienen la presunción de su validez, debe producirse la categórica, precisa e intergiversable prueba en contrario de esa presunción” (pág. 242 y lo que sigue).

Por todo lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia apelada en lo que pudo ser materia de recurso extraordinario. Buenos Aires, 19 de julio de 1976. ELIAS P. GUASTAVINO.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 16 de setiembre de 1976.

Vistos los autos: “Mizrahi de Tucumán S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ contencioso administrativo”.

Considerando:

1º) Que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán rechazó la demanda seguida por la firma Mizrahi de Tucumán S.A.C.I.F.I. contra el Gobierno de la Provincia y desestimó la

pretendida inconstitucionalidad del impuesto de salud pública establecido por ley provincial 2374. Contra este pronunciamiento el actor interpuso el recurso del art. 14 de la ley 48 que, denegado a fs. 192 /193, motivó la queja decudida a fs. 281/307 que admitió este Tribunal con los alcances que da cuenta la resolución de fs. 311.

2º) Que habida cuenta de los términos en que fue concedido el recurso extraordinario, corresponde determinar si la impugnación de carácter constitucional formulada por la apelante resulta procedente. Sostiene en apoyo de su planteo que el impuesto de la ley 2374 es de la misma naturaleza del que impone a los empleadores la ley nacional 18.610 y que, por consiguiente, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 5º de esta última, el tributo establecido por la ley provincial quedó abrogado, señalando asimismo que la citada ley 18.610 fue dictada por la autoridad nacional en ejercicio de las facultades exclusivas que en materia de seguridad social le han sido delegadas por el art. 67, inc. 11, de la Constitución.

3º) Que la ley 2374 creó un Fondo para Salud Pública destinado al “mantenimiento de hospitales, dispensarios y otros establecimientos similares dependientes de la Provincia” (art. 1º) que se constituye mediante la “contribución para Salud Pública” impuesta a los empleadores y de cuya aplicación se agravia el recurrente, y los demás recursos que se enumeran en su art. 2º, entre los que figuran los provenientes de donaciones o legados, del producido de multas por incumplimiento de la ley y rentas generales en la parte no cubierta con los ingresos derivados de los supuestos antes referidos.

4º) Que al decidir sobre la constitucionalidad de dicho precepto legal esta Corte ha tenido oportunidad de precisar los objetivos perseguidos por la norma como también los destinatarios de sus medidas. Así en Fallos: 273:241 (10) dejó establecido que el fondo integrado para el sostenimiento del servicio de salud pública “está destinado a beneficiar a toda la sociedad y no a un grupo o categoría determinada de personas y a su formación contribuye el estado provincial mediante parte de sus rentas obtenidas por la percepción de los variados impuestos que con carácter general pagan los habitantes de la provincia” (considerando 3º).

5º) Que, a su vez, la ley 18.610 (texto ordenado por el decreto 2020/71) crea aportes y contribuciones (entre ellas la del 2% de las remuneraciones pagadas por el empleador y que se pone a su cargo) destinadas al sostenimiento de las obras sociales que se indican en los incs. a) y b) del art. 8º, cumpliéndose así una finalidad específica por lo que las sumas ingresadas deben aplicarse exclusivamente en beneficio de las referidas obras y sus afiliados (arts. 2, 8 y 10 de la ley precitada, decreto reglamentario 4714/71).

6º) Que de lo expuesto resulta evidente que los propósitos perseguidos por ambas normas legales, la provincial y la nacional, si bien coincidentes en sus objetivos últimos, no asumen la necesaria identidad como para afirmar que la exigencia del art. 5º de la ley 18.610 importa sustituir por los aportes y contribuciones que ella crea, el Fondo de Salud Pública establecido por la ley local, máxime si se observa que, a más de tales diferencias, la referida ley nacional sa-

(10) **Nota de Secretaría:** En dicha causa, “Swift de La Plata S.A., Cía. c/ Provincia de Tucumán”, fallada en fecha 16 de abril de 1969, la Corte Suprema rechazó un planteo de inconstitucionalidad de la norma citada. Explicó el Tribunal que a ley 2374 de Tucumán, en tanto imponía a los empleadores una contribución con destino al sostenimiento de servicios de salud pública, sin gravar a los demás sectores sociales, no era contraria a la igualdad. Concluyó en que lo que la ley declaraba imponible es una manifestación de la capacidad económica del contribuyente y no era arbitrario que lo haya elegido como objeto de tributación, dado que en materia de impuestos las provincias pueden fijar las categorías de contribuyentes, siempre que se ajusten a un principio razonable de diferenciación y clasificación.

tisface, con el producto de los ingresos que prevé, necesidades sociales de naturaleza diversa a las aquí debatidas (turismo, capacitación y otras prestaciones art. 29, inc. b, decreto 4714/71).

7º) Que, en tales condiciones, la referencia que contiene el art. 5º de la ley 18.610 a las “disposiciones legales” que serían sustituidas por su régimen normativo, no puede ser interpretada como lo pretende el recurrente, puesto que el presupuesto de dicha sustitución es la identidad de finalidades que, como se advierte, no se da en el presente caso. No cumpliéndose tal requisito, no obsta al criterio expuesto la circunstancia de que ambas cargas sean soportadas por la misma parte (art. 5º, *in fine*).

8º) Que, por lo demás, la contribución impugnada constituye el ejercicio de facultades impositivas reservadas por las provincias de conformidad con el art. 104 de la Constitución Nacional y, como lo puntualiza el Señor Procurador General, no se pone en pugna con el derecho de establecer cargas sociales que compete al Congreso Nacional en la materia de seguridad social (art. 67, inc. 11), ni es de aquellos que le corresponde fijar exclusivamente (arts. 4, 9, 10, 11, 12, 67, inc. 1º, y 108).

9º) Que, asimismo, esta Corte tiene establecido que declarar inconstitucional un a disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada “ultima ratio” del orden jurídico (Fallos: 260:153; 264:364; 286:76; 288:325. causa L.15, “Link, Ricardo s/ circular en días prohibido”, fallada el 18 de mayo de 1976) por lo que, habida cuenta de lo expuesto en los considerandos precedentes, cabe concluir que la ley 2374, juzgada conforme con los fines que justificaron su establecimiento, no resulta inconstitucional (Fallos: 253:478; 263:461; causa “Kupferschmidt c/ Lotería de Beneficiencia y Casinos”, del 3 de julio de 1975; causa L. 15, ya citada).

Por ello, y lo dictaminado por el Señor Procurador General, confírmase la sentencia de fs. 149/65 en lo que pudo ser materia de recurso extraordinario. HORACIO H. HEREDIA — ADOLFO R. GABRIELLI — ALEJANDRO R. CARIDE — FEDERICO VIDELA ESCALADA — ABELARDO R. ROSSI.

Salud - Vida - Transplante - Familia.

Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización. 06/11/1980 - Fallos: 302:1284.

Antecedentes:

Los padres de una menor, próxima a cumplir 18 años, solicitaron autorización judicial a fin de que se realizara la ablación de uno de sus riñones para ser transplantado en su hermano, con fines terapéuticos.

Primera y segunda instancia denegaron la pretensión con fundamento en la edad de la donante y lo dispuesto en la Ley de Transplantes de Organos 21.541, arts. 11, 12 y 13, que establece específicamente la edad necesaria para disponer la ablación.

Contra esa decisión los padres dedujeron recurso extraordinario.

La Corte, por mayoría, y en atención a la gravedad del caso, dejó sin efecto la sentencia recurrida y autorizó a que se practicara a la menor la ablación de uno de sus riñones para ser implantado en su hermano.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Ley 21.541. Límite de edad. Transplante** (Mayoría: Considerandos 6º y 10; Voto concurrente de los jueces Frías y Guastavino: Considerandos 4º y 7º).
- b) **Interpretación de la ley. Criterio. Pautas** (Mayoría: Considerandos 2º, 6º, 7º y 12; Voto concurrente de los jueces Frías y Guastavino: Considerandos 4º y 9º)
- c) **Valoración comparativa de intereses jurídicos a ser protegidos. Vida-paciente. Integridad corporal dador (discernimiento dador menor adulto).** (Mayoría: Considerandos 8º, 9º y 11; Voto concurrente de los jueces Frías y Guastavino: Considerandos 2º, 5º a 7º y 9º).

Estándar aplicado por la Corte:

- La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley sino que, de acuerdo a las particularidades de la causa, debe velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales; ponderar las circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto; lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

- El derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional y las leyes. Ciertamente la integridad corporal es también un derecho de la misma naturaleza aunque secundario respecto al primero por lo cual el art. 13 de la ley 21.541 (11) se ocupa de las condiciones que debe reunir el dador.

- Deben conciliarse los derechos personalísimos de dos hermanos, el derecho a la vida del receptor y el derecho a la integridad corporal de la dadora, en relación a las circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico.

- Del art. 13 de la ley 21.541 surge que ésta tiende a proteger el núcleo familiar más íntimo y natural, lo que tiene su raigambre constitucional en el art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto enuncia la garantía de “la protección integral de la familia”

(11) **Nota de Secretaría:** Ley de transplante de órganos.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

A fs. 30 se presentaron Juan Saguir y Nélica Aurora Dib de Saguir, por sus propios derechos, en su carácter de padres de la menor Claudia Graciela Saguir y Dib y solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano Juan Isaac Saguir y Dib. Fundamentaron su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, que sólo sobrevive mediante un tratamiento artificial de hemodiálisis y que ha sido trasplantado en el año 1975 con un riñón de su madre, operación que tuvo sólo relativo éxito, toda vez que el riñón injertado funcionó en los 6 meses posteriores en un 35 %, pero a partir de ese momento solamente lo hizo en un 11 %. Afirmaron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era Claudia Graciela, quien tenía un estudio de compatibilidad del tipo "A" es decir: histoidéntico. Como fueron informados por los médicos que el trasplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la donante menor de 18 años, es que efectúan esa presentación.

A pedido de la jueza, a fs. 34/41, se produjo un dictamen de los médicos forenses, cuyas conclusiones a esa época resultan las siguientes: 1) El estado de Juan Isaac Saguir es de crónica gravedad, no obstante debe tolerar físicamente una espera hasta el día 30 de diciembre de 1980 (fecha en que la donante cumplirá los 18 años), sin que se practique dicho trasplante; 2) El peligro de muerte existe en el paciente desde que se diagnosticó la enfermedad, causa de la insuficiencia renal bilateral; 3) Para evaluar las consecuencias inmediatas y futuras, al realizar la ablación de un riñón de una menor de 17 años, debe considerarse: a) Si la menor posee suficiencia renal en cada uno de sus riñones, por lo que se deberá hacer el estudio de éstos por separado, luego de descartar que no es portadora de riñón único; b) De todos modos, la dadora quedará con una debilitación permanente de una función de vital importancia para su futuro como mujer; 4) El porcentaje de éxito respecto a la parte técnico-quirúrgica puede ser alto, no pudiendo informar lo mismo respecto al futuro y a la evolución. A este respecto, según las estadísticas del VIII Informe del Registro de Trasplantes para el año 1968-69, al año de sometido a la operación, había un 78 % de éxito y a los dos años un 75 %. Sólo las 2/3 partes de los pacientes receptores efectuaron una actividad normal; 5) De acuerdo a la ley de trasplantes cardíacos, es el Centro Unico Coordinador de Ablación e Implante (CUCAI), perteneciente a la Secretaría de Estado de Salud Pública, el que puede disponer de los órganos cadavéricos para su trasplante.

A fs. 51 se produjo el dictamen de la señora Asesora de Menores quien, con fundamento en el artículo 13 de la ley 21.541, por considerar que en el caso concreto la menor no estaría capacitada para evaluar las gravísimas consecuencias de la ablación de un órgano tan vital como un riñón, ni tampoco sus progenitores, trastornados emocionalmente por el sufrimiento de su otro hijo y con base en las conclusiones del peritaje médico, aconsejó negar la autorización solicitada.

A fs. 65 los padres de los menores impugnaron el dictamen médico y las conclusiones de la Asesora de Menores, efectuando extensas consideraciones de contenido médico en cuanto a la necesidad inminente de un trasplante y a los escasos riesgos que se provocarían en el dador. Invocaron asimismo argumentaciones de tipo ético y legal.

A fs. 78 obra un nuevo dictamen de los médicos forenses quienes insistieron en su posición anterior, desaconsejando la autorización.

A fs. 82 hay un resumen de historia clínica del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos en donde se informa respecto al estado actual del enfermo y se llega a la conclusión de que refleja una tendencia al desmejoramiento progresivo.

A fs. 85 la jueza interviniente dictó sentencia y, con fundamento en la minoría de edad de la pretensa donante y lo dispuesto por los artículos 55 y siguientes del Código Civil y los artículos 11, 12 y 13 de la ley 21.541, resolvió denegar la autorización para que la menor done uno de sus riñones.

Apelada dicha sentencia, a fs. 99 se produjo un nuevo informe del Centro de Estudios Nefrológicos y Terapéuticos sobre la salud del menor, en el que se afirmó que la posibilidad del trasplante renal debía ser evaluada de inmediato, no aportándose nuevos elementos de juicio.

El Asesor de Menores de Cámara, por razones coincidentes con las de la asesora de Menores de Primera Instancia y de la jueza interviniente, solicitó el rechazo de la autorización.

A fs. 101/105, por el voto de la mayoría de la sala "A" de la Cámara en lo Civil, fue confirmada la sentencia. El vocal Doctor Igarzábal, en su voto en disidencia, sostuvo una posición favorable a la concesión de la autorización.

Contra este último pronunciamiento, se interpuso a fs. 108/116 recurso extraordinario federal. Los fundamentos de dicha apelación son: 1) Que la Cámara de Apelaciones se apartó y negó el derecho natural del ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad. Se afirma al respecto que el artículo 13 de la ley 21.541 no prohíbe la donación de órganos en vida a los menores de 18 años sino que —se argumenta— éstos pueden donar igualmente un órgano, aunque previo consentimiento de sus padres y autoridad judicial. Se invoca el artículo 19 de la Constitución Nacional. Finalmente, se expresa que no existe mayor diferencia entre una menor de 18 años recién cumplidos y, como en el caso de autos, una menor de 17 años y 8 meses de edad. 2) Que los jueces se apartaron de la ley 21.541, toda vez que se basaron en el dictamen de médicos no especialistas y desecharon la opinión del equipo de médicos que habría de operar a los menores, que son los únicos autorizados por la mencionada ley, para efectuar los trasplantes. 3) Que existe arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que —se arguye— aquélla sólo tiene fundamento aparente toda vez que los jueces, dicen los recurrentes, se basaron para arribar a sus conclusiones en fundamentos dogmáticos y extralegales. Afirmando, además, que pese a haber existido una entrevista personal entre la donante y el tribunal, este último arribó a la conclusión denegatoria de la autorización, pero sin expresar las razones fundamentales que tuvo para llegar a esa conclusión final. Invocan violación de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y, por ende, solicitan que V. E. otorgue la autorización solicitada.

A fs. 117 el a quo, por considerar que la cuestión debatida en autos suscitaba gravedad institucional, concedió el recurso extraordinario

A fs. 118 vta. se me corrió vista de la apelación extraordinaria, respecto de la cual paso a expedirme.

En mi opinión, los jueces de la causa han resuelto el caso de autos efectuando una inteligencia posible de normas de estricto derecho común como son las contenidas en la ley 21.541 y las relativas a la capacidad y discernimiento de las personas contenidas en el Código Civil.

En efecto, no considero aceptable la posición de los recurrentes en cuanto sostienen que el artículo 13 de la ley 21.541 no prohíbe la ablación de órganos de un ser vivo en menores de 18 años. El sentido y alcance de dicho artículo se encuentra claramente explicado en el mensaje de elevación de la mencionada ley cuyos párrafos pertinentes transcribo a continuación: “.. Uno de los aspectos sobre los que no se advierten discrepancias importantes entre quienes han abordado el estudio de esta materia, es el relativo a la disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas vivas, cuya supervivencia se trata de asegurar, por lo que la cuestión no ofrece dificultades verdaderamente importantes en el plano conceptual...” No obstante, en ese orden creemos que los antecedentes estudiados señalan adecuada atención en lo relativo a los menores de edad, punto que consideramos verdaderamente crucial dadas las especiales características de inestabilidad emocional, dependencia de influencias externas, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, etc., etc., circunstancias todas que hacen de ellos, sujetos que requieren muy especial protección jurídica. Esa protección debe extremarse a todos los efectos previstos en el proyecto.

“A esa firmísima convicción se debe la actitud restrictiva adoptada al eliminar como posibles dadores a los menores de edad”.

Como se puede observar, tales conclusiones no derivan de una afirmación dogmática de los jueces carente de sustento legal, sino de las propias palabras del legislador, que, como lo afirmó la Cámara, va aún más allá de la norma concretada en definitiva y se refiere a la prohibición a los “menores de edad”.

A mi parecer, pues, los argumentos del apelante aparecen, más como la desesperación —comprensible— ante lo que creen una irrazonable negativa de los jueces, que una crítica concreta y razonada al basamento del fallo, el cual, estructurado en el irrenunciable principio de la esclavitud de los jueces a la ley, no observo que se haya visto conmovido por los agravios contenidos en el remedio federal intentado.

Por otra parte, es del caso señalar que ni en el recurso extraordinario ni en ninguna otra oportunidad del proceso se ha invocado la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicadas por los jueces.

No dejo de advertir, empero, que el argumento de los recurrentes, respecto a que dentro de apenas 2 meses y 10 días la menor podrá decidir por sí misma y efectuar la donación —pudiendo la demora resultar fatal— conmueve al ánimo de quien no tenga plena conciencia de los principios básicos sobre los que se asienta el orden jurídico vigente en nuestra sociedad, pero carece de fuerza de convicción si se tiene presente que no es tarea de los jueces juzgar la bondad de las leyes ni atribuirse el rol del legislador y crear excepciones no admitidas por aquél.

Hoy son diecisiete años y ocho meses, ¿cuál será mañana la edad exceptuada?

Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia (Radbruch, Gustav, “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, p. 36).

Por las consideraciones expuestas, opino que la apelación extraordinaria de fs. 108/116 debe ser declarada improcedente. 20 de Octubre de 1980. MARIO J. LOPEZ.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 6 de noviembre de 1980.

Vistos los autos: “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”

Considerando:

1º) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de primera instancia (fs. 86/88) que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor Claudia Graciela Saguir y Dib, en su representación, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano Juan Isaac. Contra esa decisión aquéllos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 108/116, en el cual sostienen que el fallo del a quo es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del art. 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2º) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (art. 13 de la ley 21.541) ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las excepcionales particularidades de esta causa, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos: 255:360; 258:75; 281:146; causa “Mary Quant Cosmetics Limited c/ Roberto Luis Salvarezza” del 31 de julio de 1980). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 234:482). Sobre tales bases no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte.

3º) Que según resulta de autos, el menor Juan Isaac Saguir, que nació el 31 de diciembre de 1960, padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo (fs. 4 y 18), hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente, debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el art. 3º de la referida ley informa a fs. 99: “creemos que la posibilidad del trasplante renal debe ser evaluada de inmediato, dada la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos” y el jefe del equipo médico que realizaría la operación de trasplante expresa en su declaración ante esta Corte “que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte”.

4º) Que corresponde, en primer lugar, señalar debidamente las particularidades de orden fáctico que surgen de las constancias de autos con respecto a la operación en sí misma y a sus eventuales consecuencias para el receptor y la dadora.

El informe de los Sres. Médicos Forenses carece de las necesarias conclusiones asertivas en su fundamentación, habida cuenta de que la casi totalidad del dictamen se compone de interrogaciones que no permiten extraer consecuencias con fuerza de convicción.

Al iniciar la serie de esos interrogantes dicen los Médicos Forenses: "...pero nos preguntamos y preguntamos a los facultativos intervinientes" (fs. 37) y al terminarla expresan: "estimamos que todas estas preguntas deberán responder los médicos del equipo quirúrgico a los padres del paciente y de la probable y futura dadora..." (fs. 39).

Frente a la situación reseñada y a la urgencia en resolver esta causa ante el riesgo de muerte del receptor, esta Corte citó inmediatamente y con habilitación de días y horas al Jefe del equipo médico que se encargaría del trasplante, y le efectuó una serie de preguntas y pedidos de explicaciones, que constan en el acta de fs. 131/132.

5º) Que sobre la base de los elementos de juicio que obran en la causa, este Tribunal acoge con fuerza de convicción bastante para llegar a una certeza moral suficiente para adoptar una decisión conforme a la naturaleza y características del caso, las siguientes conclusiones:

a) Desde el punto de vista inmunológico la compatibilidad entre dador y receptor es buena; uno y otro son histoidénticos, lo cual permite la viabilidad del trasplante y aleja la posibilidad del rechazo (estudios de fs. 10/13 t fs. 131);

b) De no haber rechazado luego de la operación, el receptor podría llevar una vida normal y el "medio interno" se soluciona con la operación de trasplante (cf. fs. 37 y 131);

c) Se puede descartar que el receptor tenga en la actualidad alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente al nuevo riñón (cf. fs. 37 y 131).

d) Que en los dos meses próximos el receptor está expuesto al mismo riesgo de muerte que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas. La diálisis, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte (cf. fs. 40, punto 1º y fs. 131 vta.);

e) Que por la experiencia personal del declarante le constan casos de personas que han vivido hasta trece años con riñón trasplantado, pero la experiencia mundial registra casos de personas que han vivido veinticinco años, no pudiendo registrarse mayores lapsos porque tales operaciones comenzaron a realizarse hace aproximadamente veinticinco años (fs. 131 vta.);

f) Que con anterioridad al trasplante se reactualizarán los exámenes inmunológicos a fin de asegurar la improbabilidad del rechazo, así como también, se volverán a evaluar la situación del receptor en cuanto a su osteopatía, polineuropatía, estado cardiovascular, etc., y también el estado anatómico y funcional de los órganos urinarios a fin de determinar su capacidad de funcionamiento. La última vez que examinó al paciente —alrededor de mes y medio— llegó a la conclusión que su estado físico era capaz de soportar la operación y el postoperatorio (fs. 131);

g) Con respecto a la dadora, expresa el declarante que: "... los riesgos de la intervención que requiere la ablación son remotos dado el estado de salud de la menor. La internación en general es de una semana. La vida de los dadores con un sólo riñón es plenamente normal y no significa ninguna invalidez. Los inconvenientes podrían derivar de un accidente que sufriera en el único riñón. El riñón subsistente no está especialmente expuesto a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos. La dadora podrá llevar vida normal en su matrimonio y maternidad" (fs. 131 vta.);

h) Agrega el médico en su declaración que, a su juicio, la menor donante es plenamente consciente de las implicancias de la ablación y que su decisión se muestra como totalmente

libre (fs. 131 vta.), apreciación que coincide en un todo con la obtenida por los suscriptos en la detenida conversación que mantuvieron a solas con la menor y posteriormente con sus padres, según acta de fs. 128. Asimismo dejan constancia los suscriptos de su convencimiento de que no media inestabilidad emocional en la menor donante en cuanto a su firme y serena decisión, como tampoco inexperiencia para valorar las consecuencias de sus actos ni dependencia de factores externos: basta señalar su espontánea manifestación de que, sin conocimiento de sus padres, concurrió a hacerse todos los exámenes y análisis necesarios para establecer su compatibilidad para el trasplante de un riñón a su hermano y, al concluirse que aquélla era total, sólo entonces comunicó a sus progenitores la decisión de donar su riñón, circunstancia ésta que luego ratificaron sus padres. Con lo expuesto precedentemente en este párrafo h) se puede dar por satisfecha, con intervención de los órganos jurisdiccionales, la especial protección jurídica de la menor referida en el art. 11 y en la nota de elevación del proyecto de la ley 21.541.

No existiendo en autos prueba fehaciente que haga poner en duda la opinión del equipo especializado que realizaría el trasplante, como primera conclusión de lo expuesto en este considerando, cabe afirmar —dentro de la limitación propia de las previsiones humanas en cuestión tan delicada como la que aquí se trata— que en tanto el menor Juan Isaac está en una situación actual y permanente de riesgo de muerte, la ablación del riñón a su hermana Claudia Graciela, aparte de ofrecer sólo riesgos remotos propios de toda intervención quirúrgica, no le produciría ninguna invalidez y podría llevar una vida plenamente normal, incluso en su eventual matrimonio y maternidad.

6º) Que sentado lo que precede en cuanto a las circunstancias fácticas de la causa, corresponde abordar la interpretación de la norma específica en la materia a fin de conjugarla con aquéllas y con el todo orgánico del ordenamiento jurídico. El art. 13 de la ley 21.541 establece: “Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...”. A la dadora, en el caso, le faltan a la fecha dos meses para cumplir la edad señalada por la ley.

El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos.

7º) Que las excepcionales particularidades de esta causa, precedentemente expuestas, comprometen al Tribunal, en su específica misión de velar por la *vigencia real y efectiva de los principios constitucionales*, a ponderar cuidadosamente aquellas circunstancias a fin de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor *justicia* en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. La misión judicial, ha dicho esta Corte, no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la

ratio legis y del espíritu de la norma; ello así por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (doctrina de Fallos: 249: 37 y sus citas).

8º) Que, sobre la base de las pautas orientadoras *supra* expuestas, cuadra señalar ante todo que si bien la ley 21.541 se preocupa de precisar las distintas condiciones que han de cumplirse para la procedencia del trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no puede dejar de tenerse presente que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos, que considera son ya de técnica corriente y no experimental (cf. art. 2º de la ley 21.541). Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (advirtiéndose que en la nota al art. 16 del Código Civil, que remite a los principios generales del derecho, el Codificador expresa: “Conforme al art. 7º del Cód. de Austria”, y éste se refiere a “los principios del Derecho Natural”; vide igualmente el art. 515 y su nota). No es menos exacto, ciertamente, que la integridad corporal es también un derecho de la misma naturaleza, aunque relativamente secundario con respecto al primero, por lo cual la ley de la materia se ocupa de las condiciones que debe reunir el dador (art. 13).

Se trata, pues, de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico y de la medida de protección que el legislador ha considerado digno de revestir a uno y otro.

La cuestión radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico.

9º) Que en cuanto a lo primero baste con hacer remisión al Considerando 5º de la presente y a la conclusión de su último párrafo, de lo que cabe deducir que frente al derecho a la vida del receptor en riesgo permanente de muerte se opone el derecho a la integridad corporal de la dadora, que se puede admitir no está prácticamente amenazado.

10) Que en cuanto a lo segundo cuadra reconocer, por cierto, que el límite de edad establecido en el art. 13 de la ley 21.541 es una de esas presunciones rígidas de la ley, exigida por la naturaleza del derecho y la técnica jurídica.

Sin embargo, cabe observar en primer lugar que la norma citada no prohíbe suplir la ausencia del citado requisito de edad por el asentimiento expreso de sus padres —como ocurre en el caso— o por la venia judicial. situación que no puede dejar de tenerse especialmente en cuenta en las singulares circunstancias de autos en que a la dadora le faltan sólo dos meses para llegar a cumplir los 18 años y en ese lapso la vida de su hermano receptor está expuesta permanentemente al riesgo de muerte. Frente a esta última situación, el tribunal no puede dejar de expresar su convicción de que cumplidos esos dos meses la menor mantendría su consentimiento, argumento corroborante que *sólo adquiere validez, por cierto, frente al derecho a la vida* de su hermano gravemente amenazado en ese lapso. Nada indica razonablemente que en sólo dos meses la madurez psicológica, el grado de discernimiento, responsabilidad y estabilidad emocional de la dadora (ver nota de elevación del proyecto) pueda experimentar un cambio relevante.

En este orden de ideas cabe recordar lo dispuesto en el art. 921 del Código Civil en cuanto al discernimiento de los menores adultos y los arts. 58 y 62 relativos al modo y alcance de suprimir los impedimentos de la incapacidad y que la representación se extiende a todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados, con lo cual cobra fuerza la razón *supra* expuesta sobre la base de que la ley 21.541 no prohíbe a los padres completar el asentimiento de la menor dadora (cf. art. 19, inc. 3 *in fine* ley 17.132). Por lo demás, conforme a lo expresado en el Considerando 5º apartado h) y en el presente, es válido concluir que se encuentran reunidos los requisitos de los actos voluntarios previstos en el art. 897 del Código Civil.

Por otra parte, debe recordarse que la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad la excepción y que éstas han de ser expresas y de interpretación restrictiva, principio que, conforme a las excepcionales particularidades de esta causa, tantas veces reiteradas *supra* y a las normas jurídicas citadas, ha de ser tenido especialmente en cuenta en la solución de este caso, máxime frente al consentimiento de los padres y a la intervención de la autoridad jurisdiccional.

11) Que aparte del fin primordial de la ley de la materia a que se hizo referencia en el Considerando 8º, es particularmente digno de tenerse en cuenta que del art. 13 de la ley 21.541 surge que ésta tiende a proteger el núcleo familiar más íntimo y natural, lo que tiene su raigambre constitucional en el art. 14 bis de la Carta Magna en cuanto enuncia la garantía de “la protección integral de la familia”; en este aspecto de la cuestión no sería razonable desconocer la relevancia que tiene en el caso la conformidad con el trasplante de parte de ambos progenitores y de los hermanos, dadora y receptor. Tampoco cabe prescindir de la ejemplar generosidad, muestra de amor fraterno y unión familiar que implica la espontánea decisión de la dadora, con suficiente discernimiento —según se dijo *supra*—, actitud que el derecho no puede reprobar si se tienen presentes los fundamentos morales del orden jurídico.

12) Que no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doctr. de Fallos citados en los Considerandos 2º y 7º y Fallos: 234:482).

13) Que la conclusión a que se arriba guarda validez en tanto se cumplan previamente al trasplante, con resultados favorables, los exámenes y estudios a que se hizo referencia en el apartado f) del Considerando 5º, sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y subsistiendo la facultad de revocar su decisión por parte de la dadora, conforme al 2º párrafo del art. 13 de la ley 21.541.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se deja sin efecto la sentencia recurrida, y, atento a la urgencia del caso, se autoriza a la menor Claudia Graciela Saguir y Dib a que se le practique la ablación de uno de sus riñones para ser implantado a su hermano Juan Isaac Saguir y Dib en las condiciones establecidas en el Considerando 13 (art. 16, segunda parte, de la ley 48). ADOLFO R. GABRIELLI — ABELARDO F. ROSSI — PEDRO J. FRIAS (*según su voto*) — ELIAS P. GUASTAVINO (*según su voto*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON PEDRO J. FRIAS Y DON ELIAS P. GUASTAVINO

Considerando:

1º) Que mediante el pronunciamiento de fs. 101/105, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de primera instancia (fs. 86/88) que no hizo lugar a la solicitud formulada por los progenitores de la menor Claudia Graciela Saguir y Dib, en representación de aquélla, a fin de que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano Juan Isaac. Contra esa decisión aquéllos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 108/116 en el cual sostienen que el fallo del a quo es arbitrario, toda vez que la interpretación que efectúa del art. 13 de la ley 21.541 resulta violatoria de las diversas garantías constitucionales que enuncia.

2º) Que como lo pone de relieve el auto de fs. 117, media en el caso interés institucional. Por estar afectadas la integridad corporal de la dadora y la vida y salud del receptor, no es dable la demora en la tutela de los derechos comprometidos que requiere en cambio, consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza (doctrina de Fallos: 257:132, entre otros). Todo lo cual impone la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional de esta Corte (doctrina de Fallos: 260:114).

3º) Que según resulta de autos, el menor Juan Isaac Saguir y Dib, nacido el 31 de diciembre de 1960, padece de insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo (fs. 4 y 18), hallándose en tratamiento de diálisis que compromete la vida del paciente, debiéndose destacar que el equipo médico al que alude el art. 3º de la referida ley, informa a fs. 99: “creemos que la posibilidad del trasplante renal debe ser evaluada de inmediato, dado la reversibilidad con el mismo de gran parte de estos padecimientos”.

4º) Que el problema a resolver se relaciona con la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. La norma específica (art. 13 de la ley 21.541), que no ha sido atacada de inconstitucional, ha de ser interpretada considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, atento a las particulares circunstancias de la causa, pues la admisión de soluciones notoriamente injustas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos: 255:360; 258:75; 281:146; causa “Mary Quant Cosmetics Limited c/ Roberto Luis Salvarezza” del 31 de julio de 1980). Ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos: 234:482).

5º) Que importa destacar que la regla general -fundada en el esencial respeto a la libertad y a la dignidad humana- es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos, y ello con más razón respecto a los derechos de la personalidad.

Las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico (art. 19 de la Constitución Nacional, 53 y 62 del Código Civil). No pueden, por lo demás, extenderse por analogía los impedimentos o restricciones de la capacidad. Aun las denominadas incapacidades de hecho deben estar consagradas en normas

legales y no han de establecerse irrazonablemente, sino conforme a los valores humanos trascendentes y con arreglo a las garantías de la Constitución Nacional.

Como ya se ha dicho, en el caso se trata de armonizar la integridad corporal de la dadora con la vida y la salud del receptor. Todos ellos son derechos de la personalidad que preexisten a cualquier reconocimiento estatal. El Estado y sus leyes, sin embargo, no se desentienden de los mismos. Por su naturaleza se acentúa la protección en múltiples aspectos, se sanciona su violación y se dilucidan cuestiones dudosas y conflictivas.

La existencia de tales derechos ha sido reconocida ya en la nota al art. 2312 del Código Civil, cuando dice: “Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc...”, y también han sido objeto de numerosas normas legales posteriores.

Mientras algunos derechos de la personalidad humana tienen un régimen minuciosamente previsto en las leyes, otros, por el contrario, se caracterizan por su imprecisión. Las dificultades son causadas por la falta de sistematización de las normas respectivas y, desde otro punto de vista, por los adelantos de la ciencia y de la técnica, que suscitan riesgos y generan, al mismo tiempo, esperanzas de mejorar la salud y el bienestar general.

6º) Que Claudia Graciela Saguir y Dib nacida el 30 de diciembre de 1962 (fs. 3), goza de discernimiento conforme a los arts. 127 y 921 del Código Civil. No surge de autos que ella padezca de ignorancia, error o dolo que obsten a su intención, ni que se encuentre afectada su libertad con relación al acto de ablación en vida que motiva la causa. En la audiencia de comparecencia personal, se pudo verificar también que la referida menor ha comprendido cabalmente el significado y trascendencia del acto a que quiere someterse y que no ha sido objeto de influencias externas para valorar las consecuencias de sus actos; circunstancias que fueron corroboradas en la audiencia de fs. 131 por el Tribunal. De todo ello cabe concluir que se encuentran reunidos los elementos de los actos voluntarios establecidos en el art. 897 del mismo cuerpo legal y que está satisfecha la exigencia del art. 11 de la ley de trasplantes en cuanto se refiere a la comprensión del acto.

7º) Que el art. 13 de la ley 21.541 establece, en lo que aquí interesa, que: “Toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuese con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...”

Tanto la reducción del límite respecto a la regla general de mayoría de edad, como la autorización de trasplantes directos entre seres humanos vivos encuentra justificación en los principios de solidaridad familiar y protección integral de la familia, pues tal especie de práctica quirúrgica sólo es lícita respecto a los integrantes de aquélla en su sentido más genuino y directo. El citado precepto legal únicamente contempla la hipótesis de dación de órgano dispuesta por el menor que tiene 18 años, por sí mismo. La cuestión a decidir es si resulta arbitrario interpretar que una persona muy próxima a alcanzar dicha edad —faltándole para ello menos de cuatro meses al tiempo de la sentencia recurrida— no pueda disponer válidamente la cesión de un riñón, con asistencia de los padres o de los jueces, en las graves circunstancias de autos, donde deben conciliarse los derechos personalísimos de dos hermanos: el derecho a la vida del receptor y el derecho a la integridad corporal de la dadora, justificando la defensa de aquél un amplio respeto de la voluntad del donante.

Ante todo debe observarse que la norma no prohíbe que si el dador tiene menos de 18 años se complete su falta de edad por el consentimiento de sus padres o la venia judicial. Si bien por principio la incapacidad para realizar actos de carácter personalísimo no sería susceptible de ser superada por los representantes legales, corresponde señalar que dicha regla no se opone a que la voluntad de ciertos incapaces —voluntad que en el caso existe conforme lo expuesto en el considerando 6º y que es esencial a los fines de resolver lo discutido— sea integrada mediante el asentimiento de sus progenitores o autorización judicial. Tal lo que surge, por ejemplo, del art. 10 de la ley 2393 para la celebración del matrimonio y del art. 19, inc. 3º, de la ley 17.132, e inclusive —dejando a salvo lo concerniente a su valoración moral o validez constitucional— del art. 86, inc. 2º del Código Penal (texto según ley 21.338).

8º) Que si bien la ley 21.541 precisa las distintas condiciones que han de cumplirse para permitir el trasplante entre personas vivas, entre ellas las que debe reunir el dador, no debe omitirse que el espíritu que movió a la sanción de esa norma y el fin último por ella perseguido consisten primordialmente en proteger la vida del paciente, permitiendo que, al no haber otra alternativa terapéutica para la recuperación de su salud, se recurra a la ablación e implantación de órganos (Cf. art. 2º de dicha ley). Es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho de la persona humana preexistente, como se ha dicho, a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes.

9º) Que la plena satisfacción de la garantía constitucional de protección integral de la familia instituida por el art. 14 bis de la Ley Suprema —*ratio* del precepto legal analizado y en cuya perspectiva debe final y fielmente ser aplicado—, los principios generales a que se ha hecho referencia en los considerandos 4º y 5º, la solución legal para casos de cierta similitud como son los recordados anteriormente e inclusive la literalidad misma del art. 13 de la ley 21.541 que no prohíbe suplir la falta de edad por medio de la autorización paterna o judicial, conducen de acuerdo a los criterios previstos en el art. 16 del Código Civil y la índole especial de los derechos en juego atento las muy particulares circunstancias de esta causa, a una solución opuesta a la adoptada por el a quo. En efecto, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos: 241:277).

La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doct. de Fallos citados en los considerandos 2º y 4º y Fallos: 234:482; 241:277 y 249:37).

Ello es congruente con el reconocimiento de valor fundamental del gesto de virtud, solidaridad familiar y amor fraternal que representa la voluntaria ablación de un órgano propio, precedido por el no menor ejemplo materno (fs. 35). Los hechos probados en la causa descartan todo interés subalterno, pues no se trata sólo de disminuir el dolor sino de intentar la conservación de la vida de un hermano después de agotados los otros recursos de la ciencia (art. 2º de la ley 21.541, e informe de fs. 99).

Contribuye a fundar esta solución la calificación de los trasplantes de riñón como “técnica corriente” (art. 2º de la ley 21.541 y art. 2º del decreto reglamentario N° 3011/77), que el paciente Juan Isaac Saguir y Dib haya estado sin éxito en espera de un riñón cadavérico desde el mes de agosto de 1978 (fs. 49), y asimismo, el brevísimo tiempo faltante para que Claudia Graciela Saguir y Dib cumpla la edad que le permitiría decidir por sí sola la ablación, circunstancia esta última que no autoriza a suponer una modificación sustancial de su madurez psicológica y estabilidad emocional. Las particularidades indicadas en el considerando 3º han sido corroboradas por el doctor Rodo (fs. 131), al declarar que el citado Juan Isaac Saguir y Dib estará expuesto al mismo riesgo de muerte en los dos meses próximos, que ha venido sobrellevando hasta ahora, máxime porque no tiene otro acceso vascular que la cánula de Thomas, y que el tratamiento de diálisis a que está sometido, por los accidentes que pueden producirse durante su funcionamiento, genera riesgos propios de muerte.

Además, no existen en autos datos ciertos que pongan en duda la opinión del equipo médico especializado respecto a la viabilidad de la operación. Por el contrario, en la referida audiencia el jefe del equipo propuesto para efectuar la ablación, suministró información suficiente respecto a la viabilidad del trasplante desde el punto de vista inmunológico por ser dadora y receptor histoidénticos, precauciones que se toman antes de su realización e inexistencia en el receptor de alguna enfermedad sistemática que le pueda afectar específicamente el nuevo riñón. Fundamentalmente, en lo que concierne a la dadora, informó que son remotos los riesgos de la ablación dado su estado de salud, normalidad de la vida de los dadores con un solo riñón, no estar expuesto específicamente el riñón subsistente a enfermedades que no pudiera padecer de tener ambos, y la posibilidad de la dadora de llevar vida normal en su matrimonio y maternidad.

Por último, las distintas constancias y actuaciones de la causa han permitido al Tribunal convencerse de que no media en la donante inestabilidad emocional ni, como se ha dicho, inexperiencia para valorar certeramente las consecuencias de sus actos, satisfaciéndose con la intervención de los órganos jurisdiccionales la especial protección jurídica del menor aludida en la nota de elevación de la ley 21.541.

10) Que la solución alcanzada, siempre que los estudios inmediatamente previos a la operación sean favorables, es sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias, y sin defecto, asimismo, de la facultad de revocar o arrepentimiento que establece el art. 13, segundo párrafo, de aquella ley.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se deja sin efecto el fallo apelado; y, atento a la urgencia del caso se autoriza a la menor Claudia Graciela Saguir y Dib a que se le practique la ablación de uno de sus dos riñones para ser implantado en su hermano Juan Isaac Saguir y Dib, en las condiciones establecidas en el considerando 10 (art. 16, segunda parte, de la ley 48). PEDRO J. FRIAS — ELIAS P. GUASTAVINO.

Derecho a la salud - Derecho a la vida

Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/amparo (12) 27/01/1987 - Fallos: 310:112.

 Antecedentes:

La señora de Cisilotto, en representación de su hijo menor de edad, inició una acción de amparo a fin de que el Estado Nacional (Ministerio de Salud Pública y Acción Social), le suministre el denominado complejo Crotoxina A y B, en las dosis necesarias que requiere la enfermedad cancerosa que padece el menor. La cámara confirmó el rechazo de la demanda, frente a lo cual se articuló recurso extraordinario, que fue concedido.

La Corte hizo lugar al remedio, y confirmó la sentencia apelada.

 Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Derecho a la vida. Derecho a la salud.** (Considerando 4º).
- b) **Obligaciones del Estado. Tratamiento médico específico. Eficiencia.** (Considerandos 4º y 5º).
- c) **Autoridad administrativa en materia de drogas y productos medicinales. Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública. Potestades. Ratio.** (Considerandos 4º a 7º, 9º, 10, 13 y 15).

 Estándar aplicado por la Corte:

- El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.

- Una de las condiciones mediante las cuales se le podría exigir al Estado un tratamiento médico ya escogido, es que éste tenga eficiencia para el fin que lo motiva, debiendo rechazarse la pretensión en tal sentido si no se verifica dicho extremo en la causa.

- La actividad de la administración en materia de drogas y productos medicinales, así como su experimentación y suministro a los pacientes, lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan, y reconoce no sólo razones estrictamente científicas sino también el imperativo ético de no permitir la utilización del hombre como un simple medio para otros fines.

(12) **Nota de Secretaría:** En estos mismos autos ver aclaratoria de fecha 10 de febrero de 1987.

- No incumbe a los jueces, en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a los otros poderes.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General:

Suprema Corte:

I La actora interpuso la presente acción de amparo, en representación de su hijo menor de edad, contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se autorice al suministro del complejo crotoxina A y B en su faz de investigación a dicho menor, internado en el Hospital de Niños de esta Ciudad con diagnóstico de neuroblastoma grado 4.

Fundó su pedido pro la vía del amparo “dado que como es público conocimiento, el Ministerio de Salud y Acción Social, no autoriza el tratamiento ni suministra el complejo enzimático” lo cual, añade, configura un peligro inminente contra la vida de su hijo.

Al reducir el Poder Ejecutivo —dice— el número de pacientes autorizados a recibir el tratamiento experimental a ochenta, viene a vulnerar de manera arbitraria el derecho a la vida, la preservación de la misma, y la igualdad de todos los habitantes ante la ley, fundando, en definitiva, el derecho que invoca en las normas pertinentes de la ley 16.986 y de la Constitución Nacional.

II Tras recabar los informes del caso, el magistrado de primera instancia, a fs. 212, desestimó la acción dando por reproducidos los argumentos hechos valer en una causa análoga. Ellos son: 1º) que de las constancias obrantes, que refieren los pasos dados por la autoridad administrativa en redor de las investigaciones sobre la crotoxina, en modo alguno puede calificarse su proceder como ilegítimo o arbitrario; 2º) que la decisión de continuar la investigación con el número de pacientes que a la fecha se encontraban en tratamiento, en modo alguno resulta irrazonable dada la etapa y las condiciones en que se encuentra la investigación, motivo por el que no puede reputarse violada la igualdad ante la ley; 3º) que asimismo, “la administración de sustancias cuyas propiedades y características no han sido estudiadas y documentadas científicamente, no puede ser aceptada por las modernas sociedades”.

III Apelado ese pronunciamiento, el recurso fue desestimado por el tribunal *a quo*, con base en las siguientes razones: a) el derecho a la vida y el derecho a la salud, quedan sujetos a lo que por la vía legislativa o administrativa se determine “en la medida de los recursos disponibles”; b) la decisión sobre la producción de la droga de que se trata “es por regla privativa de los poderes políticos”; c) la autorización de que la crotoxina sea usada como medicamento “está sujeta a facultades discrecionales de la administración” que en el *sub lite* no han sido ejercidas de modo discrecional; d) que dadas las limitaciones de disponibilidad de la sustancia “es razonable que se haya circunscripto la cantidad de pacientes”.

IV Contra esta decisión la actora dedujo recurso extraordinario, el cual estimo que debe ser rechazado por haberse convertido en abstracto.

En efecto, V.E. tiene muy dicho que no corresponde pronunciamiento de la Corte cuando circunstancias sobrevinientes han tornado inoficioso decidir la cuestión materia de la litis (Fallos: 306:157) y que las sentencias de la Corte deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 306:1161).

Ello porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos, motivo por el cual no es propio de los jueces efectuar declaraciones generales o abstractas (Fallos: 2:254; 12:372; 236:673, etc.).

En consecuencia, cabe advertir que el Ministerio de Salud y Acción Social —Secretaría de Salud— ha dictado la resolución N° 47 de fecha 13 de octubre del corriente, que en su art. 2° dispone: “La producción, elaboración, comercialización, uso y aplicación en medicina humana del compuesto enzimático crotocina A y B, se encuentran comprendidos en las previsiones del Artículo 19, inciso b) y concordantes de la ley número 16.463, debiendo hacerle saber esta circunstancia, en forma fehaciente...”

De resultas, por tanto, de esta nueva disposición deviene nítido que la materia de este pleito carece a la fecha de realidad efectiva, desde que por su intermedio se intentó la inclusión del hijo de la actora en los supuestos beneficios de un plan experimental que se ha venido a dejar sin efecto por el dictado de normas posteriores (cf. Fallos: 292:375 y sus citas).

No obstante lo expuesto, atento a la índole particular de la cuestión litigiosa, y de modo escueto dada la abstracción de referencia en que ésta ha devenido, creo necesario destacar que, de todos modos, la actora carece de razones jurídicas formales y de fondo para pretender el acogimiento de su —desde ya— dramático y delicado reclamo.

Porque al margen de estos últimos ribetes, que sin duda no dejan de sacudir, con su carga emotiva, el problema de derecho que se presenta en el *sub lite*, lo rigurosamente cierto es que aquéllos no pueden torcer ni complicar la acertada solución jurídica de éste.

Y en tal sentido encuentro correcta la decisión de los jueces de la causa, e infundado el recurso federal del accionante, toda vez que éste se dedica a enfatizar las razones que expresó ante el *a quo*, mas no, como debía, a replicar los argumentos mediante los que el juzgador las desbaratase.

Si hay argumento, a mi criterio, basal, en la decisión recurrida, es el que concluye que el derecho a la salud, que invoca la actora está sujeto, como no puede ser de otra manera, a las reglamentaciones legislativas y administrativas pertinentes y en todos los casos, además, limitado por las posibilidades efectivas con que cuente el Estado.

El marco natural de desenvolvimiento de estas posibilidades y de aquellas reglamentaciones es pertenece de lleno a la órbita de los otros poderes de gobierno, en cuyo ámbito sólo al Poder Judicial le compete, por virtud de su propio menester constitucional, el control de legalidad, de razonabilidad y de constitucionalidad.

Esto es que, con estricta referencia al *sub mine* la decisión de promover oficialmente la investigación en torno a los eventuales efectos curativos de una substancia, los modos de concretarla, la determinación de los subsidios económicos para sostenerla y hasta la decisión en punto a los eventuales pacientes aceptados para favorecerla, son todos ellos temas de indubitable incumbencia exclusiva de los poderes administrativos y legislativos sobre los que, a lo sumo, cabe con referencia a determinados aspectos un limitado control de los jue-

ces pero nunca, so pena de grave violación del orden constitucional, la pretensión de forzar por las vías procesales la intromisión del Poder Judicial en las funciones excluyentes de los otros poderes.

Así es bueno recordar aquí que V.E. tiene dicho con relación a otros supuestos específicos pero válidos como principios generales aplicables a la causa *sub examine*, que no se justifica la intervención de los jueces a fin de modificar la resolución de la administración en cuestiones que por su naturaleza le son propias (Fallos: 301:291), que no es materia justificable la revisión de la política administrativa, porque juegan apreciaciones que escapan, por su naturaleza, al poder de los jueces (Fallos: 301:291), que no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias (Fallos: 270:169), que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de las facultades propias de ellos (Fallos: 272:99; 277:25) y que, en definitiva, la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones (Fallos: 272:231).

Por último, también resulta necesario poner de resalto que si dicha intención de perseguir en la esfera judicial el dictado de decisiones que son propias y exclusivas de los otros órganos de gobierno no resulta jurídicamente admisible, menos aún lo es pretenderlo a través de la vía excepcional y sumarísima del amparo, desde que esta característica expeditiva y sumaria de la acción prevista en la ley 16.986 no puede ser la idónea para, por principio, dirimir conflictos complejos donde precisamente debe ahondarse en tal complejidad a fin de no caer, por parte del poder jurisdiccional, en la invasión del campo de los restantes poderes.

Es obvio que en el triste problema de que aquí se trata, donde se apela a la solución urgente en razón de estar en juego en términos que se supone médicamente perentorios la vida del hijo menor de la actora, no pareciera que otra que no fuese la del amparo pudiese ser la senda procesal hábil para transitar el reclamo deducido, mas por riguroso que se presente a las conciencias legas debe concluirse que esta circunstancia vital y urgente no puede lograr de por sí la desarticulación del sabio mecanismo constitucional antes referido, que veda a los jueces suplir en las decisiones políticas legislativas a los funcionarios determinados para tales menesteres.

Por tanto, tampoco está demás recordar que V.E. tiene a su vez dicho que el recurso de amparo, de trámite sumarísimo, no procede en el supuesto de cuestiones opinables que requieren debate y prueba (Fallos: 271:165; 273:84; 274:186; 281:394), que asimismo no es la vía adecuada para tener la validez de una decisión de autoridad competente, adoptada en ejercicio de atribuciones legales (Fallos: 273:285; 274:365), ni es su razón de ser la de someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, controlando el acierto o la razonabilidad de la autoridad administrativa, en tanto no medie arbitrariedad (Fallos: 302:535).

Para el caso concreto, además, debe recordarse que también la Corte dijo que las decisiones en los juicios de amparo deben atender a la situación existente al momento de ser dictadas (Fallos: 300:844) y que no es procedimiento adecuado para discutir el reconocimiento de los derechos en abstracto (Fallos: 270:367).

Opino, en consecuencia, que el recurso debe ser rechazado. Buenos Aires, 12 de diciembre de 1986. JUAN OCTAVIO GAUNA.

Sentencia de la Corte Suprema:

Buenos Aires, 27 de enero de 1987.

Vistos los autos: “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ amparo”

Considerando:

1º) Que la Sra. de Cisilotto, en representación de su hijo menor de edad, inició esta acción de amparo a fin de que el Estado Nacional (Ministerio de Salud Pública y Acción Social), le suministre el denominado complejo Crotoxina A y B, en las dosis necesarias que requiere la enfermedad cancerosa que padece el menor. La demanda fue rechazada en primera instancia, y este pronunciamiento fue confirmado por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal. Ello dio lugar al presente recurso extraordinario, que fue concedido.

2º) Que, en primer lugar, es necesario determinar la pretensión en juego. En tal sentido, se observa que algunos pasajes del escrito de demanda traducen un reclamo de que el actor sea incluido en el ámbito de la resolución N° 522 del ministerio citado, por la que se autorizó “la investigación clínica aplicada del denominado Complejo Crotoxina A y B, en los enfermos actualmente sujetos a esa experiencia farmacológica...” (art. 1º, 25 de julio de 1986). Desde ese ángulo es cierto, como lo señala el señor Procurador General, que la causa se habría vuelto abstracta ya que tal investigación se dio por finalizada mediante la resolución N° 47 de ese ministerio (13 de octubre de ese mismo año, B. O. 26.016 del 16 de octubre de 1986). Empero, una interpretación integral de ese escrito, permite concluir que su objeto no se halla limitado al antes expuesto y, por ende, supeditado a la vigencia de la resolución N° 522 citada, sino que su alcance es mayor y comprensivo de la pretensión de que el Estado sea condenado a suministrar al actor el complejo mencionado. Luego, no es inoficioso decidir la causa “sub examine”.

3º) Que, sin embargo, lo expuesto no apareja la irrelevancia de la resolución N° 47 citada para resolver el litigio pues, como se verá, constituye aquélla un valioso elemento de juicio a tal propósito, máxime porque es doctrina permanente del Tribunal que sus pronunciamientos deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso (Fallos: 269:31; 292:140; 300:844, y sentencia dictada el 29 de agosto de 1986, “in re”: “Klein, Guillermo W. s/ recurso de amparo”).

4º) Que, en tales condiciones, es de señalar que el fundamento legal de la demanda no es otro que el derecho a la vida en cuanto comprensivo de la salud.

Con todo, si bien esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, es de la mayor importancia advertir la especial perspectiva de ese derecho.

En efecto, el derecho a la vida es invocado como fundamento por el cual el actor podría exigir, y el Estado estaría obligado a satisfacer, una prestación de salud consistente en suministrar determinada sustancia para lo cual debería además elaborarla previamente, por cuanto, como lo anuncia la resolución 47 citada, el Estado “no (la) posee ni produce”.

No es la presente, por cierto, la oportunidad de referirse a todas las facetas del aludido derecho subjetivo.

Tampoco lo es la de estudiar si están reunidas “todas” las condiciones a que podría supeditarse la alegación válida de ese particular aspecto del derecho a la vida: gravedad de la situación; necesidad, insustituibilidad y eficacia del tratamiento; existencia de los medios necesarios para su prestación y el efecto que su empleo podría producir sobre la política general en materia de salud pública.

Sí lo es, por el contrario, la de analizar uno de esos recaudos pues sobre él versa la resolución N° 47 citada y, además, las conclusiones a que se arribarán son suficientes para juzgar el “sub lite”.

Resulta imprescindible reiterar que es ajeno a este debate todo lo concerniente a los alcances de la libertad de elección del tratamiento terapéutico, por el paciente o por su médico. De lo que se tratará en esta sentencia, exclusivamente, es de analizar una de las condiciones mediante las cuales se le podría exigir al Estado, según nuestra Ley Fundamental, un tratamiento ya escogido, y si ese requisito ha sido o no acreditado.

5º) Que, en tales condiciones, es a todas luces razonable afirmar que es condición inexcusable del ejercicio legítimo de ese derecho, que el tratamiento reclamado tenga eficiencia para el fin que lo motiva. En el caso, tal objetivo es el de combatir el cáncer.

6º) Que las actividades de importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito en jurisdicción nacional o con destino al comercio interprovincial de las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana, están sometidas a la ley 16.463 -y a los reglamentos que en su consecuencia se dicten- y sólo pueden realizarse previa autorización y bajo control del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública (hoy, Ministerio de Salud Pública y Acción Social), el que ejerce el poder de policía sanitaria referente a dichas actividades y se halla facultado para dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias para el cumplimiento de la finalidad del decreto 9763, reglamentario de la ley 16.463 (arts. 1º y 2º de la ley cit. y 40 del decreto citado).

Por otro lado, es “ratio” manifiesta de ambas normas en lo que interesa, evitar el uso indebido de medicamentos, así como determinar la peligrosidad de éstos, su comprobada y comprobable acción y finalidades terapéuticas y sus ventajas científicas, técnicas o económicas, de acuerdo con los adelantos científicos (arts. 7º, 8º, 14 y concs. de la ley cit.; 2º, 13, 26, 27, 35 y concs. del dec. cit).

7º) Que, a su turno, en uso de la facultad recordada (art. 40, decreto 9763), el ministerio citado expidió la disposición 3916 (2 de julio de 1985); tendiente a controlar la experimentación en el ser humano de productos farmacéuticos. Esta reglamentación admitía que los progresos registrados en los últimos años en la síntesis y elaboración de nuevos y potentes productos de uso farmacéutico hacía necesario un control adecuado tanto de su eficacia como de sus posibles efectos secundarios, máxime cuando, en general, la actividad farmacológica de aquéllos es acompañada por un incremento de sus efectos indeseables. De ahí que la administración de esas sustancias al ser humano deba ser precedida por una metodología de evaluación rigurosa, objetiva y segura, que la farmacología clínica brinda al paso que garantiza, una vez cumplidas sus distintas fases de investigación, que tales sustancias posean la actividad que se les atribuya, y seguridad a los sujetos en los que se ensayan. Es esta disposición, por lo demás, continuadora

de otras dictadas con análogas finalidades (disposición 308 de la Subsecretaría de Medicina Social y Fiscalización Sanitaria, del 23 de febrero de 1983; resolución 858 de la Secretaría de Estado de Salud Pública, del 10 de abril de 1979, entre otras).

Es esencial poner de relieve los numerosos requerimientos que deben satisfacer quienes pretenden realizar estudios e investigaciones de farmacología clínica. Los proyectos que se presenten deberán demostrar fundamentalmente cuáles son las propiedades farmacológicas y terapéuticas del compuesto a estudiar relacionándolas en forma cualitativa y cuantitativa con el empleo terapéutico que se preconiza, así como cuál es el margen de sanidad y los efectos adversos previsibles en las condiciones de empleo terapéutico para el ser humano. También se exige, en su caso, la presentación de antecedentes bibliográficos, del plan experimental detallado y fundamentado —debiendo ser la metodología sensible al fin propuesto y exhaustivamente descripta— y la de los resultados obtenidos en su totalidad, consignándose gráficos, fotografías, tablas, cifras y todo elemento que permita su evaluación crítica independiente de la interpretación de los autores. Súmase a todo ello la exigencia de dar a conocer la discusión de los resultados obtenidos, debiendo interpretar los datos de manera que permita caracterizar el compuesto farmacológica y toxicológicamente poniendo de manifiesto sus acciones farmacológicas, sus efectos colaterales, el margen de seguridad que ofrece, etc. En suma, diversos y variados elementos que atañen a la “información general” y a la “información preclínica” que incluye la relativa a la farmacología animal —farmacodinamia, farmacocinética— y toxicología animal —aguda, subaguda, crónica— para lo que se indican las pautas generales que deberán observarse acerca del tiempo de administración en los estudios toxicológicos.

8º) Que, como se lo ha anticipado, la resolución N° 47 citada constituye un elemento relevante para esclarecer este debate, sobre todo cuando, por lo antedicho, es indiscutible que ha emanado del órgano al que la ley dejó el control de esta materia.

Es pertinente, entonces, analizar las razones en que este acto se apoyó para dar por finalizada la experimentación dispuesta por la resolución N° 522 citada, y que son las contenidas en sus considerandos, como expresamente indica su artículo 1º. Surge de ello: “que la investigación, producción y suministro del compuesto, como la suspensión de su entrega, fueron ajenas a toda decisión del Ministerio de Salud y Acción Social”, “Que no obstante ello, este Departamento de Estado debe adoptar medidas vinculadas con el estado de necesidad generado por tales hechos”. “Que la circunstancia de hallarse comprometido en la investigación un número determinado de personas que presentan enfermedades carcinomatosas en estadio terminal, sujetas a la experiencia de su voluntad, exige la adopción de medidas extraordinarias para atender una situación bien atípica que no presenta otras vías para su abordaje”. “Que la investigación, por su naturaleza experimental, debe ser limitada, toda vez que la misma busca establecer los reales alcances farmacológicos de la Crotoxina A y B y no fines terapéuticos”. “Que las disponibilidades de la sustancia son limitadas”... “Que tal bien jurídico que se intenta preservar no es otro que el deseo supremo de preservar la vida humana”. “Que por todo lo señalado es necesario obtener una información evaluatoria de estricto carácter científico sobre la investigación, a efectos de determinar fehacientemente los reales alcances del compuesto aludido”.

9º) Que, en consecuencia, queda fuera de toda duda que la autoridad a la que ha sido otorgado el ejercicio del poder de policía sanitaria respecto de las actividades comprendidas en la norma de control de drogas y productos utilizados en medicina humana, y la facultad de dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias a tal fin, y que

las ha ejercido respecto de la farmacología clínica, ha emitido su opinión sobre el complejo Crotoxina A y B.

Asimismo, tal dictamen del órgano competente es inequívoco en cuanto a que, en las presentes circunstancias, ese complejo carece de acción antineoplásica.

Además, ningún elemento de convicción obra en el expediente que pueda originar el excepcional supuesto que autorizaría a revisar la validez de la causa de ese acto administrativo.

10) Que de todo ello se sigue una consecuencia de la mayor importancia: no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a los otros poderes.

11) Que no es del caso señalar los fundamentos en que el principio se sustenta. Sí lo es, el de destacar un aspecto no lo suficientemente puntualizado.

La doctrina de la división de los poderes o la separación de las funciones, especialmente en nuestras sociedades modernas, halla también su causa y finalidad en la especialización que pide el cumplido ejercicio de las diversas funciones que deben satisfacer los estados. Luego, la distribución de dichas funciones en órganos, cuya integración personal y medios instrumentales está pensada con arreglo a la especificidad de aquéllas, es prenda de un mejor acierto de sus proyectos y realizaciones.

12) Que de todo ello ha de hacer mérito el Poder Judicial cuando es llamado a ejercer su ministerio. Del juicio prudente de los magistrados en torno de los alcances de su jurisdicción, es de donde cabe esperar los mejores frutos en orden al buen gobierno de la Nación.

13) Que corresponde, por tanto, señalar que está fuera de discusión que la actividad de la Administración en materia de drogas y productos medicinales así como su experimentación y suministro a los pacientes, lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan. Dicha actividad no sólo tiende a la preservación de esas valores, ante los eventuales efectos nocivos de alguno de los aludidos productos, sino que también se halla enderezada a evitar que el hombre pueda tornarse en el sufriente receptor de múltiples manipuleos sólo basados en la conjetura, la doxa o la improvisación; esto es, impedir que el sujeto se “cosifique” como objeto de una mera investigación.

14) Que, en tal sentido, la fiscalización estricta de la experimentación y subsiguiente comercialización de productos medicinales tiende a evitar que esa actividad científica y comercial derive en eventuales perjuicios para la salud.

15) Que cabe inferir, además, que el indelegable control que debe ejercer el Estado en este campo reconoce no sólo razones estrictamente científicas sino también el imperativo ético de no permitir la utilización del hombre como un simple medio para otros fines.

Es más, un adecuado paradigma de la salud no puede dejar de observar que, principalmente en enfermedades como el cáncer, sus efectos trascienden a la persona del paciente hasta conmover su núcleo familiar o de afectos, cuyos miembros, en muchas ocasiones resultan llamados a tener que prestar su opinión y consejo en trascendentes decisiones sobre el

tratamiento a seguir. No es aventurado, entonces, afirmar que la protección del hombre enfermo a la que apuntan las normas citadas, debe entenderse que se extiende a todos los sujetos comprendidos en tales ámbitos.

16) Que una cuestión que guarda con la del sub lite un particular vínculo, fue resuelta por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica (“United States vs. Rutherford”, 18 de junio de 1979, 61 L. Ed. 2d. 68). El producto entonces en juego se denominaba “Laetrile”, proclamado como antineoplásico. Cabe observar que una de las diferencias que media entre ambos casos vuelve aún más interesante el precedente, toda vez que no se reclamaba en él, el suministro y producción por el Estado de la droga, sino sólo que se prohibiese a éste, respecto de los enfermos terminales de cáncer, que impidiera el embarque interestatal y la venta de Laetrile, una droga no aprobada para su distribución bajo la “Federal Food, Drug, and Cosmetic Act”, que vedaba la distribución entre los estados de toda “nueva droga”, antes de que la Secretaría de Salud, Educación y Bienestar del Gobierno Federal aprobara su aplicación con fundamento en evidencias sustanciales sobre la seguridad y efectividad de aquélla.

Es de recordar, también, que la Cámara de Apelaciones había opinado que los términos “seguridad” y “efectividad” usados en ese Estatuto no tenían una razonable aplicación a los enfermos terminales de cáncer: desde que esos pacientes, por definición, “pueden morir de cáncer con indiferencia de lo que se les dé”, no había estándares reales para medir la seguridad y efectividad de una droga para esa clase, de individuos. Por ello, la Cámara confirmó el mandato (“injunction”) del tribunal de distrito, que permitía el uso de Laetrile en enfermos de cáncer, cuyo carácter terminal se hallase comprobado.

La Corte norteamericana, al revocar ese pronunciamiento expresó: “que dentro de nuestro sistema constitucional, los tribunales federales no desempeñan la función de juntas revisoras con autoridad para rehacer las leyes según sus propias concepciones acerca de las directivas más adecuadas de política general. Sólo cuando la aplicación textual de la ley conduce a resultados tan irrazonables que no sería justo atribuirlos a la intención del Congreso, cabe que los jueces den por sobreentendida la excepción a la letra de la ley”. Y, tanto en aquel caso como en éste, no se advierte que las normas que los rigen hayan dejado de proteger a los enfermos terminales de cáncer de las drogas no efectivas o inseguras.

Es del todo apropiado, no obstante su extensión, transcribir otros pasajes de la sentencia citada, dado que brindan elementos de gran valor ilustrativo. “Existe —continuó expresando la Corte norteamericana— un especial sentido en el cual la relación entre eficacia y seguridad de una droga tiene significación en el contexto de las enfermedades incurables. La inocuidad de una droga puede ser peligrosa para cualquier paciente si ella no produce los efectos terapéuticos implicados... Pero si un individuo que sufre de una potencial enfermedad fatal rechaza una terapia convencional en favor de una droga de propiedades curativas no demostradas, las consecuencias pueden ser irreversibles”. En la nota a este párrafo, indica la Corte que, según la declaración del doctor Carl Leventhal, director delegado de la oficina de fármacos, FDA, y profesor auxiliar de neurología y patología en la Universidad de Georgetown. “la seguridad de una droga para uso humano depende, en buena medida, de la eficacia terapéutica de la droga de que se trata. En el caso del cáncer, el tratamiento con una droga no efectiva conducirá ... necesariamente a la muerte del paciente”; y que, según la declaración del doctor George J. Hill, presidente del departamento de cirugía y de la facultad de Medicina de la Universidad de Marshall, W. Va.: “un tratamiento ineficaz puede llevar a retardar el empleo de los medios terapéuticos reconocidos, provocando muertes innecesarias; por ello, en ausencia de evidencias científicas sobre su efectividad, ninguna droga destinada al tratamiento del cáncer

puede ser considerada segura". A continuación, el tribunal agregó: "por esas razones, aun antes de que la enmienda de 1962 incorporase el estándar de eficacia a la tramitación requerida para la aprobación de nuevos medicamentos, la FDA consideraba la efectividad cuando revisaba la seguridad de las drogas usadas para tratar enfermedades terminales. La práctica de la FDA refleja, asimismo, el reconocimiento, ampliamente respaldado en este caso por los testimonios de médicos expertos, de que en enfermedades como el cáncer, muchas veces es imposible identificar a un paciente como terminal salvo retrospectivamente". En la nota a este pasaje se indican las declaraciones del doctor Peter Wiernik, jefe de la rama de clínica oncológica del Instituto Nacional del Cáncer del Centro de Investigaciones de Baltimore: "Nadie puede prospectivamente definir la expresión 'terminal' con cierta exactitud. De un paciente se puede decir que es terminal sólo después de su muerte. Muchos pacientes en estado crítico responden a los modernos tratamientos de cáncer"; y la declaración del doctor Joseph Ross, profesor de medicina, de la Escuela de Medicina de la Universidad de California, en Los Angeles: "la distinción entre pacientes 'terminales' y 'no terminales' no puede ser establecida con precisión y presuponer que Laetrile puede ser suministrado a pacientes terminales con impunidad podría privar a esos pacientes de otros medios terapéuticos que pueden ayudarlos". "El cáncer en sus distintas formas —añadió la Corte norteamericana— varía considerablemente en su comportamiento y en su respuesta a las diferentes terapias", y recordó en la nota pertinente: "El comisionado advirtió que estos cuadros de comportamientos imprevistos pueden explicar las alegaciones de base anecdótica acerca de la efectividad del Laetrile. Personas tratadas con Laetrile que experimentaron una espontánea mejoría o que respondieron tardíamente a las terapias convencionales después de haberlas abandonado, pueden creer que su mejoría se debe al Laetrile ... Sobre todo desde que tratamientos del cáncer probados como la quimioterapia y la radiación tienen a menudo efectos dolorosos; el comisionado concluye que los pacientes que subjetivamente perciben un progreso después de sustituir por Laetrile a esos tipos de terapia pueden erróneamente creer que su condición se ha vuelto estacionaria o que ha mejorado". Y sigue la Corte: "Incluso individuos en estado crítico pueden experimentar una inesperada reacción y comenzar a responder al tratamiento acostumbrado. Por ello, como lo concluye el comisionado, permitir esta excepción a lo dispuesto por la ley, sin que medie prueba de la eficacia del producto en el tratamiento del cáncer 'puede provocar muertes inútiles y el sufrimiento en los pacientes caracterizados como terminales que en la actualidad podrían ser auxiliados por medio de terapias comprobadas'. Aceptar la proposición de que los estándares de seguridad y eficacia del Act no tienen relevancia para los pacientes terminales es negar la autoridad del comisionado sobre todo medicamento que se suministre a esas personas, por más tóxico o ineficaz que sea. Si la historia suministra alguna guía, este nuevo mercado no debe ser tolerado.

Desde el comienzo de este siglo, afanosos fabricantes y comerciantes han anunciado una extensa variedad de, presuntamente, sencillas e indoloras curas para el cáncer, incluyendo linimentos de terpentina, mostaza, aceite, huevos y amoníaco; musgo de pantano; combinaciones de reflectores de colores; pastas hechas con glicerina o queso de Limburgo; tabletas minerales; y mezcla de la 'fuente de la juventud', hecha con especias, aceite y grasa. Al citar estos ejemplos, no tenemos, por supuesto, la intención de menoscabar la sinceridad de los que en la actualidad proponen la utilización de Laetrile, ni ello involucra ningún juicio acerca de si dicha droga puede finalmente resultar un medio seguro y efectivo en el tratamiento del cáncer. Precisamente, la experiencia de la historia indica por qué el Congreso pudo razonablemente proponerse proteger a los enfermos terminales, en no menor medida que a otros pacientes, del amplio espectro de autoproclamadas panaceas que el ingenio humano puede elaborar".

17) Que, en conclusión, corresponde decidir que en el “sub examine” no se encuentra observado uno de los recaudos que, supuesto el derecho subjetivo constitucional de que se trata, condicionaría inexcusablemente la invocación legítima de éste (considerando 4).

Desde luego, ello no implica negar las eventuales propiedades antineoplásicas del Complejo Crotoxina A y B que puedan ser demostradas científicamente en el futuro. El juicio asertado sólo expresa que, según los motivos puestos de manifiesto por el órgano legalmente autorizado, dicha sustancia no provoca, aquí y ahora, tales efectos y que, salvo que se acredite inequívocamente la inexactitud de esos fundamentos, los jueces deben atenerse a ellos.

Por ello, de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JORGE ANTONIO BACQUE.

Asistencia médica oportuna - Responsabilidad - Negligencia - Relación de causalidad - Daños y perjuicios - Apreciación de elementos probatorios - Sentencia arbitraria.

Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otro. 24/10/1989 - Fallos:312:1953.

Antecedentes:

Los actores demandaron a la Asociación Mutual Transporte Automotor la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte del padre de sus hijos por mala praxis, al habersele negado la atención médica oportuna invocándose la falta de presentación del carnet de afiliado.

En primera instancia se consideró que existió una concurrencia causal entre el proceso patológico que sufría Amante y la demora en la atención médica y se atribuyó parcialmente la responsabilidad a los demandados. La Cámara revocó el pronunciamiento y desestimó la demanda, considerando razonable la exigencia del carnet de afiliación —por motivos de seguridad—, que el médico de guardia y el coordinador del establecimiento se habían comunicado con la unidad regional, que la clínica carecía de unidad coronaria o de terapia intensiva y que el paciente era portador de una precaria posibilidad de supervivencia, demostrativa de que la demora careció de una adecuada relación causal con la muerte, que igualmente se habría producido por la patología que presentaba antes de acudir al consultorio de la entidad demandada, ya que la tardanza en la atención solo había acelerado el fallecimiento. Ante la denegación del recurso extraordinario articulado por los actores, se interpuso la presente queja. La Corte revocó la decisión atacada por considerarla arbitraria.

Algunas cuestiones a resolver:

a) Responsabilidad. Atención médica. Apreciación de elementos probatorios. Sentencia arbitraria. (Considerandos 4º a 13).

b) Atención médica. Diligencia profesional. Deber de asistencia al enfermo. (Considerando 10).

 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- En un proceso relativo a responsabilidad por omisiones en la atención médica deben valorarse los elementos conducentes incorporados a los autos y analizarse los alcances de la obligación de asistencia que pesaba sobre el médico, presupuesto insoslayable para apreciar si el comportamiento llevado a cabo se adecuó a la conducta requerida por las circunstancias de personas, tiempo y lugar.

- Resulta descalificable, por arbitrario, el fallo que no pondera la importancia de los valores y derechos en juego en la frustración de la chance de supervivencia originada en la ausencia de una oportuna y diligente atención médica, en función del alcance del deber profesional y contractual de los demandados.

- Una vez alertados los profesionales de la salud sobre la urgencia del caso, pesa sobre éstos el deber jurídico de obrar, no solamente en función de la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino como consecuencia de la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 24 de octubre de 1989.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A) y otro”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que doña Leonor Yolanda Amante —por sí y en representación de su hijas menores— demandó el resarcimiento del perjuicio material y moral sufrido por el fallecimiento de Juan Pedro, hecho que atribuyó a la negligente atención dispensada al causante por el médico de guardia del establecimiento asistencial de la Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.).

Sostuvo que la culpa imputada consistió en la omisión de asistencia oportuna, pues al concurrir a la clínica con motivo de padecer una indisposición, se le negó el ingreso por no exhibir el carnet de afiliado —que no llevaba consigo—, y a pesar de las súplicas del paciente y de sus acompañantes -motivadas por la urgencia del caso que provenía del estado de salud y de la localización del dolor en el pecho- fue menester acudir al domicilio particular para cumplir con dicha exigencia, traslado que demandó un lapso aproximado de 40 minutos en el

cual el paciente vio agravado el cuadro que padecía e instantes después de iniciarse la atención falleció como consecuencia de un infarto de miocardio.

2º) Que la sentencia de primera instancia desestimó la defensa alegada por los demandados atinente a la legitimidad de la negativa en permitir el ingreso de Pedro y de sus acompañantes al centro asistencial, y sobre la base de considerar que existió una concurrencia causal entre el proceso patológico que aquél sufría y la demora en la atención médica, atribuyó parcialmente la responsabilidad a los demandados, a quienes condenó a indemnizar los respectivos daños y perjuicios.

3º) Que la Sala Sexta de la Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial revocó el pronunciamiento y desestimó la demanda. Sostuvo que la demora en atender a la víctima había estado justificada, ya que elementales razones de seguridad —ante la sospecha de tratarse de una acción simulada para concretar un asalto— llevaban a considerar como razonable la exigencia del carnet de afiliación, además de que el médico de guardia se había comunicado con la unidad regional y similar actitud había adoptado el coordinador del establecimiento.

La alzada expresó, asimismo, que la clínica carecía de unidad coronaria o de terapia intensiva y que no existía prueba sobre las posibilidades de recuperación del paciente, pues no había elementos que permitieran apreciar la extensión y localización del infarto, por lo que concluyó que aquél era portador de una precaria posibilidad de supervivencia, demostrativa de que la demora careció de una adecuada relación causal con la muerte, que igualmente se habría producido por la patología que presentaba antes de acudir al consultorio de la entidad demandada, ya que la tardanza en la atención sólo había acelerado el fallecimiento.

4º) Que, contra esa decisión, la actora dedujo el recurso extraordinario —cuya denegación originó la presente queja— en el que se expresan agravios que suscitan cuestión federal bastante para su consideración en la vía intentada, pues aunque remiten a temas de índole fáctica y de derecho común que son —como regla y por su naturaleza— ajenos a la instancia extraordinaria, ello no es óbice para invalidar lo resuelto cuando el tribunal ha efectuado un examen parcial e inadecuado de los elementos de convicción aportados a la causa, ha utilizado argumentos contradictorios y ha efectuado afirmaciones dogmáticas que sólo otorgan al fallo fundamentación aparente, lo que constituye un menoscabo al derecho de defensa en juicio amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:1160 y 1790).

5º) Que, en efecto, la alzada justificó en razones de seguridad la demora en atender a la víctima, conclusión que sustentó en declaraciones ineficaces para fundarla y que revela una seria omisión en la valoración de elementos conducentes incorporados a los autos y una injustificada ausencia de tratamiento de los alcances de la obligación de asistencia que pesaba sobre el médico de guardia, presupuesto insoslayable para apreciar si el comportamiento llevado a cabo se adecuó a la conducta requerida por las circunstancias de personas, tiempo y lugar.

6º) Que, ello es así, pues este aspecto del fallo se basó en los dichos de la enfermera y del médico de guardia, a los que, se asignó un valor probatorio pleno del que carecen en razón de las circunstancias personales que atañen a estos declarantes: a) en cuanto a la

enfermera, porque su conducta es objeto del reproche formulado en la demanda, ya que al haber negado el ingreso del paciente a la clínica y exigido la exhibición del carnet, su obrar se encuentra involucrado en la litis, circunstancia que exigía un particular espíritu crítico en la apreciación de sus dichos; b) con respecto a la declaración del médico de guardia, porque reviste calidad de demandado y sus expresiones no pasan de ser una declaración de parte que, por su naturaleza, no es idónea para probar en favor del deponente en los términos aceptados.

7º) Que, por otro lado, en relación al tema de que se trata, la cámara prescindió de examinar los dichos expresados por los testigos Laborde, Giraldo y Videla (fs. 17, 23 y 24 respectivamente de la causa penal y fs. 166 vta., 175 y 168 de estas actuaciones), que acompañaron al causante a la institución asistencial y fueron contestes en afirmar que todos vestían uniforme de chofer de la empresa de transportes a la que pertenecían, así como que desde un primer momento la enfermera y el médico de guardia condicionaron el ingreso del paciente a la exhibición del carnet y no obstante los insistentes pedidos de atención, ésta sólo se efectuó al acompañarse el documento requerido.

8º) Que, en igual sentido, en el fallo se ha obviado otro aspecto importante para el juzgamiento del caso, como es que la exigencia del carnet de afiliado no resultaba una obligación preestablecida por el centro asistencial, toda vez que el informe contable producido en autos da cuenta de la inexistencia de disposición reglamentaria al respecto (fs. 213), lo que es confirmado por el representante legal de la demandada al afirmar que los médicos de guardia no tenían orden de exigir el carnet y que la única directiva dada se refería a que se arbitrarán las medidas de seguridad para el establecimiento, sin aludir a una instrucción expresa de cerrar las puertas de acceso a la clínica (conf. absolución de posiciones de fs. 155).

9º) Que se advierte además que la cámara concluyó en la legitimidad de la abstención de los demandados sin efectuar referencia ni consideración alguna a la índole y alcances de la obligación médica de asistencia y sin ponderar los bienes jurídicos comprometidos, a pesar de que esta determinación resultaba imprescindible para establecer si existió adecuación entre la conducta debida y la obrada y elaborar eventualmente todo juicio de culpabilidad (arts. 512, 902, 909, 1074 y 1109 del Cód. Civil).

De ahí, pues, que era menester determinar la medida de la diligencia exigible al profesional, ya que la demora en la atención adquirió una singular trascendencia que no fue aceptada por la cámara al sostener que sólo fue una mera circunstancia del resultado, en la medida en que por encontrarse comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona —preexistentes a todo ordenamiento positivo—, no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resultan incompatibles con el recto ejercicio de la medicina.

10) Que el factor seguridad invocado para justificar la negativa de asistir el paciente no fue objeto tampoco de un serio estudio, ya que frente a una hipotética y hasta cierto punto comprensible actitud agresiva de quienes requerían —sin ser atendidos— el ingreso al establecimiento, y una vez alertados la enfermera y el médico de guardia sobre la urgencia del caso (testifical de Laborde, Videla y Giraldo), pesaba sobre éste el deber jurídico de obrar, no solamente en función de la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino como consecuencia de la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de

Etica Médica, el Código de Etica de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra.

Es, precisamente, respecto de dichos ordenamientos particulares que atañen a los profesionales del arte de curar, que esta Corte ha señalado que no cabe restringir su alcance ni privarlos de toda relevancia jurídica, sino que se impone garantizarles un respeto substancial para evitar la deshumanización del arte de curar, particularmente cuando de la confrontación de los hechos y de las exigencias de la conducta profesional así reglada, podría eventualmente surgir un juicio de reproche con entidad para comprometer la responsabilidad de los interesados (Fallos: 306:187).

11) Que debe hacerse lugar también a los agravios de los actores en lo que atañe al capítulo de la sentencia que negó relación causal adecuada entre la demora en la atención médica y la muerte del enfermo, pues para arribar a dicha solución la alzada ha efectuado una afirmación que no encuentra sustento en el examen de las pruebas producidas en autos y ha utilizado un argumento que encierra una contradicción que priva al razonamiento de validez.

Ello es así, pues la cámara ha considerado en forma parcial el dictamen médico realizado en la causa penal (fs. 69/70), ya que la conclusión que extrae de éste no refleja lo que surge de su lectura completa, toda vez que en aquél no se establece que la patología del paciente llevara inexorablemente al fallecimiento, sino sólo la posibilidad de tal resultado para el caso de que el infarto tuviera una magnitud considerable, hipótesis no demostrada y en cierta medida opuesta en aquél que expresó también que la muerte fue acelerada por la falta de atención médica.

Por lo demás, el a quo ha incurrido en un razonamiento objetable al reconocer que el causante era portador de una precaria posibilidad de supervivencia y después afirmar que el fallecimiento igualmente se iba a producir, pues esta conclusión sólo puede admitir como premisa el carácter irremediamente mortal de la patología del enfermo y en la sentencia no se verificó este presupuesto sino una limitada chance de sobrevida, lo que demuestra la existencia de una contradicción que priva de apoyo racional a la conclusión a la que se arribó.

12) Que, precisamente, es la frustración de esa chance de supervivencia originada en la ausencia de una oportuna y diligente atención médica, aspecto no ponderado en función de la importancia de los valores y derechos en juego ni del alcance del deber profesional y contractual de los demandados, lo que justifica la descalificación del fallo en los términos solicitados y la necesidad de que en la instancia ordinaria se vuelvan a tratar los temas aquí examinados.

13) Que, en las condiciones expresadas, el pronunciamiento recurrido no satisface el requisito de constituir una derivación razonada del derecho vigente, por lo que por mediar relación directa entre lo decidido y las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio, debe ser privado de efectos de conformidad con la doctrina del Tribunal en materia de sentencias arbitrarias.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario de fs. 487/508 y se deja sin efecto la sentencia. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo al presente. JOSE SEVERO CABALLERO — CARLOS S. FAYT — JORGE A. BACQUE.

Personal médico - Servicio de asistencia a la salud - Responsabilidad civil.

Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios. 22/12/1994 - Fallos:317:1921.

 Antecedentes:

La actora inició, ante la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, demanda de daños y perjuicios ocasionados por el fallecimiento de su padre. El Tribunal consideró acreditado que la muerte era una consecuencia jurídicamente imputada a las series causales generadas por los responsables del vehículo —conductor, su principal y el dueño de la cosa— que provocó el daño sufrido por la víctima y por la deficiente atención prestada por el establecimiento hospitalario provincial —concausas unidas por su eficacia colateral—. En consecuencia, hizo lugar parcialmente a la demanda, con referencia al conductor, su principal, el dueño del vehículo y la Provincia de Buenos Aires, con costas. Rechazó la demanda contra los profesionales médicos, por considerar que no se había logrado acreditar que fueran ellos quienes habían atendido a la víctima.

Los jueces López y Bossert; Fayt y Levene y Nazareno, en sus respectivas disidencias parciales, difirieron en la imposición de costas.

 Algunas cuestiones a resolver:

- a) Servicio de asistencia a la salud de la población. Prestación. Responsabilidad.** (Mayoría: Considerandos 18 a 20, 23, 25 y 26, Disidencia parcial de los jueces López y Bossert: Considerandos 18 a 20, 25 y 26, Disidencia parcial de los jueces Fayt y Levene: Considerandos 26 a 28 y 31, Disidencia parcial del juez Nazareno: Considerandos 18 a 20, 23, 25 y 26 y Disidencia parcial del juez Boggiano: Considerandos 18 a 20, 25 y 26).

 Estándar aplicado por la Corte: (13)

- Quien contrae la obligación de prestar un servicio —asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el

(13) **Nota de Secretaría:** El criterio había sido sostenido por la Corte con relación a las obras sociales en la causa “González Oronó de Leguizamón, Norma Mabel c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines” (Fallos: 306:178), donde el Tribunal revocó por arbitraria la sentencia que rechazó una demanda instaurada por los daños y perjuicios derivados de las prácticas médicas efectuadas a la actora en un sanatorio propiedad de la obra social accionada, donde fue sometida a una cesárea. El Tribunal sostuvo que la función específica y la obligación primordial de la obra social demandada consistía en la prestación médica integral y óptima. Para eso contaba con la afluencia de medios económicos que administraba a fin de organizar aquel servicio, debiendo contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, así como de todo el personal afectado, y la aptitud de los medios empleados y toda la infraestructura del servicio médico en cuestión. Estos aspectos debían considerarse en su compleja interacción enderezada a resguardar la vida y la salud de los afiliados. Aclaró que la aplicación de prácticas que supongan mayor aflicción del paciente o una deficiente atención que lo someta a un riesgo mayor del necesario, o bien, un resultado insólito o anormal, respecto del motivo de la intervención médica o la internación, y con mayor razón si tal resultado implica una disminución o una privación permanente en sus aptitudes psicofísicas, constituían datos que no podían permanecer indiferentes a los magistrados cuando se trata de juzgar la responsabilidad.

fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.

- En la actividad de los centros de salud pública ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios.

- El adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente, porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demostrándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 22 de diciembre de 1994.

Vistos los autos: “Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, de los que

Resulta:

1º) Que a fs. 3/13 se presenta Noemí Luján Brescia, por derecho propio, promoviendo demanda contra Manuel Osvaldo Montiel, la empresa Dial Electromecánica, Américo Delgado Vargas, Enrique Daniel Suares, Osvaldo Alberto Perretta y la Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud Pública, Hospital Lucio Meléndez), por indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente de tránsito en el que perdió la vida su padre Francisco Brescia. En dicho escrito hace reserva del derecho de ampliar la demanda contra Raúl Eugenio Douzón o contra quien en definitiva resulte ser propietario del rodado que causó el accidente.

Relata que su padre se desempeñaba como empleado de mantenimiento de las canchas de tenis del Club Brown de la localidad de Almirante Brown, Provincia de Buenos Aires. En el ejercicio de esa actividad el día 16 de octubre de 1984, aproximadamente a las 12.30, fue embestido por un camión conducido por Manuel Osvaldo Montiel en circunstancias en que le indicaba las maniobras necesarias para su desplazamiento, quedando aprisionado por el vehículo contra un paredón de mampostería de 15 metros de altura. Acto seguido fue auxiliado por otras personas, que lo trasladaron al Hospital Lucio Meléndez de la localidad aludida, dependiente del Ministerio de Salud Pública provincial. Arribaron a dicho lugar alrededor de las 13 y fue atendido en el servicio de guardia, en el que permaneció hasta las 17.30. Según sostiene, su padre se retiró por orden de los médicos y llegó a su casa a las 18.50, donde falleció a las 19.30 del mismo día.

Expone que fue atendido en el servicio de guardia, del que era jefe el doctor Enrique Daniel Suares y que estaba integrado por el doctor Osvaldo Alberto Perretta —traumatólogo del hospital— y por el practicante de medicina Américo Delgado Vargas. En dicha oportunidad se le aplicaron dos inyecciones y se le tomó una radiografía de tórax que —según le explicaron los médicos— no presentaba evidencias de lesión alguna en las costillas. El diagnóstico fue “traumatismo de tórax”.

Continúa su relato de los hechos y manifiesta que a consecuencia de la muerte se efectuó la autopsia que obra en el expediente penal —el que ofrece como prueba— en la que se estableció que Francisco Brescia había padecido fracturas múltiples de costillas y que su fallecimiento había sido consecuencia de una hemorragia interna, producida por desgarros de pulmón e hígado ocasionados por un golpe realizado con o contra un elemento duro liso, inelástico, posiblemente parte de carrocería de un vehículo automotor. Funda en derecho su pretensión, ofrece prueba y solicita la citación en garantía de Cosecha Cooperativa de Seguros Limitada. Pide, en definitiva, que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) Que a fs. 30/33 contesta la demanda “Cosecha Cooperativa de Seguros Limitada”. Reconoce que a la fecha del accidente cubría el seguro del automotor marca Ford F 600, patente C 236.077, por responsabilidad civil a terceros no transportados. Niega los hechos tal como los expone la actora y aduce la culpa de la víctima en la producción del hecho dañoso.

III) Que a fs. 57/63 se presenta el doctor Enrique Daniel Suares, opone excepción de falta de legitimación pasiva a su respecto y contesta la demanda. Niega que los hechos hayan ocurrido de la manera en que fueron relatados en el escrito inicial. Admite que el día del accidente integraba el servicio de guardia del Hospital Lucio Meléndez, en su especialidad de “clínica médica”, pero niega el carácter de jefe de dicho servicio que le asignó la actora. Expone que en dicha oportunidad no atendió al señor Brescia. Sostiene que tuvo conocimiento de los hechos a raíz de las declaraciones obrantes en la causa penal. Así supo que Brescia ingresó en el establecimiento en un estado que —a su juicio— pudo ser calificado de satisfactorio y permaneció allí el lapso que refiere la demandante, durante el cual se le tomó una placa radiográfica que no mostró lesión alguna. De todo ello deduce que resulta imposible que el paciente presentase el cuadro que surge de la necropsia, toda vez que de haberse detectado alguna dolencia o afección no se hubiese autorizado su egreso de la guardia o, en todo caso, se le habría advertido las consecuencias de ello.

A fs. 61/62 realiza un pormenorizado examen de la necropsia agregada al expediente penal y arguye que se realizó sin seguir las reglas pertinentes. Con particular atinencia a las lesiones encontradas en el cuerpo de Francisco Brescia, afirma que era imposible que existieran al tiempo en que estuvo en la guardia hospitalaria, dado que de ser así no se hubiera podido retirar por sus propios medios. Como consecuencia, concluye que la causa de la muerte fue otra, ya sea un síncope cardíaco o infarto postraumático o una de las llamadas “hemorragia en dos tiempos”. En ambos supuestos no puede imputarse a su parte responsabilidad alguna.

IV) Que a fs. 66/72 se presenta Osvaldo Alberto Perretta. Opone excepción de falta de legitimación pasiva, reitera los términos de la contestación del codemandado Suares y afirma que no asistió al paciente el 16 de octubre de 1984. Sostiene que la sola circunstancia de ser especialista en traumatología no implica su participación en el caso.

V) Que a fs. 79/85 contesta la demanda la Provincia de Buenos Aires. Niega los hechos tal como los expone la actora. Admite que el día del accidente el señor Brescia ingresó a la guardia del Hospital Lucio Meléndez donde estuvo bajo observación por espacio de cinco horas y que

luego se retiró por sus propios medios aunque desconoce las lesiones descriptas en el escrito de inicio. En ese orden de ideas argumenta que no resulta posible que el paciente tuviese las lesiones que señala la autopsia penal, ya que de ser así se las hubiera advertido, porque la cantidad de signos y síntomas descriptos en el informe no podían pasar desapercibidos dada su gravedad. Admite como posibilidad que el señor Brescia padeciese un desgarro de pulmón e hígado pequeños, “asintomáticos clínica y radiológicamente durante un término de tiempo que puede extenderse en muchos casos a varias horas y que en un segundo tiempo, por un esfuerzo habitual se termine de lesionar la o las vísceras en cuestión provocando la hemorragia interna con un cuadro brusco de shock seguido de muerte” (fs. 81 vta.).

Acto seguido manifiesta que el fallecimiento pudo deberse a otra causa diversa a la indicada en la autopsia. Funda en derecho su postura y afirma que no media responsabilidad de su parte, ya que la obligación que se dice incumplida por los médicos del hospital es de “medios y no de resultados”.

VI) Que a fs. 78 se admite la presentación del codemandado Américo Delgado Vargas y se ordena el desglose del escrito con el que pretendía contestar la demanda por haber vencido el plazo procesal para hacerlo.

VII) Que a fs. 113 vta. y 172 se declaró la rebeldía de los codemandados Manuel Osvaldo Montiel y Dial Electromecánica, respectivamente, quienes a pesar de estar debidamente notificados —como se desprende de las cédulas de notificación obrantes a fs. 87 y 161— no se presentaron a contestar demanda.

VIII) Que a fs. 182 comparece por medio de apoderado el propietario del automotor, Raúl Eugenio Douzon, quien se notifica en forma espontánea de la demanda. Adopta esa actitud procesal en virtud de que, si bien no fue notificado del traslado conferido en su carácter de dueño de la cosa, la actora había reservado el derecho de ampliar la demanda en su contra en el punto VIII de su escrito inicial.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (artículos 116 y 117, Constitución Nacional).

2º) Que a los fines de determinar la responsabilidad de los codemandados, es imprescindible examinar —dada la diversidad de los títulos en que la actora ha fundado su pretensión— en forma separada los distintos hechos y conductas que, según sostiene la actora, constituyen las causas que han generado la muerte de su padre.

3º) Que en autos ha quedado debidamente acreditado que en circunstancias en que Manuel Osvaldo Montiel efectuaba maniobras para retirar el camión F 600 chapa C 236.077 del interior del Club Almirante Brown, el señor Brescia quedó aprisionado entre el guardabarros delantero derecho del vehículo y un paredón de material. A raíz de ello fue trasladado al Hospital Lucio Meléndez, donde se le extrajeron placas radiográficas y después de algunas horas fue autorizado a retirarse a su domicilio, en el cual falleció a las 19 (ver declaración del conductor obrante a fs. 5 y a fs. 8/9 del expediente penal venido ad effectum videndi y agregado por cuerda; croquis ilustrativo de la policía de la provincia obrante a fs. 4 de dicho proceso).

La misma secuencia de hechos es relatada por Ariel Eladio Bogado, quien declaró a fs. 14 de la instrucción criminal, y se encuentra corroborada en este expediente con la declaración testifical de fs. 222 bis.

4º) Que también ha sido reconocida por el codemandado Douzon en su presentación en esta causa la titularidad del rodado marca Ford F 600, modelo 1970, patente C 236.077 (fs. 182), que —por lo demás— resultaba del acta levantada a fs. 18 del proceso que tramitó ante el juez penal de la Provincia de Buenos Aires.

5º) Que la situación procesal de los codemandados Montiel y Dial Electromecánica, declarados rebeldes a fs. 113 vta. y a fs. 172, respectivamente, y del propietario del automotor —que no contestó la demanda—, crea con respecto a los nombrados la presunción prevista en el artículo 356, inciso 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

6º) Que, en lo que atañe a estos demandados, la controversia sometida a consideración del Tribunal tiene su marco jurídico en el art. 1109 del Código Civil con respecto al codemandado Montiel —quien conducía el vehículo y era dependiente de la codemandada Dial Electromecánica— y en el art. 1113, primera parte y segundo párrafo, con respecto a dicha empresa y al propietario del automotor.

En consecuencia, en cuanto al primero la actora debía probar la existencia del hecho generador, su intervención en él y su culpa; y, en relación a los demás demandados, la existencia del hecho generador, la intervención en él de una cosa respecto de la cual fuesen dueños o guardianes, y la relación causal entre el daño sufrido y el hecho invocado como antecedente. Por su lado, si los demandados pretendían ser eximidos de la responsabilidad presumida, debían demostrar la fractura del nexo causal, que proviene del hecho de la víctima o de un tercero por quien no deba responder o, en todo caso, un supuesto de fuerza mayor que resulte extraño al riesgo generado por la cosa que ocasionó el daño.

7º) Que la damnificada ha cumplido con la carga precedentemente indicada, pues de la apreciación de las constancias antes relacionadas no existen dudas de que su padre fue embestido por el automotor F 600, patente C 236.077 conducido por Manuel Osvaldo Montiel, el cual era propiedad, en el momento del hecho, de Raúl Eugenio Douzón.

De igual modo, los antecedentes obrantes en la causa penal agregada sustentan eficazmente la conclusión de la presencia de una relación causal suficiente entre aquel hecho y el fallecimiento del progenitor de la damnificada. En efecto, como surge de la necropsia efectuada al causante en sede penal —no impugnada oportunamente por los interesados en este aspecto— quedó acreditado que “...la muerte se produjo a causa de hemorragia interna por desgarramiento de pulmón e hígado por golpe o choque con o contra un elemento duro, liso, inelástico, posiblemente partes de carrocería de un vehículo automotor” (fs. 19).

8º) Que, en consecuencia, cabe abordar seguidamente la defensa introducida por la citada en garantía para eximir su responsabilidad y la de sus asegurados, que según sostiene estaría dada por la existencia de una conducta culposa por parte del occiso.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido que la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, debe revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos: 310:2103; causa: F.554.XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/sumario”, fallada el 11 de mayo de 1993), por lo que desde esta comprensión del asunto debe ser examinado el eximente que se invoca.

9º) Que como surge del croquis realizado en la causa penal, al que se hizo referencia en el considerando 3º, y de la inspección ocular realizada por la instrucción criminal (fs. 3 del

expediente agregado), el camión conducido por Montiel debía salir del inmueble por un portón sumamente estrecho que, además, presentaba un cordón elevado de 12 centímetros de altura y 15 centímetros de espesor, que impidió retroceder el vehículo y causó su desplazamiento hacia adelante, momento en el cual Brescia quedó aprisionado entre el automotor y la pared.

Frente a la forma en que se desarrollaron los hechos, no se evidencia conducta negligente en los términos señalados por parte de la víctima, máxime cuando la presencia de ésta en el lugar era conocida por el conductor del camión en la medida en que lo estaba guiando en la ejecución de las maniobras de desplazamiento del vehículo que se realizaban dentro del establecimiento.

10) Que, en las condiciones expresadas, Montiel debía extremar los recaudos para evitar que, dadas las características del lugar, pudieran producirse accidentes como el acontecido, sin que de parte de Brescia —que lo guiaba en su desplazamiento— se evidencie una conducta que contribuyera en todo o en parte a la producción del accidente.

Por tanto, cabe concluir que la imprudencia de Montiel fue una de las causas eficientes del daño, conducta que compromete su responsabilidad (art. 1109, Código Civil).

En cuanto a los restantes codemandados, la participación del perjudicado en el hecho no es susceptible de ser calificada como imprevisible ni irresistible, por lo que no cabe tener por configurada, ni siquiera parcialmente, la circunstancia eximente invocada, de modo que por encontrarse reunidos todos los presupuestos que hacen a su responsabilidad, corresponde que sean condenados a resarcir el daño causado con el alcance que se precisará en este pronunciamiento.

11) Que, por otro lado, como la pretensión fue promovida igualmente contra los profesionales que, según invoca la actora, prestaron una negligente asistencia médica a su padre con posterioridad al accidente que éste había padecido, debe examinarse si concurren en el sub lite todos los requisitos exigidos por el ordenamiento sustantivo para declarar procedente la responsabilidad civil atribuida a estos demandados.

12) Que los dos médicos y el practicante sindicados por la damnificada como intervinientes en la atención profesional de la víctima llevada a cabo en el establecimiento asistencial, han negado su participación en el caso, por lo que —por una razón de prelación lógica— debe determinarse en primer término si ha quedado acreditada la autoría que se les asigna, carga que debe ser satisfecha por la demandante (art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

13) Que la apreciación de las constancias de la causa lleva a concluir que no se ha logrado acreditar que fueran los médicos demandados quienes atendieron a Francisco Brescia.

14) Que, en efecto, asiste razón al demandado Suares cuando, en su contestación de demanda, sostiene que no participó en la atención del paciente y que en esa época no era el jefe de guardia del Hospital Lucio Meléndez, pues como se desprende del informe efectuado por dicho establecimiento (fs. 263 bis), dicho profesional desempeñó la función mencionada sólo desde el 3 de enero de 1985 hasta el 1 de abril de 1989, por lo que cabe concluir que a la fecha del hecho investigado no estaba a cargo del servicio. No empece a lo expresado que en algunas oportunidades haya asumido interinamente tal función, ya que como surge de la declaración testifical prestada por el doctor Brizuela —entonces director del hospital— el 16 de octubre de 1984 revestía aquel carácter el doctor Rodríguez (fs. 271, contestación a la pregunta

tercera), máxime cuando esta versión de la realidad se compadece con la planilla de asistencia de profesionales de guardia obrante a fs. 55, de la que se puede advertir la firma de este último profesional como jefe del servicio mencionado.

Por lo demás, al declarar en sede penal, Suares manifestó que no había atendido al paciente, de manera que por no haberse aportado a la causa ningún otro elemento de prueba sobre la actuación que le cupo al nombrado en el hecho investigado, la demanda deberá ser desestimada al respecto.

15) Que Perreta ha sido demandado en su condición de médico traumatólogo del Hospital Lucio Meléndez, pero esa única circunstancia no lo hace necesariamente responsable de la atención que recibió el padre de la actora, toda vez que se verifica en el caso un déficit probatorio semejante al señalado anteriormente; ello es así, pues este profesional declaró en sede penal que no recordaba haber asistido a Brescia, mantuvo dicha negativa en su contestación de demanda, y la damnificada no ha producido prueba que demuestre —con suficiente grado de convicción— la participación de Perreta en el hecho.

No es óbice a esta conclusión la información dada por Galván, en su condición de dependiente del centro hospitalario, al oficial de la policía que concurrió al establecimiento como consecuencia de la instrucción del sumario criminal, ya que lo único que podría desprenderse de sus dichos ha sido desvirtuado con la incorporación de la ficha del paciente obrante a fs. 41 del proceso penal, en la cual no fue identificado el médico que había tomado intervención. Por lo demás, al declarar como testigo en estas actuaciones (fs. 225), Galván afirmó que “...la testigo observa que manifestó que el doctor Perreta asistió al paciente Brescia, pero dice que nunca pudo haber manifestado eso porque la dicente no está en la guardia cuando entran los pacientes. Supone la testigo que ese policía ha preguntado quien era el traumatólogo de ese día...” (respuesta a la pregunta décima).

Por último, cabe señalar que no han sido agregados a estos autos, ni obran en la instrucción criminal, los “libros policiales” ni los “libros médicos” que la demandante debió aportar para poder establecer con seguridad la responsabilidad que intenta atribuir al traumatólogo, a lo que cabe agregar la opinión del perito médico designado de oficio en el sentido de que con los elementos del expediente no puede ser determinada la responsabilidad —en el sentido de autoría— de los profesionales en la asistencia recibida por Brescia (fs. 236).

16) Que también debe ser rechazada la demanda con relación a Américo Delgado Vargas.

En primer término, es necesario puntualizar que no cabe tenerle por absueltas en rebeldía las posiciones puestas por la actora, ya que este demandado no fue correctamente notificado de la audiencia fijada al efecto; ello es así pues, como se desprende del certificado de fs. 185, Delgado Vargas constituyó domicilio en Cerrito 838, tercer piso, mientras que la cédula tendiente a notificar la celebración de la audiencia para recibirle declaración confesional fue dirigida a Cerrito 836 (fs. 201).

De igual modo, los demás elementos de prueba reunidos en el proceso tampoco son relevantes para tener por acreditada la participación en el hecho que se le atribuye, desde que si bien es cierto que en la planilla del servicio de guardia se asentó al lado del diagnóstico del fallecido el apellido Delgado, no es éste un elemento suficiente para concluir que —en el caso de haber estado autorizado para ello— hubiera tomado la determinación de autorizar al paciente para retirarse del establecimiento, omitiendo de este modo el deber de obrar diligentemente, con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (arts. 512 y 902 del Código Civil).

Por lo demás, en cuanto a la afirmación realizada en el escrito inicial según el cual el servicio de guardia estaba integrado por los profesionales y el practicante aludidos (exposición de los hechos, fs. 4), basta señalar que —como surge del informe agregado a fs. 206— el personal afectado el día 16 de octubre de 1984 a la guardia del centro asistencial estaba integrado por los nombrados y por otros diez médicos, circunstancia que impide determinar con la certeza necesaria cuál o cuáles de ellos fueron los que asistieron al paciente e indicaron el tratamiento a seguir.

17) Que, en consecuencia, la incertidumbre destacada lleva al rechazo de la pretensión promovida contra Suares, Perreta y Delgado Vargas, toda vez que éstos únicamente fueron demandados con apoyo en la responsabilidad individual derivada de la actuación personal que se les atribuyó en la negligente asistencia prestada al occiso, por lo que el principio procesal de congruencia —de raigambre constitucional—, en cuanto integra el derecho de defensa, impide considerar el supuesto no alegado de la eventual responsabilidad colectiva que podría haberles correspondido sobre la base de integrar el grupo profesional que prestaba sus servicios en la unidad del centro asistencial en la cual, indudablemente, fue tratado el paciente.

18) Que la Provincia de Buenos Aires ha reconocido expresamente que el padre de la actora concurrió al hospital bajo su ámbito a fin de recibir atención médica.

Este Tribunal ha decidido que quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos:306:2030; 307:821; 312:343; causa: G.93.XXII “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 8 de septiembre de 1992).

Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad (Fallos: 306:2030).

19) Que como lo ha señalado este Tribunal en el precedente de Fallos: 306:178, con atinencia a las obras sociales y que es estrictamente aplicable al servicio público hospitalario en examen, en la actividad de los centros de salud pública dentro de la cual se encuadra el presente caso “ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios” (considerando 3º).

20) Que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (del dictamen del señor Procurador General doctor Mario Justo López en los autos “González Orono de Leguizamón, Norma Mabel c/ Federación de Trabajadores Jaboneros

y Afines s/ daños y perjuicios”, fallado por esta Corte el 29 de marzo de 1984 y citado en el considerando anterior).

21) Que la omisión en el deber de actuar surge en forma evidente en este caso y es señalado con énfasis en el dictamen de los señores médicos forenses. En efecto, los profesionales integrantes de ese cuerpo y participantes en el informe pericial obrante fs. 330/336 —realizada como consecuencia de la medida para mejor proveer dictada a fs. 321— sostienen en forma reiterada que el paciente debió quedar internado en observación en virtud de la envergadura del accidente padecido.

En el sentido indicado, expresan a fs. 331 “que, si bien no se compadecen las lesiones halladas en la autopsia con el cuadro clínico descripto, consideramos que un accidente con el mecanismo relatado (amolamiento toraco-abdominal, por un camión contra un pilar de material de construcción) merecía haber sido observado en ambiente hospitalario en un lapso de 24 a 36 horas para comprobar la evolución sintomatológica del mismo y permitir actuar médicamente en consecuencia”. Acto seguido sostienen que “las lesiones halladas en la mencionada autopsia no se compadecen con la remisión al domicilio del accidentado y que dicho traslado haya sido efectuado por sus propios medios. Dejando de lado toda disquisición teórica estimamos que un accidente como el de autos sugiere tener al accidentado un tiempo prudencial en observación para comprobar la evolución del cuadro clínico”.

Con un parejo alcance, a fs. 334 reiteran la conclusión al señalar que ante “la posibilidad de que se produzca un cuadro como el mencionado en 4., es indispensable la internación y el control del paciente que lo pudiera ofrecer, durante 24, 36 horas”. También aseveran que, ante el caso clínico descripto, eran indispensables los exámenes y estudios complementarios indicados a fs. 297 vta. y, para finalizar, expresan a fs. 336 que “debemos poner énfasis en que ante un accidente de las características del de autos, era conveniente tener al paciente en observación durante 24 a 36 horas para estar en condiciones de detectar cualquier eventualidad posterior (hemorragia interna, disnea, colapso, etc.), y actuar consecuentemente”.

22) Que dichas afirmaciones —no observadas por la provincia demandada— son por demás elocuentes del elemental deber de obrar que pesaba sobre el hospital y que fue omitido al no ordenar la internación del paciente por el plazo referido.

La sola inquisición por parte de un médico, aun no especializado y con conocimientos mínimos sobre la materia, respecto a la forma en que habían ocurrido los hechos —diligencia mínima y primaria que debe llevar a cabo cualquier profesional como punto de partida para poder establecer el diagnóstico y prescribir el consecuente tratamiento—, habría indicado la necesidad de practicar los exámenes aludidos por los médicos forenses y mantener al paciente en observación con el propósito de prevenir eventuales consecuencias dañosas.

En el caso, el suficiente conocimiento de las circunstancias en que se produjo el accidente que causó las lesiones, imponía el deber de realizar las diligencias que eran necesarias según las circunstancias de personas, de tiempo y del lugar para no incurrir en la omisión que se atribuye al organismo provincial (artículos 512 y 902, Código Civil).

23) Que, en este sentido, cabe señalar que es la misma provincia quien al contestar la demanda admite la posibilidad de que “el desgarró de pulmón e hígado fuesen pequeños, asintomáticos clínica y radiológicamente durante un término de tiempo que puede extenderse en muchos casos a varias horas y que en un segundo tiempo, por un esfuerzo habitual se

termine de lesionar la o las vísceras en cuestión provocando la hemorragia interna con un cuadro brusco de shock seguido de muerte” (fs. 81 vta., tercer párrafo).

24) Que dicho reconocimiento —reiterado en el alegato— es por demás elocuente de la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos, ya que la previsible posibilidad de que se presentase una hemorragia en dos tiempos —es decir, no susceptible de ser verificada en un primer momento, pero, por su naturaleza, sencillamente detectable con el transcurso de las horas—, o la índole de las lesiones a que hace referencia la provincia, imponían sin que se presentara ningún espacio para la duda sobre la necesidad de actuar en la forma ya desarrollada.

Por lo demás, no empece a lo expuesto la aseveración relativa a que la radiografía que se le tomó a Brescia no permitía observar fractura alguna y que, en consecuencia, se encontraba en buen estado de salud, ya que no se aportó ninguna prueba que acredite esa afirmación.

25) Que el incumplimiento por parte del Estado provincial de prestar, en los términos señalados, la asistencia médica debida al paciente guarda un nexo etiológico material con el resultado dañoso que, por la naturaleza de la obligación de seguridad a su cargo, presupone la adecuación de las consecuencias en orden a la regularidad del curso de los hechos prevenida por el art. 901 del Código Civil.

Al respecto, la demandada no ha aportado prueba alguna en el proceso que demostrara, con un alcance inequívoco, que la falta materialmente imputada por el deficiente servicio asistencial resultó indiferente en la cadena causal generada por las lesiones que padecía la víctima y que, por ende, el desenlace mortal se produciría fatalmente en todos los casos. Por el contrario, las circunstancias del caso permiten concluir que el fallecimiento de Brescia no configuró un simple posterius que siguió a un prius, manteniendo una mera sucesión cronológica con la negligente atención prestada, sino un resultado que, como se informa en los peritajes médicos realizados en la causa, era susceptible de ser evitado de haber sido mantenido el paciente en observación durante el lapso necesario para aguardar la evolución de las lesiones, realizar los estudios que llevaran al diagnóstico correcto y, con este elemento primordial, llevar a cabo el tratamiento quirúrgico que permitiera la curación del paciente.

26) Que en las condiciones expresadas, el fallecimiento del padre de la demandante resulta ser una consecuencia que jurídicamente debe ser imputada a las series causales generadas por los responsables del vehículo —conductor, su principal y el dueño de la cosa— que provocó el aprisionamiento que sufrió la víctima y por la deficiente atención médica prestada en el establecimiento hospitalario provincial, las que han concurrido para dar lugar al resultado dañoso, funcionando como concausas unidas por su eficacia colateral.

Más allá de que la concurrencia causal que se ha decidido dará lugar a la responsabilidad solidaria de los condenados frente a la damnificada, con el objeto de sentar el alcance de la obligación resarcitoria entre los sujetos obligados, cabe establecer la incidencia que cada una de las cadenas causales ha tenido en el fallecimiento de Brescia, a cuyo efecto en función de la gravedad y pronóstico de las lesiones causadas a la víctima por el automotor y de que, por un lado, no puede predicarse con certeza cuál hubiere sido el mayor o menor resultado satisfactorio de un oportuno y diligente tratamiento médico y, por el otro, de que la falta imputada al estado se limitó a desencadenar un resultado cuya causa inicial le era extraña, se asigna un 80% del total a los responsables del daño causado por el automotor y el 20% restante a la provincia demandada.

27) Que, dilucidadas las distintas responsabilidades de los codemandados, debe establecerse si en autos se han acreditado los daños que se reclaman.

La actora —hija mayor de edad del fallecido— no ha aportado ningún elemento de prueba que permita concluir que era destinataria de parte de los bienes que su padre producía, razón por la cual no puede ser admitida la reparación del daño material, máxime cuando tampoco puede razonablemente presumirse que el occiso realizara algún tipo de aporte patrimonial a la demandante, pues, más allá de que no convivían, surge del expediente laboral agregado por cuerda que los ingresos del fallecido eran sumamente limitados y que éste había constituido un nuevo grupo familiar con su concubina, en el cual cabe suponer que aportaba sus ingresos.

En consecuencia, cabe concluir que la desaparición de Brescia no le ha ocasionado a su hija un perjuicio patrimonial que torne procedente el resarcimiento pretendido. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal ha decidido “la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue” (F.554.XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario - daños y perjuicios”, del 11 de mayo de 1993).

28) Que, en cambio, corresponde admitir la indemnización por daño moral, ya que éste, contrariamente a lo que ocurre con respecto al daño material, se produce como consecuencia de la muerte de la víctima cuando, como en el caso, es reclamada por una heredera forzosa a favor de quien media una presunción iuris tantum —con relación a la existencia de dicho daño— que no ha sido desvirtuada por prueba de los demandados (artículos 1078 y 1084, Código Civil). Por lo que tal perjuicio se justiprecia en la suma de cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000).

29) Que la condena se hace extensiva respecto de la citada en garantía en los términos del artículo 118 del decreto-ley 17.418/67.

Por ello, se decide: Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por Noemí Luján Brescia contra Manuel Osvaldo Montiel, la empresa Dial Electromecánica, Raúl Eugenio Douzón y la Provincia de Buenos Aires, respecto de los cuales se declara la concurrencia causal en los términos señalados en el considerando 26, y a quienes se condena in solidum a pagar a la actora dentro del plazo de treinta días la suma de \$ 55.000 pesos, con sus intereses, que se liquidarán a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho dañoso hasta el 31 de marzo de 1991 y los posteriores de acuerdo a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (confr. causa: Y.11.XXII “Y.P.F. c/ Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes s/ cobro de australes” —voto de los jueces Belluscio, Petracchi y Moliné O’Connor— del 3 de marzo de 1992). La condena se hace extensiva a la citada en garantía en los términos indicados en el considerando 29. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y

Comercial de la Nación). Asimismo se rechaza la demanda seguida contra los codemandados Suares, Perreta y Delgado Vargas. Con costas. Notifíquese. JULIO S. NAZARENO (*en disidencia parcial*) — EDUARDO MOLINE O'CONNOR — CARLOS S. FAYT (*en disidencia parcial*) — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — RICARDO LEVENE (H.) (*en disidencia parcial*) — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia parcial*) — GUILLERMO A. F. LOPEZ (*en disidencia parcial*) — GUSTAVO A. BOSSERT (*en disidencia parcial*).

DISIDENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON GUILLERMO A. F. LOPEZ Y GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (artículos 116 y 117, Constitución Nacional).

2º) Que a los fines de determinar la responsabilidad de los codemandados, es imprescindible examinar —dada la diversidad de los títulos en que la actora ha fundado su pretensión— en forma separada los distintos hechos y conductas que, según sostiene la actora, constituyen las causas que han generado la muerte de su padre.

3º) Que en autos ha quedado debidamente acreditado que en circunstancias en que Manuel Osvaldo Montiel efectuaba maniobras para retirar el camión F 600 chapa C 236.077 del interior del Club Almirante Brown, el señor Brescia quedó aprisionado entre el guardabarros delantero derecho del vehículo y un paredón de material. A raíz de ello fue trasladado al Hospital Lucio Meléndez, donde se le extrajeron placas radiográficas y después de algunas horas fue autorizado a retirarse a su domicilio, en el cual falleció a las 19 (ver declaración del conductor obrante a fs. 5 y a fs. 8/9 del expediente penal venido ad effectum videndi y agregado por cuerda; croquis ilustrativo de la policía de la provincia obrante a fs. 4 de dicho proceso).

La misma secuencia de hechos es relatada por Ariel Eladio Bogado, quien declaró a fs. 14 de la instrucción criminal, y se encuentra corroborada en este expediente con la declaración testifical de fs. 222 bis.

4º) Que también ha sido reconocida por el codemandado Douzon en su presentación en esta causa la titularidad del rodado marca Ford F 600, modelo 1970, patente C 236.077 (fs. 182), que —por lo demás— resultaba del acta levantada a fs. 18 del proceso que tramitó ante el juez penal de la Provincia de Buenos Aires.

5º) Que la situación procesal de los codemandados Montiel y Dial Electromecánica, declarados rebeldes a fs. 113 vta. y a fs. 172, respectivamente, y del propietario del automotor —que no contestó la demanda—, crea con respecto a los nombrados la presunción prevista en el artículo 356, inciso 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

6º) Que, en lo que atañe a estos demandados, la controversia sometida a consideración del Tribunal tiene su marco jurídico en el art. 1109 del Código Civil con respecto al codemandado Montiel —quien conducía el vehículo y era dependiente de la codemandada Dial Electromecánica— y en el art. 1113, primera parte y segundo párrafo, con respecto a dicha empresa y al propietario del automotor.

En consecuencia, en cuanto al primero la actora debía probar la existencia del hecho generador, su intervención en él y su culpa; y, en relación a los demás demandados, la

existencia del hecho generador, la intervención en él de una cosa respecto de la cual fuesen dueños o guardianes, y la relación causal entre el daño sufrido y el hecho invocado como antecedente. Por su lado, si los demandados pretendían ser eximidos de la responsabilidad presumida, debían demostrar la fractura del nexo causal, que proviene del hecho de la víctima o de un tercero por quien no deban responder o, en todo caso, un supuesto de fuerza mayor que resulte extraño al riesgo generado por la cosa que ocasionó el daño.

7º) Que la damnificada ha cumplido con la carga precedentemente indicada, pues de la apreciación de las constancias antes relacionadas no existen dudas de que su padre fue embestido por el automotor F 600, patente C 236.077 conducido por Manuel Osvaldo Montiel, el cual era propiedad, en el momento del hecho, de Raúl Eugenio Douzón.

De igual modo, los antecedentes obrantes en la causa penal agregada sustentan eficazmente la conclusión de la presencia de una relación causal suficiente entre aquel hecho y el fallecimiento del progenitor de la damnificada. En efecto, como surge de la necropsia efectuada al causante en sede penal —no impugnada oportunamente por los interesados en este aspecto— quedó acreditado que “...la muerte se produjo a causa de hemorragia interna por desgarramiento de pulmón e hígado por golpe o choque con o contra un elemento duro, liso, inelástico, posiblemente partes de carrocería de un vehículo automotor” (fs. 19).

8º) Que, en consecuencia, cabe abordar seguidamente la defensa introducida por la citada en garantía para eximir su responsabilidad y la de sus asegurados, que según sostiene estaría dada por la existencia de una conducta culposa por parte del occiso.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido que la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, debe revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos: 310:2103; causa: F.554.XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario”, fallada el 11 de mayo de 1993), por lo que desde esta comprensión del asunto debe ser examinado la eximente que se invoca.

9º) Que como surge del croquis realizado en la causa penal, al que se hizo referencia en el considerando 3º, y de la inspección ocular realizada por la instrucción criminal (fs. 3 del expediente agregado), el camión conducido por Montiel debía salir del inmueble por un portón sumamente estrecho que, además, presentaba un cordón elevado de 12 centímetros de altura y 15 centímetros de espesor, que impidió retroceder el vehículo y causó su desplazamiento hacia adelante, momento en el cual Brescia quedó aprisionado entre el automotor y la pared.

Frente a la forma en que se desarrollaron los hechos, no se evidencia conducta negligente en los términos señalados por parte de la víctima, máxime cuando la presencia de ésta en el lugar era conocida por el conductor del camión en la medida en que lo estaba guiando en la ejecución de las maniobras de desplazamiento del vehículo que se realizaban dentro del establecimiento.

10) Que, en las condiciones expresadas, Montiel debía extremar los recaudos para evitar que, dadas las características del lugar, pudieran producirse accidentes como el acontecido, sin que de parte de Brescia —que lo guiaba en su desplazamiento— se evidencie una conducta que contribuyera en todo o en parte a la producción del accidente.

Por tanto, cabe concluir que la imprudencia de Montiel fue una de las causas eficientes del daño, conducta que compromete su responsabilidad (art. 1109, Código Civil).

En cuanto a los restantes codemandados, la participación del perjudicado en el hecho no es susceptible de ser calificada como imprevisible ni irresistible, por lo que no cabe tener por configurada, ni siquiera parcialmente, la circunstancia eximente invocada, de modo que por encontrarse reunidos todos los presupuestos que hacen a su responsabilidad, corresponde que sean condenados a resarcir el daño causado con el alcance que se precisará en este pronunciamiento.

11) Que, por otro lado, como la pretensión fue promovida igualmente contra los profesionales que, según invoca la actora, prestaron una negligente asistencia médica a su padre con posterioridad al accidente que éste había padecido, debe examinarse si concurren en el sub lite todos los requisitos exigidos por el ordenamiento sustantivo para declarar procedente la responsabilidad civil atribuida a estos demandados.

12) Que los dos médicos y el practicante sindicados por la damnificada como intervinientes en la atención profesional de la víctima llevada a cabo en el establecimiento asistencial, han negado su participación en el caso, por lo que —por una razón de prelación lógica debe determinarse en primer término si ha quedado acreditada la autoría que se les asigna, carga que debe ser satisfecha por la demandante (art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

13) Que la apreciación de las constancias de la causa lleva a concluir que no se ha logrado acreditar que fueran los médicos demandados quienes atendieron a Francisco Brescia.

14) Que, en efecto, asiste razón al demandado Suares cuando, en su contestación de demanda, sostiene que no participó en la atención del paciente y que en esa época no era el jefe de guardia del Hospital Lucio Meléndez, pues como se desprende del informe efectuado por dicho establecimiento (fs. 263 bis), dicho profesional desempeñó la función mencionada sólo desde el 3 de enero de 1985 hasta el 1 de abril de 1989, por lo que cabe concluir que a la fecha del hecho investigado no estaba a cargo del servicio. No empuje a lo expresado que en algunas oportunidades haya asumido interinamente tal función, ya que como surge de la declaración testifical prestada por el doctor Brizuela —entonces director del hospital— el 16 de octubre de 1984 revestía aquel carácter el doctor Rodríguez (fs. 271, contestación a la pregunta tercera), máxime cuando esta versión de la realidad se compadece con la planilla de asistencia de profesionales de guardia obrante a fs. 55, de la que se puede advertir la firma de este último profesional como jefe del servicio mencionado.

Por lo demás, al declarar en sede penal, Suares manifestó que no había atendido al paciente, de manera que por no haberse aportado a la causa ningún otro elemento de prueba sobre la actuación que le cupo al nombrado en el hecho investigado, la demanda deberá ser desestimada al respecto.

15) Que Perreta ha sido demandado en su condición de médico traumatólogo del Hospital Lucio Meléndez, pero esa única circunstancia no lo hace necesariamente responsable de la atención que recibió el padre de la actora, toda vez que se verifica en el caso un déficit probatorio semejante al señalado anteriormente; ello es así, pues este profesional declaró en sede penal que no recordaba haber asistido a Brescia, mantuvo dicha negativa en su contestación de demanda, y la damnificada no ha producido prueba que demuestre —con suficiente grado de convicción— la participación de Perreta en el hecho.

No es óbice a esta conclusión la información dada por Galván, en su condición de dependiente del centro hospitalario, al oficial de la policía que concurrió al establecimiento

como consecuencia de la instrucción del sumario criminal, ya que lo único que podría desprenderse de sus dichos ha sido desvirtuado con la incorporación de la ficha del paciente obrante a fs. 41 del proceso penal, en la cual no fue identificado el médico que había tomado intervención. Por lo demás, al declarar como testigo en estas actuaciones (fs. 225), Galván afirmó que “...la testigo observa que manifestó que el doctor Perreta asistió al paciente Brescia, pero dice que nunca pudo haber manifestado eso porque la dicente no está en la guardia cuando entran los pacientes. Supone la testigo que ese policía ha preguntado quien era el traumatólogo de ese día...” (respuesta a la pregunta décima).

Por último, cabe señalar que no han sido agregados a estos autos, ni obran en la instrucción criminal, los “libros policiales” ni los “libros médicos” que la demandante debió aportar para poder establecer con seguridad la responsabilidad que intenta atribuir al traumatólogo, a lo que cabe agregar la opinión del perito médico designado de oficio en el sentido de que con los elementos del expediente no puede ser determinada la responsabilidad —en el sentido de autoría— de los profesionales en la asistencia recibida por Brescia (fs. 236).

16) Que también debe ser rechazada la demanda con relación a Américo Delgado Vargas.

En primer término, es necesario puntualizar que no cabe tenerle por absueltas en rebeldía las posiciones puestas por la actora, ya que este demandado no fue correctamente notificado de la audiencia fijada al efecto; ello es así pues, como se desprende del certificado de fs. 185, Delgado Vargas constituyó domicilio en Cerrito 838, tercer piso, mientras que la cédula tendiente a notificar la celebración de la audiencia para recibirle declaración confesional fue dirigida a Cerrito 836 (fs. 201).

De igual modo, los demás elementos de prueba reunidos en el proceso tampoco son relevantes para tener por acreditada la participación en el hecho que se le atribuye, desde que si bien es cierto que en la planilla del servicio de guardia se asentó al lado del diagnóstico del fallecido el apellido Delgado, no es éste un elemento suficiente para concluir que —en el caso de haber estado autorizado para ello— hubiera tomado la determinación de autorizar al paciente para retirarse del establecimiento, omitiendo de este modo el deber de obrar diligentemente, con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (arts. 512 y 902 del Código Civil).

Por lo demás, en cuanto a la afirmación realizada en el escrito inicial según el cual el servicio de guardia estaba integrado por los profesionales y el practicante aludidos (exposición de los hechos, fs. 4), basta señalar que —como surge del informe agregado a fs. 206— el personal afectado el día 16 de octubre de 1984 a la guardia del centro asistencial estaba integrado por los nombrados y por otros diez médicos, circunstancia que impide determinar con la certeza necesaria cuál o cuáles de ellos fueron los que asistieron al paciente e indicaron el tratamiento a seguir.

17) Que, en consecuencia, la incertidumbre destacada lleva al rechazo de la pretensión promovida contra Suares, Perreta y Delgado Vargas, toda vez que éstos únicamente fueron demandados con apoyo en la responsabilidad individual derivada de la actuación personal que se les atribuyó en la negligente asistencia prestada al occiso, por lo que el principio procesal de congruencia —de raigambre constitucional—, en cuanto integra el derecho de defensa, impide considerar el supuesto no alegado de la eventual responsabilidad colectiva que podría haberles correspondido sobre la base de integrar el grupo profesional que prestaba sus servicios en la unidad del centro asistencial en la cual, indudablemente, fue tratado el paciente.

18) Que la Provincia de Buenos Aires ha reconocido expresamente que el padre de la actora concurrió al hospital bajo su ámbito a fin de recibir atención médica.

Este Tribunal ha decidido que quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; causa: G.93.XXII “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 8 de septiembre de 1992).

Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad (Fallos: 306: 2030).

19) Que como lo ha señalado este Tribunal en el precedente de Fallos: 306:178, con atinencia a las obras sociales y que es estrictamente aplicable al servicio público hospitalario en examen, en la actividad de los centros de salud pública dentro de la cual se encuadra el presente caso “ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios” (considerando 3º).

20) Que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (del dictamen del señor Procurador General doctor Mario Justo López en los autos “González Orono de Leguizamón, Norma Mabel c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines s/ daños y perjuicios”, fallado por esta Corte el 29 de marzo de 1984 y citado en el considerando anterior).

21) Que la omisión en el deber de actuar surge en forma evidente en este caso y es señalado con énfasis en el dictamen de los señores médicos forenses. En efecto, los profesionales integrantes de ese cuerpo y participantes en el informe pericial obrante fs. 330/336 —realizada como consecuencia de la medida para mejor proveer dictada a fs. 321— sostienen en forma reiterada que el paciente debió quedar internado en observación en virtud de la envergadura del accidente padecido.

En el sentido indicado, expresan a fs. 331 “que, si bien no se compadecen las lesiones halladas en la autopsia con el cuadro clínico descripto, consideramos que un accidente con el mecanismo relatado (amolamiento toraco-abdominal, por un camión contra un pilar de material de construcción) merecía haber sido observado en ambiente hospitalario en un lapso de 24 a 36 horas para comprobar la evolución sintomatológica del mismo y permitir actuar médicamente en consecuencia”. Acto seguido sostienen que “las lesiones halladas en la mencionada autopsia no se compadecen con la remisión al domicilio del accidentado y que dicho traslado haya sido efectuado por sus propios medios. Dejando de lado toda disquisición teórica estimamos que un accidente como el de autos sugiere tener al accidentado un tiempo prudencial en observación para comprobar la evolución del cuadro clínico”.

Con un parejo alcance, a fs. 334 reiteran la conclusión al señalar que ante “la posibilidad de que se produzca un cuadro como el mencionado en 4., es indispensable la internación y el control del paciente que lo pudiera ofrecer, durante 24, 36 horas”. También aseveran que, ante el caso clínico descrito, eran indispensables los exámenes y estudios complementarios indicados a fs. 297 vta. y, para finalizar, expresan a fs. 336 que “debemos poner énfasis en que ante un accidente de las características del de autos, era conveniente tener al paciente en observación durante 24 a 36 horas para estar en condiciones de detectar cualquier eventualidad posterior (hemorragia interna, disnea, colapso, etc.), y actuar consecuentemente”.

22) Que dichas afirmaciones —no observadas por la provincia demandada— son por demás elocuentes del elemental deber de obrar que pesaba sobre el hospital y que fue omitido al no ordenar la internación del paciente por el plazo referido.

La sola inquisición por parte de un médico, aun no especializado y con conocimientos mínimos sobre la materia, respecto a la forma en que habían ocurrido los hechos —diligencia mínima y primaria que debe llevar a cabo cualquier profesional como punto de partida para poder establecer el diagnóstico y prescribir el consecuente tratamiento—, habría indicado la necesidad de practicar los exámenes aludidos por los médicos forenses y mantener al paciente en observación con el propósito de prevenir eventuales consecuencias dañosas.

En el caso, el suficiente conocimiento de las circunstancias en que se produjo el accidente que causó las lesiones, imponía el deber de realizar las diligencias que eran necesarias según las circunstancias de personas, de tiempo y del lugar para no incurrir en la omisión que se atribuye al organismo provincial (artículos 512 y 902, Código Civil).

23) Que, en este sentido, cabe señalar que es la misma provincia quien al contestar la demanda admite la posibilidad de que “el desgarró de pulmón e hígado fuesen pequeños, asintomáticos clínica y radiológicamente durante un término de tiempo que puede extenderse en muchos casos a varias horas y que en un segundo tiempo, por un esfuerzo habitual se termine de lesionar la o las vísceras en cuestión provocando la hemorragia interna con un cuadro brusco de shock seguido de muerte” (fs. 81 vta., tercer párrafo).

24) Que dicho reconocimiento —reiterado en el alegato— es por demás elocuente de la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos, ya que la previsible posibilidad de que se presentase una hemorragia en dos tiempos —es decir, no susceptible de ser verificada en un primer momento, pero, por su naturaleza, sencillamente detectable con el transcurso de las horas—, o la índole de las lesiones a que hace referencia la provincia, imponían sin que se presentara ningún espacio para la duda sobre la necesidad de actuar en la forma ya desarrollada.

Por lo demás, no empece a lo expuesto la aseveración relativa a que la radiografía que se le tomó a Brescia no permitía observar fractura alguna y que, en consecuencia, se encontraba en buen estado de salud, ya que no se aportó ninguna prueba que acredite esa afirmación.

25) Que el incumplimiento por parte del Estado provincial de prestar, en los términos señalados, la asistencia médica debida al paciente guarda un nexo etiológico material con el resultado dañoso que, por la naturaleza de la obligación de seguridad a su cargo, presupone la adecuación de las consecuencias en orden a la regularidad del curso de los hechos prevenida por el art. 901 del Código Civil.

Al respecto, la demandada no ha aportado prueba alguna en el proceso que demostrara, con un alcance inequívoco, que la falta materialmente imputada por el deficiente servicio asistencial resultó indiferente en la cadena causal generada por las lesiones que padecía la víctima y que, por ende, el desenlace mortal se produciría fatalmente en todos los casos. Por el contrario, las circunstancias del caso permiten concluir que el fallecimiento de Brescia no configuró un simple *posterior* que siguió a un *prior*, manteniendo una mera sucesión cronológica con la negligente atención prestada, sino un resultado que, como se informa en los peritajes médicos realizados en la causa, era susceptible de ser evitado de haber sido mantenido el paciente en observación durante el lapso necesario para aguardar la evolución de las lesiones, realizar los estudios que llevaran al diagnóstico correcto y, con este elemento primordial, llevar a cabo el tratamiento quirúrgico que permitiera la curación del paciente.

26) Que en las condiciones expresadas, el fallecimiento del padre de la demandante resulta ser una consecuencia que jurídicamente debe ser imputada a las series causales generadas por los responsables del vehículo —conductor, su principal y el dueño de la cosa— que provocó el aprisionamiento que sufrió la víctima y por la deficiente atención médica prestada en el establecimiento hospitalario provincial, las que han concurrido para dar lugar al resultado dañoso, funcionando como *concausas* unidas por su eficacia colateral.

Más allá de que la concurrencia causal que se ha decidido dará lugar a la responsabilidad solidaria de los condenados frente a la damnificada, con el objeto de sentar el alcance de la obligación resarcitoria entre los sujetos obligados, cabe establecer la incidencia que cada una de las cadenas causales ha tenido en el fallecimiento de Brescia, a cuyo efecto en función de la gravedad y pronóstico de las lesiones causadas a la víctima por el automotor y de que, por un lado, no puede predicarse con certeza cuál hubiere sido el mayor o menor resultado satisfactorio de un oportuno y diligente tratamiento médico y, por el otro, de que la falta imputada al estado se limitó a desencadenar un resultado cuya causa inicial le era extraña, se asigna un 80% del total a los responsables del daño causado por el automotor y el 20% restante a la provincia demandada.

27) Que, dilucidadas las distintas responsabilidades de los codemandados, debe establecerse si en autos se han acreditado los daños que se reclaman.

La actora —hija mayor de edad del fallecido— no ha aportado ningún elemento de prueba que permita concluir que era destinataria de parte de los bienes que su padre producía, razón por la cual no puede ser admitida la reparación del daño material, máxime cuando tampoco puede razonablemente presumirse que el occiso realizara algún tipo de aporte patrimonial a la demandante, pues, más allá de que no convivían, surge del expediente laboral agregado por cuerda que los ingresos del fallecido eran sumamente limitados y que éste había constituido un nuevo grupo familiar con su concubina, en el cual cabe suponer que aportaba sus ingresos.

En consecuencia, cabe concluir que la desaparición de Brescia no le ha ocasionado a su hija un perjuicio patrimonial que torne procedente el resarcimiento pretendido. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal ha decidido “la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo incommutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado,

sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue” (F.554.XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario - daños y perjuicios”, del 11 de mayo de 1993).

28) Que, en cambio, corresponde admitir la indemnización por daño moral, ya que éste, contrariamente a lo que ocurre con respecto al daño material, se produce como consecuencia de la muerte de la víctima cuando, como en el caso, es reclamada por una heredera forzosa a favor de quien media una presunción iuris tantum —con relación a la existencia de dicho daño— que no ha sido desvirtuada por prueba de los demandados (artículos 1078 y 1084, Código Civil). Por lo que tal perjuicio se justiprecia en la suma de cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000).

29) Que la condena se hace extensiva respecto de la citada en garantía en los términos del artículo 118 del decreto-ley 17.418/67.

Por ello, se decide: Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por Noemí Luján Brescia contra Manuel Osvaldo Montiel, la empresa Dial Electromecánica, Raúl Eugenio Douzon y la Provincia de Buenos Aires, respecto de los cuales se declara la concurrencia causal en los términos señalados en el considerando 26, y a quienes se condena in solidum a pagar a la actora dentro del plazo de treinta días la suma de \$ 55.000 pesos, con sus intereses, que se liquidarán a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho dañoso hasta el 31 de marzo de 1991 y los posteriores de acuerdo a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (confr. causa: Y.11.XXII “Y.P.F. c/Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes” —voto de los jueces Belluscio, Petracchi y Moliné O’Connor— del 3 de marzo de 1992). La condena se hace extensiva a la citada en garantía en los términos indicados en el considerando 29. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Asimismo se rechaza la demanda seguida contra los codemandados Suares, Perreta y Delgado Vargas. Con costas en el orden causado, toda vez que una apreciación objetiva de las circunstancias del caso lleva a concluir que la actora tuvo razón fundada para litigar contra los nombrados (art. 68, 2º párrafo, del código citado). Notifíquese. GUILLERMO A. F. LOPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT.

DISIDENCIA PARCIAL DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON RICARDO LEVENE (H.)

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (artículos 116 y 117, Constitución Nacional).

2º) Que a los fines de determinar la responsabilidad de los distintos codemandados es imprescindible examinar en forma separada los diversos hechos y conductas a los que la actora atribuye la causa de la muerte de su padre.

3º) Que en autos ha quedado debidamente acreditado que en oportunidad en que Manuel Osvaldo Montiel efectuaba maniobras para retirar el camión F 600 chapa C 236.077 del interior del Club Almirante Brown, el señor Brescia quedó aprisionado entre el guardabarro delantero

derecho del vehículo y un paredón de material. A raíz de ello fue trasladado al Hospital Lucio Meléndez, donde se le extrajeron placas radiográficas y después de algunas horas fue autorizado a retirarse a su domicilio, en el cual falleció a las 19 (ver declaración del conductor obrante a fs. 5 y a fs. 8/9 del expediente penal venido ad effectum videndi y agregado por cuerda; croquis ilustrativo de la policía de la provincia obrante a fs. 4 de dicho proceso).

La misma secuencia de hechos es relatada por Ariel Eladio Bogado, quien declara a fs. 14 de la instrucción criminal, y se encuentra corroborada en este expediente con la declaración testifical de fs. 222 bis.

4º) Que también ha sido reconocida por el codemandado Douzón la titularidad del rodado marca Ford F 600, modelo 1970, patente C 236077 (ver asimismo el acta levantada a fs. 18 del proceso que tramitó ante el juez penal de la Provincia de Buenos Aires).

5º) Que la situación procesal de los codemandados Montiel y Dial Electromecánica, declarados rebeldes a fs. 113 vta. y a fs. 172, respectivamente y del propietario del automotor —que no contestó la demanda—, crea a su respecto la presunción prevista en el artículo 356, inciso 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

6º) Que la controversia sometida a la consideración del Tribunal tiene su marco jurídico en el artículo 1109 del Código Civil con respecto al codemandado Montiel —quien conducía el vehículo y era dependiente de la codemandada Dial Electromecánica— y en el artículo 1113, primera parte y segundo párrafo, con respecto a dicha empresa y al titular del automotor. En consecuencia y en lo que concierne a la responsabilidad objetiva, a la parte actora sólo le incumbía la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño producido, mientras que para eximirse de responsabilidad los codemandados —alcanzados por el artículo 1113 citado— debían haber acreditado la culpa de aquélla o de un tercero por quien no debiesen responder (causa: F.554 XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario —daños y perjuicios—” del 11 de mayo de 1993).

7º) Que distinta será la apreciación que se efectúe para examinar la responsabilidad que se asigna a los médicos codemandados, al practicante y a la Provincia de Buenos Aires en mérito a la participación que le cupo en el caso al Hospital Lucio Meléndez, perteneciente a dicho Estado provincial.

8º) Que la damnificada ha cumplido con la carga referida en el considerando 6º, pues no existen dudas de que, su padre, el señor Brescia, fue embestido por el automotor F 600, conducido por Manuel Osvaldo Montiel. Los antecedentes obrantes en el expediente penal autorizan a concluir que ha mediado una relación de causa a efecto entre aquel hecho y sus consecuencias dañosas. Ello es así, pues como surge de la necropsia efectuada al causante en sede penal —no impugnada oportunamente por ningún interesado— quedó acreditado que “la muerte se produjo a causa de hemorragia interna por desgarro de pulmón e hígado por golpe o choque con o contra un elemento duro, liso, inelástico posiblemente partes de carrocería de un vehículo automotor” (fs. 19 de dicho proceso).

9º) Que, empero, la citada en garantía —Cosecha Cooperativa de Seguros Limitada— niega la responsabilidad atribuida al embestidor, ya que aduce que medió en el caso culpa de la víctima.

10) Que este Tribunal ha resuelto que la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el artículo 1113, segunda parte del Código Civil debe revestir las

características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos: 310:2103), lo que no se ha demostrado que haya acontecido en el sub lite.

11) Que como surge del croquis realizado en la causa penal, al que se hizo referencia en el considerando 3º y de la inspección ocular (ver fs. 3 de dicho proceso), el camión conducido por Montiel debía salir por un portón sumamente estrecho que además presentaba un cordón elevado de 12 centímetros de altura y 15 centímetros de espesor, que impidió retroceder al vehículo y causó su desplazamiento hacia adelante aprisionando a la víctima contra la pared.

En esas condiciones Montiel debía extremar los recaudos para evitar que, dadas las características del lugar, pudieran producirse accidentes como el acontecido sin que de parte de Brescia —quien lo guiaba en su desplazamiento— se evidencie una conducta que contribuyera en todo o en parte a la producción del accidente.

12) Que de lo expuesto se puede concluir que la imprudencia de Montiel fue una de las causas eficientes del daño, conducta que compromete su responsabilidad (artículo 1109, Código Civil), al igual que la de Dial Electromecánica en virtud de los claros términos del artículo 1113, primera parte, del código citado, y la de Raúl Eugenio Douzon —propietario del automotor— en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma referida.

13) Que en atención a que la demanda también fue interpuesta contra los profesionales que, según la actora, atendieron a su padre, debe examinarse si medió responsabilidad de su parte, o, en su caso, si cabe asignarle alguna a la Provincia de Buenos Aires por la intervención que le cupo al hospital dependiente de su Ministerio de Salud.

14) Que a tal fin es necesario establecer si la intervención de los médicos, o del hospital provincial, influyó o concurrió en la realización del perjuicio por el que aquí se reclama, o si, en su caso, aun cuando el resultado final hubiese sido el mismo, era exigible una conducta de atención distinta a la que se adoptó.

15) Que todos los codemandados han reconocido que el señor Brescia ingresó en el servicio de guardia del Hospital Lucio Meléndez el día del accidente a las 13.30 y se retiró del lugar a las 17.30, como así que falleció en su domicilio dos horas después. El hecho, por lo demás, está acreditado con las distintas planillas confeccionadas por dicho servicio y que obran agregadas a fs. 204/205 bis.

Del informe del jefe de Servicio de Radiología del hospital se desprende que al accidentado se le efectuó una placa de tórax y se asentó en las planillas aludidas que había sufrido un “traumatismo de tórax” (ver fs. 206 y 204 bis vta.).

16) Que la actora imputa responsabilidad a dos médicos y un practicante; quienes —según sostiene— asistieron a su padre Ellos, por su parte, niegan su participación en el caso. Esta circunstancia impone la necesidad de determinar en primer término si ha quedado acreditada la autoría que se les asigna.

17) Que ante situaciones semejantes que comprometen la responsabilidad de profesionales encargados de la prestación de determinados servicios, sus conductas deben ser examinadas desde la óptica de la responsabilidad extracontractual, ya que los familiares —o las personas que sufren daños a raíz de los hechos que invocan en sustento de su pretensión— no se encuentran vinculados a la relación jurídica que unió a médicos y paciente. Ellos son terceros que han sufrido un daño como damnificados indirectos titulares de una acción *in iure proprio*, a cuyo respecto se reúnen los elementos de los hechos ilícitos, es decir acto voluntario con culpa o

negligencia, violación de un deber genérico de obrar con prudencia y daño efectivamente causado (arts. 898, 1066, 1067, 1109, 1113, Código Civil).

18) Que para que quede comprometida la responsabilidad de los médicos por los hechos cometidos en el ejercicio de su profesión, se debe demostrar la culpa en la atención prestada, la existencia del daño que sobrevino a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño ocasionado.

En estos casos la carga de la prueba corresponde a quien invoca el mal desempeño del médico (artículo 377, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), lo que se justifica plenamente si se tiene en cuenta que una postura contraria pondría en cabeza de los facultativos la acreditación de su diligencia.

19) Que en el caso, como seguidamente se verá, no se ha logrado acreditar que fueran los médicos demandados quienes atendieron a Francisco Brescia.

20) Que asiste razón al doctor Enrique Daniel Suares cuando al contestar la demanda sostiene que no participó en la atención del paciente y que en esa época no era el jefe de guardia del Hospital Lucio Meléndez. La actora no ha logrado probar fehacientemente su afirmación. En efecto, como se desprende del informe obrante a fs. 263 bis, aquél se desempeñó en dicho cargo desde el 3 de enero de 1985 al 1 de abril de 1989, por lo que debe concluirse que a la fecha del accidente no estaba a cargo de dicho servicio. No empeece a lo expuesto que en algunas oportunidades se haya desempeñado interinamente como tal, ya que, como surge de la declaración testifical del doctor Aldo Federico Brizuela —entonces director del hospital— el 16 de octubre de 1984 revestía aquel carácter el doctor Juan Rodríguez (fs. 271 contestación a la pregunta tercera). Dicha declaración se compadece con la planilla de asistencia de profesionales de guardia obrante a fs. 55, en la que se puede advertir la firma de este último profesional como jefe del servicio.

Por lo demás, al declarar en sede penal, Suares manifestó no haber atendido a Francisco Brescia y la actora no ha aportado ningún elemento de prueba que permita suponer lo contrario.

21) Que el doctor Perretta ha sido demandado en su carácter de traumatólogo del Hospital Lucio Meléndez, pero esa sola circunstancia no lo hace necesariamente responsable de la atención que recibió el padre de la actora, toda vez que al declarar en sede penal manifestó que no recordaba haberlo asistido y no se ha producido prueba que desvirtúe esta afirmación.

No obsta a esta conclusión la información prestada por la dependiente del centro hospitalario señora Elsa Corina Galván al oficial inspector —que concurrió al hospital como consecuencia de la instrucción del sumario— ya que lo que podría desprenderse de sus dichos ha sido desvirtuado con la agregación de la ficha del paciente obrante a fs. 41 del proceso penal, en la que no se consignó el médico que intervino. Por lo demás, al declarar a fs. 225 de estas actuaciones y contestar la pregunta décima expuso que “...la testigo observa que manifestó que el doctor Perretta asistió al paciente Brescia, pero dice que nunca pudo haber manifestado eso porque la dicente no está en la guardia cuando entran los pacientes. Supone la testigo que ese policía ha preguntado quién era el traumatólogo de ese día...” Por lo demás no han sido agregados a estos autos, ni ante la instrucción criminal, los “libros policiales” y los “libros de médicos” que la actora debió aportar para poder establecer con seguridad la responsabilidad que intenta adjudicar al traumatólogo, a lo que cabe agregar la opinión del

perito médico designado de oficio cuando precisa que con los elementos del expediente no puede determinarse la responsabilidad de los profesionales.

22) Que también debe rechazarse la demanda con relación al codemandado Américo Delgado Vargas.

En primer término es necesario declarar que no cabe tenerle por absueltas en rebeldía las posiciones puestas por la actora, ya que el codemandado no fue correctamente notificado de la audiencia fijada al efecto. En efecto, como se desprende del certificado obrante a fs. 185 —que no fue observado por las partes— aquél constituyó domicilio en Cerrito 838, tercer piso, y no en Cerrito 836, donde se notificó la audiencia señalada (ver fs. 201).

23) Que los demás elementos de prueba reunidos en el proceso tampoco son relevantes para tener por acreditada la responsabilidad que se atribuye. Si bien en la planilla del servicio de guardia se asentó al lado del diagnóstico del fallecido el apellido Delgado, no es ése un elemento suficiente para concluir que —en el caso de estar autorizado para ello— tomase la determinación de hacer retirar al paciente omitiendo así el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (artículo 902, Código Civil).

24) Que, por lo demás, en cuanto a la afirmación realizada en el escrito inicial según la cual el servicio de guardia estaba integrado por los profesionales y el practicante aludidos (ver exposición de los hechos de fs. 4) baste señalar que —como surge del informe agregado a fs. 206— el personal afectado a la guardia médica del día 16 de octubre de 1984 estaba integrado por los nombrados y diez médicos más, lo que impide determinar con la certeza necesaria cuál de ellos fue el que asistió al paciente e indicó el tratamiento a seguir.

25) Que la Provincia de Buenos Aires no ha controvertido que el padre de la actora concurriera al hospital a fin de recibir atención médica.

26) Que este Tribunal ha decidido que quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343, considerando 6º; causa: G.93.XXII “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/indemnización de daños y perjuicios” del 8 de septiembre de 1992).

Que ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de los órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 306:2030).

27) Que como lo ha señalado este Tribunal en el precedente de Fallos: 306:178, con atinencia a las obras sociales y estrictamente aplicable a la responsabilidad hospitalaria en examen, en la actividad de los centros de salud pública dentro de la cual se encuadra el presente caso “ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios” (considerando 3º).

28) Que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente

en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (del dictamen del señor Procurador General doctor Mario Justo López en los autos “González Orono de Leguizamón, Norma Mabel c/Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines s/ daños y perjuicios”, fallado por esta Corte el 29 de marzo de 1984 y citado en el considerando anterior).

29) Que la omisión en el deber de actuar surge en forma evidente en este caso y es señalada con énfasis en el dictamen de los señores médicos forenses. En efecto, los profesionales integrantes de ese cuerpo y participantes de la pericia obrante a fs. 330/336 —realizada como consecuencia de la medida para mejor proveer dictada a fs. 321— sostienen en forma reiterada que el paciente debió quedar internado en observación en virtud de la envergadura del accidente padecido.

Así a fs. 331 expresan que estiman “que, si bien no se compadecen las lesiones halladas en la autopsia con el cuadro clínico descripto, consideramos que un accidente con el mecanismo relatado (amolamiento toraco-abdominal, por un camión contra un pilar de material de construcción) merecía haber sido observado en ambiente hospitalario en un lapso de 24 a 36 horas para comprobar la evolución sintomatológica del mismo y permitir actuar médicamente en consecuencia”. Acto seguido sostienen que “las lesiones halladas en la mencionada autopsia no se compadecen con la remisión al domicilio del accidentado y que dicho traslado haya sido efectuado por sus propios medios. Dejando de lado toda disquisición teórica estimamos que un accidente como el de autos sugiere tener al accidentado un tiempo prudencial en observación para comprobar la evolución del cuadro clínico”.

A fs. 334 reiteran la conclusión al señalar que ante “la posibilidad de que se produzca un cuadro como el mencionado en 4., es indispensable la internación y el control del paciente que lo pudiera ofrecer, durante 24, 36 horas”. También aseveran que ante el caso clínico descripto eran indispensables los exámenes y estudios complementarios indicados a fs. 297 vta.; para finalizar a fs. 336 expresando “debemos poner énfasis en que ante un accidente de las características del de autos, era conveniente tener al paciente en observación durante 24 a 36 horas para estar en condiciones de detectar cualquier eventualidad posterior (hemorragia interna, disnea, colapso, etc.), y actuar consecuentemente”.

30) Que dichas afirmaciones —no observadas por la provincia demandada— son por demás elocuentes del básico deber de obrar que pesaba sobre el hospital y que fue omitido al no recomendar al paciente su internación por el plazo referido.

La sola inquisición por parte de un médico respecto a la forma en que habían ocurrido los hechos —obligación primaria de cualquier profesional para poder establecer el tratamiento a seguir—, habría indicado la necesidad de practicar los exámenes aludidos por los médicos forenses y mantener al paciente en observación con el propósito de prevenir eventuales consecuencias dañosas.

En el caso, el conocimiento de las circunstancias que rodearon al accidente imponía la obligación de realizar las diligencias necesarias para no incurrir en la omisión que se atribuye al organismo provincial (artículos 512 y 902, Código Civil).

31) Que es dable señalar que es la misma provincia la que al contestar la demanda admite la posibilidad de que “el desgarró de pulmón e hígado fuesen pequeños, asintomáticos clínica y radiológicamente durante un término de tiempo que puede extenderse en muchos casos a varias horas y que en un segundo tiempo, por un esfuerzo habitual se termine de lesionar la o las vísceras en cuestión provocando la hemorragia interna con un cuadro brusco de shock seguido de muerte” (fs. 81 vta. tercer párrafo).

32) Que dicho reconocimiento es por demás elocuente de la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos, ya que la eventualidad de que se presentase una hemorragia en dos tiempos —es decir, no visualizable en un primer momento y sí advertible con el transcurso de las horas—, o las lesiones a que hace referencia la provincia, imponía la necesidad de actuar en la forma ya desarrollada.

33) Que no empece a lo expuesto su aseveración relativa a que la radiografía que se le tomó a Brescia no presentaba fractura alguna y que en consecuencia se encontraba en buen estado de salud, ya que no se aportó ninguna prueba que avale esa afirmación.

34) Que, dilucidadas las distintas responsabilidades de los codemandados, debe establecerse si en autos se han acreditado los daños que se reclaman. La actora —hija mayor de edad del fallecido— no ha aportado ningún elemento de prueba que permita concluir que era destinataria de parte de los bienes que su padre producía, razón por la cual no puede ser admitida la reparación del daño material, ya que la desaparición de aquél no le ha ocasionado un perjuicio patrimonial, presupuesto necesario para su admisión. En efecto, como lo ha establecido este Tribunal “la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue” (F.554. XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario - daños y perjuicios”, del 11 de mayo de 1993).

35) Que sí corresponde admitir la indemnización por daño moral, ya que éste, contrariamente a lo que ocurre con respecto al daño material, se produce como consecuencia de la muerte de la víctima cuando, como en el caso, es reclamada por una heredera forzosa a favor de quien media una presunción iuris tantum —con relación a la existencia de dicho daño— que no ha sido desvirtuada por prueba de los demandados (artículos 1078 y 1084, Código Civil). Por lo que tal perjuicio se justiprecia en la suma de cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000).

36) Que la condena se hace extensiva respecto de la citada en garantía en los términos del artículo 118 del decreto ley 17.418/67.

37) Que la suma que se manda pagar debe ser afrontada in solidum por todos los demandados contra quienes progresa la acción; sin perjuicio de las acciones recursorias que

puedan interponer a fin de que el monto de la indemnización sea cubierto, en definitiva, por todos los deudores concurrentes y en la medida en que cada cual contribuyó a causar el daño; dado que debe reconocérseles el derecho de probar cuál ha sido la real incidencia causal de cada una de las conductas (Fallos: 307:1507; B.464.XXI “Buenos Aires, Provincia de c/ Arturo Julio Sala s/ cobro de australes” del 21 de diciembre de 1989).

Por ello, se decide: Hacer lugar a la demanda seguida por Noemí Luján Brescia contra Manuel Osvaldo Montiel, la empresa Dial Electromecánica, Raúl Eugenio Douzón y la Provincia de Buenos Aires, a quienes se condena a pagar dentro del plazo de treinta días la suma de cincuenta y cinco mil pesos, con sus intereses, que se liquidarán a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho dañoso hasta el 1 de abril de 1991 y los posteriores de acuerdo a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina (confr. causa Y.11 XXII “Y.P.F. c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes” del 3 de marzo de 1992). La condena se hace extensiva a la citada en garantía en los términos indicados en el considerando 36. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Asimismo se rechaza la demanda seguida contra los codemandados Suárez, Perreta y Delgado Vargas. Con costas a cargo de la actora (artículo 68 citado). Notifíquese. CARLOS S. FAYT — RICARDO LEVENE (H.).

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JULIO S. NAZARENO

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (artículos 116 y 117, Constitución Nacional).

2º) Que a los fines de determinar la responsabilidad de los codemandados, es imprescindible examinar —dada la diversidad de los títulos en que la actora ha fundado su pretensión— en forma separada los distintos hechos y conductas que, según sostiene la actora, constituyen las causas que han generado la muerte de su padre.

3º) Que en autos ha quedado debidamente acreditado que en circunstancias en que Manuel Osvaldo Montiel efectuaba maniobras para retirar el camión F 600 chapa del interior del Club Almirante Brown, el señor Brescia quedó aprisionado entre el guardabarros delantero derecho del vehículo y un paredón de material. A raíz de ello fue trasladado al Hospital Lucio Meléndez, donde se le extrajeron placas radiográficas y después de algunas horas fue autorizado a retirarse a su domicilio, en el cual falleció a las 19 (ver declaración del conductor obrante a fs. 5 y a fs. 8/9 del expediente penal venido ad effectum videndi y agregado por cuerda; croquis ilustrativo de la policía de la provincia obrante a fs. 4 de dicho proceso).

La misma secuencia de hechos es relatada por Ariel Eladio Bogado, quien declaró a fs. 14 de la instrucción criminal, y se encuentra corroborada en este expediente con la declaración testifical de fs. 222 bis.

4º) Que también ha sido reconocida por el codemandado Douzon en su presentación en esta causa la titularidad del rodado marca Ford F 600, modelo 1970, patente C 236.077 (fs. 182), que —por lo demás— resultaba del acta levantada a fs. 18 del proceso que tramitó ante el juez penal de la Provincia de Buenos Aires.

5º) Que la situación procesal de los codemandados Montiel y Dial Electromecánica, declarados rebeldes a fs. 113 vta. y a fs. 172, respectivamente, y del propietario del automotor

—que no contestó la demanda—, crea con respecto a los nombrados la presunción prevista en el artículo 356, inciso 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

6º) Que, en lo que atañe a estos demandados, la controversia sometida a consideración del Tribunal tiene su marco jurídico en el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, por lo que la aplicación de dicho régimen lleva a que la actora deba acreditar la existencia del hecho generador, la intervención en él de una cosa respecto de la cual los demandados sean dueños o guardianes y la relación causal entre el daño sufrido y el hecho invocado como antecedente. Por su lado, si los demandados pretenden ser eximidos de la responsabilidad presumida deben demostrar la fractura del nexo causal, que proviene del hecho de la víctima o de un tercero por quien no deban responder o, en todo caso, un supuesto de fuerza mayor que resulte extraño al riesgo generado por la cosa que ocasionó el daño.

7º) Que la damnificada ha cumplido con la carga precedentemente indicada, pues de la apreciación de las constancias antes relacionadas no existen dudas de que su padre fue embestido por el automotor F 600, patente C 236.077 conducido por Manuel Osvaldo Montiel, el cual era propiedad, en el momento del hecho, de Raúl Eugenio Douzón.

De igual modo, los antecedentes obrantes en la causa penal agregada sustentan eficazmente la conclusión de la presencia de una relación causal suficiente entre aquel hecho y el fallecimiento del progenitor de la damnificada. En efecto, como surge de la necropsia efectuada al causante en sede penal —no impugnada oportunamente por los interesados en este aspecto— quedó acreditado que “...la muerte se produjo a causa de hemorragia interna por desgarro de pulmón e hígado por golpe o choque con o contra un elemento duro, liso, inelástico, posiblemente partes de carrocería de un vehículo automotor” (fs. 19).

8º) Que, en consecuencia, cabe abordar seguidamente la defensa introducida por la citada en garantía para eximir su responsabilidad y la de sus asegurados, que según sostiene estaría dada por la existencia de una conducta culposa por parte del occiso.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido que la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, debe revestir las características de Imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos: 310:2103; causa: F.554.XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario”, fallada el 11 de mayo de 1993), por lo que desde esta comprensión del asunto debe ser examinado el eximente que se invoca.

9º) Que como surge del croquis realizado en la causa penal, al que se hizo referencia en el considerando 3º, y de la inspección ocular realizada por la instrucción criminal (fs. 3 del expediente agregado), el camión conducido por Montiel debía salir del inmueble por un portón sumamente estrecho que, además, presentaba un cordón elevado de 12 centímetros de altura y 15 centímetros de espesor, que impidió retroceder el vehículo y causó su desplazamiento hacia adelante, momento en el cual Brescia quedó aprisionado entre el automotor y la pared.

Frente a la forma en que se desarrollaron los hechos, no se evidencia conducta negligente en los términos señalados por parte de la víctima, máxime cuando la presencia de ésta en el lugar era conocida por el conductor del camión en la medida en que lo estaba guiando en la ejecución de las maniobras de desplazamiento del vehículo que se realizaban dentro del establecimiento.

10) Que, en las condiciones expresadas, la participación del perjudicado en el hecho no es susceptible de ser calificada como imprevisible ni irresistible, por lo que no cabe por tener

por configurada, ni siquiera parcialmente, la circunstancia eximente invocada, de modo que por encontrarse reunidos todos los presupuestos que hacen a la responsabilidad de estos codemandados, corresponde que sean condenados a resarcir el daño causado con el alcance que se precisará en este pronunciamiento.

11) Que, por otro lado, como la pretensión fue promovida igualmente contra los profesionales que, según invoca la actora, prestaron una negligente asistencia médica a su padre con posterioridad al accidente que éste había padecido, debe examinarse si concurren en el sub lite todos los requisitos exigidos por el ordenamiento sustantivo para declarar procedente la responsabilidad civil atribuida a estos demandados.

12) Que los dos médicos y el practicante sindicados por la damnificada como intervinientes en la atención profesional de la víctima llevada a cabo en el establecimiento asistencial, han negado su participación en el caso, por lo que —por una razón de prelación lógica debe determinarse en primer término si ha quedado acreditada la autoría que se les asigna, carga que debe ser satisfecha por la demandante (art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

13) Que la apreciación de las constancias de la causa lleva a concluir que no se ha logrado acreditar que fueran los médicos demandados quienes atendieron a Francisco Brescia.

14) Que, en efecto, asiste razón al demandado Suares cuando, en su contestación de demanda, sostiene que no participó en la atención del paciente y que en esa época no era el jefe de guardia del Hospital Lucio Meléndez, pues como se desprende del informe efectuado por dicho establecimiento (fs. 263 bis), dicho profesional desempeñó la función mencionada sólo desde el 3 de enero de 1985 hasta el 1 de abril de 1989, por lo que cabe concluir que a la fecha del hecho investigado no estaba a cargo del servicio. No empece a lo expresado que en algunas oportunidades haya asumido interinamente tal función, ya que como surge de la declaración testifical prestada por el doctor Brizuela —entonces director del hospital— el 16 de octubre de 1984 revestía aquel carácter el doctor Rodríguez (fs. 271, contestación a la pregunta tercera), máxime cuando esta versión de la realidad se compadece con la planilla de asistencia de profesionales de guardia obrante a fs. 55, de la que se puede advertir la firma de este último profesional como jefe del servicio mencionado.

Por lo demás, al declarar en sede penal, Suares manifestó que no había atendido al paciente, de manera que por no haberse aportado a la causa ningún otro elemento de prueba sobre la actuación que le cupo al nombrado en el hecho investigado, la demanda deberá ser desestimada al respecto.

15) Que Perreta ha sido demandado en su condición de médico traumatólogo del Hospital Lucio Meléndez, pero esa única circunstancia no lo hace necesariamente responsable de la atención que recibió el padre de la actora, toda vez que se verifica en el caso un déficit probatorio semejante al señalado anteriormente; ello es así, pues este profesional declaró en sede penal que no recordaba haber asistido a Brescia, mantuvo dicha negativa en su contestación de demanda, y la damnificada no ha producido prueba que demuestre —con suficiente grado de convicción— la participación de Perreta en el hecho.

No es óbice a esta conclusión la información dada por Galván, en su condición de dependiente del centro hospitalario, al oficial de la policía que concurrió al establecimiento como consecuencia de la instrucción del sumario criminal, ya que lo único que podría desprenderse de sus dichos ha sido desvirtuado con la incorporación de la ficha del paciente

obrante a fs. 41 del proceso penal, en la cual no fue identificado el médico que había tomado intervención. Por lo demás, al declarar como testigo en estas actuaciones (fs. 225), Galván afirmó que "...la testigo observa que manifestó que el doctor Perreta asistió al paciente Brescia, pero dice que nunca pudo haber manifestado eso porque la dicente no está en la guardia cuando entran los pacientes. Supone la testigo que ese policía ha preguntado quien era el traumatólogo de ese día..." (respuesta a la pregunta décima).

Por último, cabe señalar que no han sido agregados a estos autos, ni obran en la instrucción criminal, los "libros policiales" ni los "libros médicos" que la demandante debió aportar para poder establecer con seguridad la responsabilidad que intenta atribuir al traumatólogo, a lo que cabe agregar la opinión del perito médico designado de oficio en el sentido de que con los elementos del expediente no puede ser determinada la responsabilidad, —en el sentido de autoría— de los profesionales en la asistencia recibida por Brescia (fs. 236).

16) Que también debe ser rechazada la demanda con relación a Américo Delgado Vargas.

En primer término, es necesario puntualizar que no cabe tenerle por absueltas en rebeldía las posiciones puestas por la actora, ya que este demandado no fue correctamente notificado de la audiencia fijada al efecto; ello es así pues, como se desprende del certificado de fs. 185, Delgado Vargas constituyó domicilio en Cerrito 838, tercer piso, mientras que la cédula tendiente a notificar la celebración de la audiencia para recibirle declaración confesional fue dirigida a Cerrito 836 (fs. 201).

De igual modo, los demás elementos de prueba reunidos en el proceso tampoco son relevantes para tener por acreditada la participación en el hecho que se le atribuye, desde que si bien es cierto que en la planilla del servicio de guardia se asentó al lado del diagnóstico del fallecido el apellido Delgado, no es éste un elemento suficiente para concluir que —en el caso de haber estado autorizado para ello— hubiera tomado la determinación de autorizar al paciente para retirarse del establecimiento, omitiendo de este modo el deber de obrar diligentemente, con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (arts. 512 y 902 del Código Civil).

Por lo demás, en cuanto a la afirmación realizada en el escrito inicial según el cual el servicio de guardia estaba integrado por los profesionales y el practicante aludidos (exposición de los hechos, fs. 4), basta señalar que —como surge del informe agregado a fs. 206— el personal afectado el día 16 de octubre de 1984 a la guardia del centro asistencial estaba integrado por los nombrados y por otros diez médicos, circunstancia que impide determinar con la certeza necesaria cuál o cuáles de ellos fueron los que asistieron al paciente e indicaron el tratamiento a seguir.

17) Que, en consecuencia, la incertidumbre destacada lleva al rechazo de la pretensión promovida contra Suares, Perreta y Delgado Vargas, toda vez que éstos únicamente fueron demandados con apoyo en la responsabilidad individual derivada de la actuación personal que se les atribuyó en la negligente asistencia prestada al occiso, por lo que el principio procesal de congruencia —de raigambre constitucional—, en cuanto integra el derecho de defensa, impide considerar el supuesto no alegado de la eventual responsabilidad colectiva que podría haberles correspondido sobre la base de integrar el grupo profesional que prestaba sus servicios en la unidad del centro asistencial en la cual, indudablemente, fue tratado el paciente.

18) Que la Provincia de Buenos Aires ha reconocido expresamente que el padre de la actora concurrió al hospital bajo su ámbito a fin de recibir atención médica. Este Tribunal ha decidido que quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de asistencia a la salud de

la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; causa: G.93.XXII “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 8 de septiembre de 1992).

Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad (Fallos: 306: 2030).

19) Que como lo ha señalado este Tribunal en el precedente de Fallos: 306:178, con atinencia a las obras sociales y que es estrictamente aplicable al servicio público hospitalario en examen, en la actividad de los centros de salud pública dentro de la cual se encuadra el presente caso “ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios” (considerando 3º).

20) Que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (del dictamen del señor Procurador General doctor Mario Justo López en los autos “González Orono de Leguizamón, Norma Mabel c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines s/ daños y perjuicios”, fallado por esta Corte el 29 de marzo de 1984 y citado en el considerando anterior).

21) Que la omisión en el deber de actuar surge en forma evidente en este caso y es señalado con énfasis en el dictamen de los señores médicos forenses. En efecto, los profesionales integrantes de ese cuerpo y participantes en el informe pericial obrante fs. 330/336 —realizada como consecuencia de la medida para mejor proveer dictada a fs. 321— sostienen en forma reiterada que el paciente debió quedar internado en observación en virtud de la envergadura del accidente padecido. En el sentido indicado, expresan a fs. 331 “que, si bien no se compadecen las lesiones halladas en la autopsia con el cuadro clínico descripto, consideramos que un accidente con el mecanismo relatado (amolamiento toraco-abdominal, por un camión contra un pilar de material de construcción) merecía haber sido observado en ambiente hospitalario en un lapso de 24 a 36 horas para comprobar la evolución sintomatológica del mismo y permitir actuar médicamente en consecuencia”. Acto seguido sostienen que “las lesiones halladas en la mencionada autopsia no se compadecen con la remisión al domicilio del accidentado y que dicho traslado haya sido efectuado por sus propios medios. Dejando de lado toda disquisición teórica estimamos que un accidente como el de autos sugiere tener al accidentado un tiempo prudencial en observación para comprobar la evolución del cuadro clínico”.

Con un parejo alcance, a fs. 334 reiteran la conclusión al señalar que ante “la posibilidad de que se produzca un cuadro como el mencionado en 4., es indispensable la internación y

el control del paciente que lo pudiera ofrecer, durante 24, 36 horas". También aseveran que, ante el caso clínico descrito, eran indispensables los exámenes y estudios complementarios indicados a fs. 297 vta. y, para finalizar, expresan a fs. 336 que "debemos poner énfasis en que ante un accidente de las características del de autos, era conveniente tener al paciente en observación durante 24 a 36 horas para estar en condiciones de detectar cualquier eventualidad posterior (hemorragia interna, disnea, colapso, etc.), y actuar consecuentemente".

22) Que dichas afirmaciones —no observadas por la provincia demandada— son por demás elocuentes del elemental deber de obrar que pesaba sobre el hospital y que fue omitido al no ordenar la internación del paciente por el plazo referido.

La sola inquisición por parte de un médico, aun no especializado y con conocimientos mínimos sobre la materia, respecto a la forma en que habían ocurrido los hechos —diligencia mínima y primaria que debe llevar a cabo cualquier profesional como punto de partida para poder establecer el diagnóstico y prescribir el consecuente tratamiento—, habría indicado la necesidad de practicar los exámenes aludidos por los médicos forenses y mantener al paciente en observación con el propósito de prevenir eventuales consecuencias dañosas.

En el caso, el suficiente conocimiento de las circunstancias en que se produjo el accidente que causó las lesiones, imponía el deber de realizar las diligencias que eran necesarias según las circunstancias de personas, de tiempo y del lugar para no incurrir en la omisión que se atribuye al organismo provincial (artículos 512 y 902 del Código Civil).

23) Que, en este sentido, cabe señalar que es la misma provincia quien al contestar la demanda admite la posibilidad de que "el desgarro de pulmón e hígado fuesen pequeños, asintomáticos clínica y radiológicamente durante un término de tiempo que puede extenderse en muchos casos a varias horas y que en un segundo tiempo, por un esfuerzo habitual se termine de lesionar la o las vísceras en cuestión provocando la hemorragia interna con un cuadro brusco de shock seguido de muerte" (fs. 81 vta., tercer párrafo).

24) Que dicho reconocimiento —reiterado en el alegato— es por demás elocuente de la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos, ya que la previsible posibilidad de que se presentase una hemorragia en dos tiempos —es decir, no susceptible de ser verificada en un primer momento, pero, por su naturaleza, sencillamente detectable con el transcurso de las horas—, o la índole de las lesiones a que hace referencia la provincia, imponían sin que se presentara ningún espacio para la duda sobre la necesidad de actuar en la forma ya desarrollada.

Por lo demás, no empece a lo expuesto la aseveración relativa a que la radiografía que se le tomó a Brescia no permitía observar fractura alguna y que, en consecuencia, se encontraba en buen estado de salud, ya que no se aportó ninguna prueba que acredite esa afirmación.

25) Que el incumplimiento por parte del Estado provincial de prestar, en los términos señalados, la asistencia médica debida al paciente guarda un nexo etiológico material con el resultado dañoso que, por la naturaleza de la obligación de seguridad a su cargo, presupone la adecuación de las consecuencias en orden a la regularidad del curso de los hechos prevenida por el art. 901 del Código Civil.

Al respecto, la demandada no ha aportado prueba alguna en el proceso que demostrara, con un alcance inequívoco, que la falta materialmente imputada por el deficiente servicio asistencial resultó indiferente en la cadena causal generada por las lesiones que padecía la

víctima y que, por ende, el desenlace mortal se produciría fatalmente en todos los casos. Por el contrario, las circunstancias del caso permiten concluir que el fallecimiento de Brescia no configuró un simple posterius que siguió a un prius, manteniendo una mera sucesión cronológica con la negligente atención prestada, sino un resultado que, como se informa en los peritajes médicos realizados en la causa, era susceptible de ser evitado de haber sido mantenido el paciente en observación durante el lapso necesario para aguardar la evolución de las lesiones, realizar los estudios que llevaran al diagnóstico correcto y, con este elemento primordial, llevar a cabo el tratamiento quirúrgico que permitiera la curación del paciente.

26) Que en las condiciones expresadas, el fallecimiento del padre de la demandante resulta ser una consecuencia que jurídicamente debe ser imputada a las series causales generadas por los responsables del vehículo —conductor, su principal y el dueño de la cosa— que provocó el aprisionamiento que sufrió la víctima y por la deficiente atención médica prestada en el establecimiento hospitalario provincial, las que han concurrido para dar lugar al resultado dañoso, funcionando como concausas unidas por su eficacia colateral.

Más allá de que la concurrencia causal que se ha decidido dará lugar a la responsabilidad solidaria de los condenados frente a la damnificada, con el objeto de sentar el alcance de la obligación resarcitoria entre los sujetos obligados, cabe establecer la incidencia que cada una de las cadenas causales ha tenido en el fallecimiento de Brescia, a cuyo efecto en función de la gravedad y pronóstico de las lesiones causadas a la víctima por el automotor y de que, por un lado, no puede predicarse con certeza cuál hubiere sido el mayor o menor resultado satisfactorio de un oportuno y diligente tratamiento médico y, por el otro, de que la falta imputada al estado se limitó a desencadenar un resultado cuya causa inicial le era extraña, se asigna un 80% del total a los responsables del daño causado por el automotor y el 20% restante a la provincia demandada.

27) Que, dilucidadas las distintas responsabilidades de los codemandados, debe establecerse si en autos se han acreditado los daños que se reclaman. La actora —hija mayor de edad del fallecido— no ha aportado ningún elemento de prueba que permita concluir que era destinataria de parte de los bienes que su padre producía, razón por la cual no puede ser admitida la reparación del daño material, máxime cuando tampoco puede razonablemente presumirse que el occiso realizara algún tipo de aporte patrimonial a la demandante, pues, más allá de que no convivían, surge del expediente laboral agregado por cuerda que los ingresos del fallecido eran sumamente limitados y que éste había constituido un nuevo grupo familiar con su concubina, en el cual cabe suponer que aportaba sus ingresos.

En consecuencia, cabe concluir que la desaparición de Brescia no le ha ocasionado a su hija un perjuicio patrimonial que torne procedente el resarcimiento pretendido. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal ha decidido “la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que

el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue” (F.554.XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario - daños y perjuicios”, del 11 de mayo de 1993).

28) Que, en cambio, corresponde admitir la indemnización por daño moral, ya que éste, contrariamente a lo que ocurre con respecto al daño material, se produce como consecuencia de la muerte de la víctima cuando, como en el caso, es reclamada por una heredera forzosa a favor de quien media una presunción iuris tantum —con relación a la existencia de dicho daño— que no ha sido desvirtuada por prueba de los demandados (artículos 1078 y 1084 del Código Civil). Por lo que tal perjuicio se justiprecia en la suma de cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000).

29) Que la condena se hace extensiva respecto de la citada en garantía en los términos del artículo 118 del decreto-ley 17.418/67.

Por ello, se decide: Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por Noemí Luján Brescia contra Manuel Osvaldo Montiel, la empresa Dial Electromecánica, Raúl Eugenio Douzon y la Provincia de Buenos Aires, respecto de los cuales se declara la concurrencia causal en los términos señalados en el considerando 26, y a quienes se condena in solidum a pagar a la actora dentro del plazo de treinta días la suma de \$ 55.000 pesos, con sus intereses, que se liquidarán a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho dañoso hasta el 31 de marzo de 1991 y los posteriores de acuerdo a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina (confr. causa Y.11.XXII “Y.P.F. c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes” del 3 de marzo de 1992). La condena se hace extensiva a la citada en garantía en los términos indicados en el considerando 29. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Asimismo se rechaza la demanda seguida contra los codemandados Suares, Perreta y Delgado Vargas. Con costas en el orden causado, toda vez que una apreciación objetiva de las circunstancias del caso lleva a concluir que la actora tuvo razón fundada para litigar contra los nombrados (art. 68, 2º párrafo, del código citado). Notifíquese. JULIO S. NAZARENO.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (artículos 116 y 117, Constitución Nacional).

2º) Que a los fines de determinar la responsabilidad de los codemandados, es imprescindible examinar —dada la diversidad de los títulos en que la actora ha fundado su pretensión— en forma separada los distintos hechos y conductas que, según sostiene la actora, constituyen las causas que han generado la muerte de su padre.

3º) Que en autos ha quedado debidamente acreditado que en circunstancias en que Manuel Osvaldo Montiel efectuaba maniobras para retirar el camión F 600 chapa C 236.077 del interior del Club Almirante Brown, el señor Brescia quedó aprisionado entre el guardabarros delantero derecho del vehículo y un paredón de material. A raíz de ello fue trasladado al Hospital Lucio Meléndez, donde se le extrajeron placas radiográficas y después de algunas horas fue autorizado a retirarse a su domicilio, en el cual falleció a las 19 (ver declaración del conductor obrante a fs. 5 y a fs. 8/9 del expediente penal venido ad effectum videndi y agregado por cuerda; croquis ilustrativo de la policía de la provincia obrante a fs. 4 de dicho proceso).

La misma secuencia de hechos es relatada por Ariel Eladio Bogado, quien declaró a fs. 14 de la instrucción criminal, y se encuentra corroborada en este expediente con la declaración testifical de fs. 222 bis.

4º) Que también ha sido reconocida por el codemandado Douzon en su presentación en esta causa la titularidad del rodado marca Ford F 600, modelo 1970, patente C ... (fs. 182), que —por lo demás— resultaba del acta levantada a fs. 18 del proceso que tramitó ante el juez penal de la Provincia de Buenos Aires.

5º) Que la situación procesal de los codemandados Montiel y Dial Electromecánica, declarados rebeldes a fs. 113 vta. y a fs. 172, respectivamente, y del propietario del automotor —que no contestó la demanda—, crea con respecto a los nombrados la presunción prevista en el artículo 356, inciso 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

6º) Que, en lo que atañe a estos demandados, la controversia sometida a consideración del Tribunal tiene su marco jurídico en el art. 1109 del Código Civil con respecto al codemandado Montiel —quien conducía el vehículo y era dependiente de la codemandada Dial Electromecánica— y en el art. 1113, primera parte y segundo párrafo, con respecto a dicha empresa y al propietario del automotor.

En consecuencia, en cuanto al primero la actora debía probar la existencia del hecho generador, su intervención en él y su culpa; y, en relación a los demás demandados, la existencia del hecho generador, la intervención en él de una cosa respecto de la cual fuesen dueños o guardianes, y la relación causal entre el daño sufrido y el hecho invocado como antecedente. Por su lado, si los demandados pretendían ser eximidos de la responsabilidad presumida, debían demostrar la fractura del nexo causal, que proviene del hecho de la víctima o de un tercero por quien no deban responder o, en todo caso, un supuesto de fuerza mayor que resulte extraño al riesgo generado por la cosa que ocasionó el daño.

7º) Que la damnificada ha cumplido con la carga precedentemente indicada, pues de la apreciación de las constancias antes relacionadas no existen dudas de que su padre fue embestido por el automotor F 600, patente C 236.077 conducido por Manuel Osvaldo Montiel, el cual era propiedad, en el momento del hecho, de Raúl Eugenio Douzón. De igual modo, los antecedentes obrantes en la causa penal agregada sustentan eficazmente la conclusión de la presencia de una relación causal suficiente entre aquel hecho y el fallecimiento del progenitor de la damnificada. En efecto, como surge de la necropsia efectuada al causante en sede penal —no impugnada oportunamente por los interesados en este aspecto— quedó acreditado que “...la muerte se produjo a causa de hemorragia interna por desgarro de pulmón e hígado por golpe o choque con o contra un elemento duro, liso, inelástico, posiblemente partes de carrocería de un vehículo automotor” (fs. 19).

8º) Que, en consecuencia, cabe abordar seguidamente la defensa introducida por la citada en garantía para eximir su responsabilidad y la de sus asegurados, que según sostiene estaría dada por la existencia de una conducta culposa por parte del occiso.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido que la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, debe revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (Fallos: 310:2103; causa: F.554.XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario”, fallada el 11 de mayo de 1993), por lo que desde esta comprensión del asunto debe ser examinado el eximente que se invoca.

9º) Que como surge del croquis realizado en la causa penal, al que se hizo referencia en el considerando 3º, y de la inspección ocular realizada por la instrucción criminal (fs. 3 del expediente agregado), el camión conducido por Montiel debía salir del inmueble por un portón sumamente estrecho que, además, presentaba un cordón elevado de 12 centímetros de altura y 15 centímetros de espesor, que impidió retroceder el vehículo y causó su desplazamiento hacia adelante, momento en el cual Brescia quedó aprisionado entre el automotor y la pared.

Frente a la forma en que se desarrollaron los hechos, no se evidencia conducta negligente en los términos señalados por parte de la víctima, máxime cuando la presencia de ésta en el lugar era conocida por el conductor del camión en la medida en que lo estaba guiando en la ejecución de las maniobras de desplazamiento del vehículo que se realizaban dentro del establecimiento.

10) Que, en las condiciones expresadas, Montiel debía extremar los recaudos para evitar que, dadas las características del lugar, pudieran producirse accidentes como el acontecido, sin que de parte de Brescia —que lo guiaba en su desplazamiento— se evidencie una conducta que contribuyera en todo o en parte a la producción del accidente.

Por tanto, cabe concluir que la imprudencia de Montiel fue una de las causas eficientes del daño, conducta que compromete su responsabilidad (art. 1109 del Código Civil).

En cuanto a los restantes codemandados, la participación del perjudicado en el hecho no es susceptible de ser calificada como imprevisible ni irresistible, por lo que no cabe tener por configurada, ni siquiera parcialmente, la circunstancia eximente invocada, de modo que por encontrarse reunidos todos los presupuestos que hacen a su responsabilidad, corresponde que sean condenados a resarcir el daño causado con el alcance que se precisará en este pronunciamiento.

11) Que, por otro lado, como la pretensión fue promovida igualmente contra los profesionales que, según invoca la actora, prestaron una negligente asistencia médica a su padre con posterioridad al accidente que éste había padecido, debe examinarse si concurren en el sub lite todos los requisitos exigidos por el ordenamiento sustantivo para declarar procedente la responsabilidad civil atribuida a estos demandados.

12) Que los dos médicos y el practicante sindicados por la damnificada como intervinientes en la atención profesional de la víctima llevada a cabo en el establecimiento asistencial, han negado su participación en el caso, por lo que —por una razón de prelación lógica— debe determinarse en primer término si ha quedado acreditada la autoría que se les asigna, carga que debe ser satisfecha por la demandante (art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

13) Que la apreciación de las constancias de la causa lleva a concluir que no se ha logrado acreditar que fueran los médicos demandados quienes atendieron a Francisco Brescia.

14) Que, en efecto, asiste razón al demandado Suares cuando, en su contestación de demanda, sostiene que no participó en la atención del paciente y que en esa época no era el jefe de guardia del Hospital Lucio Meléndez, pues como se desprende del informe efectuado por dicho establecimiento (fs. 263 bis), dicho profesional desempeñó la función mencionada sólo desde el 3 de enero de 1985 hasta el 1 de abril de 1989, por lo que cabe concluir que a la fecha del hecho investigado no estaba a cargo del servicio. No empece a lo expresado que en algunas oportunidades haya asumido interinamente tal función, ya que como surge de la

declaración testifical prestada por el doctor Brizuela —entonces director del hospital— el 16 de octubre de 1984 revestía aquel carácter el doctor Rodríguez (fs. 271, contestación a la pregunta tercera), máxime cuando esta versión de la realidad se compadece con la planilla de asistencia de profesionales de guardia obrante a fs. 55, de la que se puede advertir la firma de este último profesional como jefe del servicio mencionado.

Por lo demás, al declarar en sede penal, Suares manifestó que no había atendido al paciente, de manera que por no haberse aportado a la causa ningún otro elemento de prueba sobre la actuación que le cupo al nombrado en el hecho investigado, la demanda deberá ser desestimada al respecto.

15) Que Perreta ha sido demandado en su condición de médico traumatólogo del Hospital Lucio Meléndez, pero esa única circunstancia no lo hace necesariamente responsable de la atención que recibió el padre de la actora, toda vez que se verifica en el caso un déficit probatorio semejante al señalado anteriormente; ello es así, pues este profesional declaró en sede penal que no recordaba haber asistido a Brescia, mantuvo dicha negativa en su contestación de demanda, y la damnificada no ha producido prueba que demuestre —con suficiente grado de convicción— la participación de Perreta en el hecho.

No es óbice a esta conclusión la información dada por Galván, en su condición de dependiente del centro hospitalario, al oficial de la policía que concurrió al establecimiento como consecuencia de la instrucción del sumario criminal, ya que lo único que podría desprenderse de sus dichos ha sido desvirtuado con la incorporación de la ficha del paciente obrante a fs. 41 del proceso penal, en la cual no fue identificado el médico que había tomado intervención. Por lo demás, al declarar como testigo en estas actuaciones (fs. 225), Galván afirmó que “...la testigo observa que manifestó que el doctor Perreta asistió al paciente Brescia, pero dice que nunca pudo haber manifestado eso porque la dicente no está en la guardia cuando entran los pacientes. Supone la testigo que ese policía ha preguntado quien era el traumatólogo de ese día...” (respuesta a la pregunta décima).

Por último, cabe señalar que no han sido agregados a estos autos, ni obran en la instrucción criminal, los “libros policiales” ni los “libros médicos” que la demandante debió aportar para poder establecer con seguridad la responsabilidad que intenta atribuir al traumatólogo, a lo que cabe agregar la opinión del perito médico designado de oficio en el sentido de que con los elementos del expediente no puede ser determinada la responsabilidad —en el sentido de autoría— de los profesionales en la asistencia recibida por Brescia (fs. 236).

16) Que también debe ser rechazada la demanda con relación a Américo Delgado Vargas.

En primer término, es necesario puntualizar que no cabe tenerle por absueltas en rebeldía las posiciones puestas por la actora, ya que este demandado no fue correctamente notificado de la audiencia fijada al efecto; ello es así pues, como se desprende del certificado de fs. 185, Delgado Vargas constituyó domicilio en Cerrito 838, tercer piso, mientras que la cédula tendiente a notificar la celebración de la audiencia para recibirle declaración confesional fue dirigida a Cerrito 836 (fs. 201).

De igual modo, los demás elementos de prueba reunidos en el proceso tampoco son relevantes para tener por acreditada la participación en el hecho que se le atribuye, desde que si bien es cierto que en la planilla del servicio de guardia se asentó al lado del diagnóstico del fallecido el apellido Delgado, no es éste un elemento suficiente para concluir que —en el caso de haber estado autorizado para ello— hubiera tomado la determinación de autorizar al paciente

para retirarse del establecimiento, omitiendo de este modo el deber de obrar diligentemente, con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (arts. 512 y 902 del Código Civil).

Por lo demás, en cuanto a la afirmación realizada en el escrito inicial según el cual el servicio de guardia estaba integrado por los profesionales y el practicante aludidos (exposición de los hechos, fs. 4), basta señalar que —como surge del informe agregado a fs. 206— el personal afectado el día 16 de octubre de 1984 a la guardia del centro asistencial estaba integrado por los nombrados y por otros diez médicos, circunstancia que impide determinar con la certeza necesaria cuál o cuáles de ellos fueron los que asistieron al paciente e indicaron el tratamiento a seguir.

17) Que, en consecuencia, la incertidumbre destacada lleva al rechazo de la pretensión promovida contra Suares, Perreta y Delgado Vargas, toda vez que éstos únicamente fueron demandados con apoyo en la responsabilidad individual derivada de la actuación personal que se les atribuyó en la negligente asistencia prestada al occiso, por lo que el principio procesal de congruencia —de raigambre constitucional—, en cuanto integra el derecho de defensa, impide considerar el supuesto no alegado de la eventual responsabilidad colectiva que podría haberles correspondido sobre la base de integrar el grupo profesional que prestaba sus servicios en la unidad del centro asistencial en la cual, indudablemente, fue tratado el paciente.

18) Que la Provincia de Buenos Aires ha reconocido expresamente que el padre de la actora concurrió al hospital bajo su ámbito a fin de recibir atención médica. Este Tribunal ha decidido que quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; causa: G.93.XXII “García, Ricardo Mario y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 8 de septiembre de 1992).

Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad (Fallos: 306: 2030).

19) Que como lo ha señalado este Tribunal en el precedente de Fallos: 306:178, con atinencia a las obras sociales y que es estrictamente aplicable al servicio público hospitalario en examen, en la actividad de los centros de salud pública dentro de la cual se encuadra el presente caso “ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios” (considerando 3º).

20) Que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en la medida en que pudiere incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso o más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor (del dictamen del señor Procurador General doctor Mario Justo López en los autos

“González Orono de Leguizamón, Norma Mabel c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines s/ daños y perjuicios”, fallado por esta Corte el 29 de marzo de 1984 y citado en el considerando anterior).

21) Que la omisión en el deber de actuar surge en forma evidente en este caso y es señalado con énfasis en el dictamen de los señores médicos forenses. En efecto, los profesionales integrantes de ese cuerpo y participantes en el informe pericial obrante fs. 330/336 —realizada como consecuencia de la medida para mejor proveer dictada a fs. 321— sostienen en forma reiterada que el paciente debió quedar internado en observación en virtud de la envergadura del accidente padecido. En el sentido indicado, expresan a fs. 331 “que, si bien no se compadecen las lesiones halladas en la autopsia con el cuadro clínico descrito, consideramos que un accidente con el mecanismo relatado (amolamiento toraco-abdominal, por un camión contra un pilar de material de construcción) merecía haber sido observado en ambiente hospitalario en un lapso de 24 a 36 horas para comprobar la evolución sintomatológica del mismo y permitir actuar médicamente en consecuencia”. Acto seguido sostienen que “las lesiones halladas en la mencionada autopsia no se compadecen con la remisión al domicilio del accidentado y que dicho traslado haya sido efectuado por sus propios medios. Dejando de lado toda disquisición teórica estimamos que un accidente como el de autos sugiere tener al accidentado un tiempo prudencial en observación para comprobar la evolución del cuadro clínico”. Con un parejo alcance, a fs. 334 reiteran la conclusión al señalar que ante “la posibilidad de que se produzca un cuadro como el mencionado en 4., es indispensable la internación y el control del paciente que lo pudiera ofrecer, durante 24, 36 horas”. También aseveran que, ante el caso clínico descrito, eran indispensables los exámenes y estudios complementarios indicados a fs. 297 vta. y, para finalizar, expresan a fs. 336 que “debemos poner énfasis en que ante un accidente de las características del de autos, era conveniente tener al paciente en observación durante 24 a 36 horas para estar en condiciones de detectar cualquier eventualidad posterior (hemorragia interna, disnea, colapso, etc.), y actuar consecuentemente”.

22) Que dichas afirmaciones —no observadas por la provincia demandada— son por demás elocuentes del elemental deber de obrar que pesaba sobre el hospital y que fue omitido al no ordenar la internación del paciente por el plazo referido.

La sola inquisición por parte de un médico, aun no especializado y con conocimientos mínimos sobre la materia, respecto a la forma en que habían ocurrido los hechos —diligencia mínima y primaria que debe llevar a cabo cualquier profesional como punto de partida para poder establecer el diagnóstico y prescribir el consecuente tratamiento—, habría indicado la necesidad de practicar los exámenes aludidos por los médicos forenses y mantener al paciente en observación con el propósito de prevenir eventuales consecuencias dañosas.

En el caso, el suficiente conocimiento de las circunstancias en que se produjo el accidente que causó las lesiones, imponía el deber de realizar las diligencias que eran necesarias según las circunstancias de personas, de tiempo y del lugar para no incurrir en la omisión que se atribuye al organismo provincial (artículos 512 y 902, Código Civil).

23) Que, en este sentido, cabe señalar que es la misma provincia quien al contestar la demanda admite la posibilidad de que “el desgarro de pulmón e hígado fuesen pequeños, asintomáticos clínica y radiológicamente durante un término de tiempo que puede extenderse en muchos casos a varias horas y que en un segundo tiempo, por un esfuerzo habitual se termine de lesionar la o las vísceras en cuestión provocando la hemorragia interna con un cuadro brusco de shock seguido de muerte” (fs. 81 vta., tercer párrafo).

24) Que dicho reconocimiento —reiterado en el alegato— es por demás elocuente de la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos, ya que la previsible posibilidad de que se presentase una hemorragia en dos tiempos —es decir, no susceptible de ser verificada en un primer momento, pero, por su naturaleza, sencillamente detectable con el transcurso de las horas—, o la índole de las lesiones a que hace referencia la provincia, imponían sin que se presentara ningún espacio para la duda sobre la necesidad de actuar en la forma ya desarrollada. Por lo demás, no empecé a lo expuesto la aseveración relativa a que la radiografía que se le tomó a Brescia no permitía observar fractura alguna y que, en consecuencia, se encontraba en buen estado de salud, ya que no se aportó ninguna prueba que acredite esa afirmación.

25) Que el incumplimiento por parte del Estado provincial de prestar, en los términos señalados, la asistencia médica debida al paciente guarda un nexo etiológico material con el resultado dañoso que, por la naturaleza de la obligación de seguridad a su cargo, presupone la adecuación de las consecuencias en orden a la regularidad del curso de los hechos prevenida por el art. 901 del Código Civil. Al respecto, la demandada no ha aportado prueba alguna en el proceso que demostrara, con un alcance inequívoco, que la falta materialmente imputada por el deficiente servicio asistencial resultó indiferente en la cadena causal generada por las lesiones que padecía la víctima y que, por ende, el desenlace mortal se produciría fatalmente en todos los casos. Por el contrario, las circunstancias del caso permiten concluir que el fallecimiento de Brescia no configuró un simple posterior que siguió a un prius, manteniendo una mera sucesión cronológica con la negligente atención prestada, sino un resultado que, como se informa en los peritajes médicos realizados en la causa, era susceptible de ser evitado de haber sido mantenido el paciente en observación durante el lapso necesario para aguardar la evolución de las lesiones, realizar los estudios que llevaran al diagnóstico correcto y, con este elemento primordial, llevar a cabo el tratamiento quirúrgico que permitiera la curación del paciente.

26) Que en las condiciones expresadas, el fallecimiento del padre de la demandante resulta ser una consecuencia que jurídicamente debe ser imputada a las series causales generadas por los responsables del vehículo —conductor, su principal y el dueño de la cosa— que provocó el aprisionamiento que sufrió la víctima y por la deficiente atención médica prestada en el establecimiento hospitalario provincial, las que han concurrido para dar lugar al resultado dañoso, funcionando como concausas unidas por su eficacia colateral.

Más allá de que la concurrencia causal que se ha decidido dará lugar a la responsabilidad solidaria de los condenados frente a la damnificada, con el objeto de sentar el alcance de la obligación resarcitoria entre los sujetos obligados, cabe establecer la incidencia que cada una de las cadenas causales ha tenido en el fallecimiento de Brescia, a cuyo efecto en función de la gravedad y pronóstico de las lesiones causadas a la víctima por el automotor y de que, por un lado, no puede predicarse con certeza cuál hubiere sido el mayor o menor resultado satisfactorio de un oportuno y diligente tratamiento médico y, por el otro, de que la falta imputada al estado se limitó a desencadenar un resultado cuya causa inicial le era extraña, se asigna un 80% del total a los responsables del daño causado por el automotor y el 20% restante a la provincia demandada.

27) Que, dilucidadas las distintas responsabilidades de los codemandados, debe establecerse si en autos se han acreditado los daños que se reclaman.

La actora —hija mayor de edad del fallecido— no ha aportado ningún elemento de prueba que permita concluir que era destinataria de parte de los bienes que su padre producía, razón por la cual no puede ser admitida la reparación del daño material, máxime cuando tampoco puede razonablemente presumirse que el occiso realizara algún tipo de aporte patrimonial a la demandante, pues, más allá de que no convivían, surge del expediente laboral agregado por cuerda que los ingresos del fallecido eran sumamente limitados y que éste había constituido un nuevo grupo familiar con su concubina, en el cual cabe suponer que aportaba sus ingresos.

En consecuencia, cabe concluir que la desaparición de Brescia no le ha ocasionado a su hija un perjuicio patrimonial que torne procedente el resarcimiento pretendido. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal ha decidido “la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo incommutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue” (F.554.XXII “Fernández, Alba Ofelia c/ Ballejo, Julio Alfredo y Buenos Aires, Provincia de s/ sumario - daños y perjuicios”, del 11 de mayo de 1993).

28) Que, en cambio, corresponde admitir la indemnización por daño moral, ya que éste, contrariamente a lo que ocurre con respecto al daño material, se produce como consecuencia de la muerte de la víctima cuando, como en el caso, es reclamada por una heredera forzosa a favor de quien media una presunción iuris tantum —con relación a la existencia de dicho daño— que no ha sido desvirtuada por prueba de los demandados (artículos 1078 y 1084, Código Civil). Por lo que tal perjuicio se justiprecia en la suma de cincuenta y cinco mil pesos (\$ 55.000).

29) Que la condena se hace extensiva respecto de la citada en garantía en los términos del artículo 118 del decreto-ley 17.418/67. Por ello, se decide: Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por Noemí Luján Brescia contra Manuel Osvaldo Montiel, la empresa Dial Electromecánica, Raúl Eugenio Douzon y la Provincia de Buenos Aires, respecto de los cuales se declara la concurrencia causal en los términos señalados en el considerando 26, y a quienes se condena in solidum a pagar a la actora dentro del plazo de treinta días la suma de \$ 55.000 pesos, con sus intereses, que se liquidarán a la tasa del 6% anual desde la fecha del hecho dañoso hasta el 31 de marzo de 1991 y los posteriores de acuerdo a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina (confr. causa Y.11.XXII “Y.P.F. c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes” —disidencia parcial del juez Boggiano— del 3 de marzo de 1992). La condena se hace extensiva a la citada en garantía en los términos indicados en el considerando 29. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Asimismo se rechaza la demanda seguida contra los codemandados Suares, Perreta y Delgado Vargas. Con costas. Notifíquese. ANTONIO BOGGIANO.

Salud pública - Medicamentos

Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ daños y perjuicios. 23/11/1995 - Fallos: 318:2311.

Antecedentes:

Se demandó por los daños y perjuicios que ocasionaron las resoluciones 222/81 y 361/81 del Ministerio de Salud y Acción Social, mediante las cuales se dispuso el pase de especialidades medicinales, fabricadas por la actora, de la lista IV a la lista II de la ley 19.303.

Primera instancia rechazó la demanda y la cámara confirmó la sentencia. La actora interpuso recurso ordinario de apelación que fue concedido y dedujo recurso extraordinario.

La Corte Suprema —por mayoría— confirmó la sentencia.

El juez Boggiano en disidencia dejó sin efecto la sentencia. Consideró que el sistema creado por el preámbulo y el art. 2º del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas es claro al atribuir a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas la decisión de cambiar de lista una sustancia no puede inferirse que las partes retengan esa facultad. Sostuvo que desde la entrada en vigencia del mismo la facultad atribuida a la autoridad sanitaria nacional de incorporar o cambiar de lista sustancias (art. 1º (b) ley 19.303), quedó limitada a aquéllas que la Comisión de Estupefacientes no hubiere clasificado, debiendo en los otros casos limitarse a cumplir las resoluciones de dicho organismo internacional. Al comunicarse a nuestro país la decisión de la Comisión de incluir la sustancia en la lista IV, ésta ya estaba incluida por la autoridad sanitaria nacional por lo que para cumplir con la decisión del organismo internacional no era necesario ningún cambio, a pesar de esto se realizó un acto contrario a lo preceptuado y se la transfirió nuevamente a la lista II. Dicha decisión fue irrazonable pues no se adujeron fundamentos suficientes para contrariar el acto regular del organismo internacional reconocido por la Argentina como competente para determinar la ubicación de la sustancia.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Competencia del Ministerio de Salud – Medicamentos – Comercialización (Mayoría: Considerandos 10, 11 y 15; Disidencia del juez Boggiano: Considerandos 12 a 15).

Estándar aplicado por la Corte:

- El Estado posee la facultad de intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público sin otra valla que el art. 28 de la Constitución Nacional.
- La fiscalización estricta de la comercialización de productos medicinales constituye una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar que esta actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 23 de noviembre de 1995.

Vistos los autos: “Laboratorios Ricar S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que confirmó en lo principal la de primera instancia que había rechazado la demanda, la actora interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido a fs. 1837/1838 y fundado a fs. 1865/1950. Asimismo, dedujo el recurso extraordinario de fs. 1768/1836, cuya tramitación fue suspendida a fs. 1854.

2º) Que laboratorios Ricar S. A. demandó al Estado Nacional y a Amílcar E. Argüelles con el objeto de obtener la reparación integral de los daños y perjuicios que le habrían generado las resoluciones 222/81 y 361/81 del Ministerio de Salud y Acción Social. Mediante éstas se dispuso el pase de la sustancia denominada mazindol y las especialidades medicinales fabricadas en su base, de la lista IV a la lista II de la ley 19.303. Sostuvo que esa modificación fue contraria a lo establecido en los documentos de la Organización Mundial de la Salud y a lo dispuesto por las Naciones Unidas en el marco del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, suscripto por la Argentina y aprobado por la ley 21.704. Señaló que tales actos ilegítimos tuvieron como consecuencia que el promedio mensual de sus ventas se redujera en casi un noventa por ciento. Expresó también que, en razón de ello, se vio obligada a reducir drásticamente el plantel de visitadores médicos y a hacerse cargo de indemnizaciones por despidos; que fue necesaria una nueva promoción del producto; que debió recurrir a una nueva selección y capacitación de los visitadores y que se produjo un sobredimensionamiento de stock, dado que las droguerías le devolvieron parcialmente sus existencias. Reclamó, además, el lucro cesante y el daño moral que derivó del accionar de las demandadas. Subsidiariamente, solicitó que para el caso de considerarse que las resoluciones 222/81 y 361/81 no fueron ilegítimas, se condene al Estado Nacional al pago de los daños y perjuicios causados a su patrimonio por el dictado de las resoluciones impugnadas.

Finalmente, a fs. 1340, desistió de la acción con relación al señor Argüelles.

3º) Que la cámara, para resolver en el modo en que lo hizo, juzgó que no mediaba incompatibilidad alguna entre las disposiciones del mencionado convenio y la ley 19.303, y que la autoridad sanitaria nacional, al practicar la transferencia en cuestión, obró dentro de su competencia. Entendió también que, no existiendo coincidencia entre las opiniones técnicas y científicas en torno a la inclusión del mazindol en la lista II o en la lista IV, pudo válidamente optar por unas o por otras como lo hizo sucesivamente, en ejercicio de las potestades y los deberes que el ordenamiento le confiere en materia de fiscalización de sustancias psicotrópicas. Desechó asimismo, las objeciones dirigidas a cuestionar los vicios de forma y de desviación de poder de las resoluciones cuestionadas. Finalmente señaló que el modo en que se resolvía la cuestión principal descartaba de plano la necesidad de examinar la subsidiaria, esto es, la responsabilidad de la demandada por su actividad lícita, no obstante lo cual reputó que no se configuraban los requisitos que la tornan procedente.

4º) Que el recurso ordinario es formalmente procedente, toda vez que fue articulado en un proceso en que la Nación es parte y los valores disputados en último término superan el mí-

nimo previsto por el art. 24, inciso 6º, apartado a) del decreto-ley 1285/58, según la ley 21.708, reajustado por resolución 1360/91 de esta Corte.

5º) Que al presentar el memorial previsto por el segundo párrafo del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la actora expresó los agravios que, en sustancial síntesis, pueden exponerse así: a) la autoridad sanitaria era incompetente para transferir el sicotrópico de una lista a otra; b) no existe divergencia de opiniones técnicas y científicas que permitan incluirlo en una u otra, razón que vicia en la causa y en la motivación a la resolución 222/81; c) ésta fue emitida sin que se requiriese el dictamen jurídico previo, contraviniéndose así lo dispuesto por el art. 7º inciso “d” de la ley 19.549; d) se ha acreditado la conducta dolosa del señor Argüelles pues, a sabiendas de su falsedad, sostuvo que el mazindol provoca farmacodependencia, y e) se configuran en el caso todos los requisitos que tornan procedente la responsabilidad del Estado por actividad lícita, no obstante lo cual la cámara rechazó el reclamo sin atender a la prueba producida.

6º) Que la decisión del caso requiere trazar el marco legislativo al que se encuentran sometidas las sustancias sicotrópicas. En efecto, la ley 19.303 reguló la importación, exportación, fabricación, fraccionamiento, circulación, expendio y uso de aquéllas, estableciendo un sistema de cuatro listas anexas —denominadas I, II, III y IV— que las clasifican según el riesgo que generan para la salud pública y el grado de utilidad terapéutica. Estas listas, como consecuencia de estudios que se practicasen o de recomendaciones que se efectuasen por parte de organismos internacionales, pueden ser modificadas por la autoridad sanitaria nacional (arts. 1º, 2º, 3º, 4º y siguientes).

7º) Que, posteriormente, fue sancionada la ley 21.704 que aprobó el “Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas” adoptado en la ciudad de Viena el 21 de febrero de 1971 por la Conferencia de las Naciones Unidas. Consagró, al igual que la ley 19.303, el sistema de listas pero encomendó a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, con el asesoramiento de la Organización Mundial de la Salud, la misión de añadir, eliminar o transferir sustancias de aquéllas.

8º) Que la inclusión de un sicotrópico en la lista II o en la lista IV sólo genera, en el orden interno, un régimen diverso para su prescripción médica y ulterior expendio al público (arts. 13 y 14, ley 19.303).

Las comprendidas en la primera deben ser extendidas en recetas oficiales, manuscritas y por triplicado, en las que se especificará la denominación del sicotrópico y su fórmula, cantidad expresada en letras y números, nombre y domicilio del enfermo, y dosis por vez y por día. El médico deberá conservar el triplicado y enviar el duplicado, dentro de los 8 días del expendio, a la autoridad sanitaria competente. El director técnico de la farmacia, por su parte, está obligado a conservar el original por dos años.

Las incluidas en la lista IV, en cambio, sólo pueden despacharse bajo receta archivada, manuscrita, fechada y firmada por el médico. Cuando en ésta se encuentren omitidos el tamaño y el contenido del envase, el farmacéutico deberá despachar el de menor contenido y, en el caso de que un mismo psicotrópico circulara en distintas dosis y ésta no se encontrara especificada, la de menor dosis. En todos los casos el farmacéutico archivará aquélla durante dos años.

9º) Que el primer agravio de la actora que, en orden lógico, se impone acordar consiste en determinar si el Ministerio de Salud y Acción Social resultaba competente para disponer la

transferencia del mazindol de una lista a otra, del modo en que lo hizo al dictar la resolución 222 del 22 de mayo de 1981 (fs. 1/3, expediente 2020-11389/81-3).

Las listas anexas al Convenio de Viena no contemplaban originariamente dicha droga. Su inclusión fue dispuesta por la resolución de la Comisión de Estupefacientes del 4 de febrero de 1981 (fs. 201, expediente 2020-10080/82-7). Pero esta decisión no es, en su economía, inmediatamente operativa para los estados que forman parte de aquél. En efecto, tal como lo establece su art. 2º, apartado 7, ésta “surtirá pleno efecto respecto de cada una de las partes 180 días después de la fecha de tal comunicación” pues, hasta tanto, pueden manifestar que no están en condiciones de cumplir con las nuevas disposiciones de fiscalización (apartado. 7º) o solicitar la revisión de la decisión (apartado 8º “a”).

10) Que según surge del informe del representante residente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (fs. 618/619), el secretario general de dicho organismo notificó la referida decisión del 4 de febrero a los ministros de Relaciones Exteriores de todos los países miembros —incluida, obviamente, la Argentina— el 3 de abril de 1981. Se advierte entonces de la mera confrontación de fechas que, al momento del dictado de la res. 222 —22 de mayo de 1981— no habían transcurrido los 180 días computados a partir de aquella notificación.

De aquí se sigue que mal puede sostenerse, como lo hace la actora, que el acto en cuestión adolezca de la nulidad absoluta prevista en el art. 14, inc. b) de la ley 19.549 al modificar “el enlistado de una sustancia ya sometida a un apropiado control internacional en el marco del Convenio” (fs. 1896), pues su vigencia sobre el punto en el ámbito nacional se encontraba sujeta al referido recaudo temporal, que no se había verificado al dictarse la resolución que la agravia.

11) Que, salvada esta objeción, debe colegirse que el Ministerio de Salud y Acción Social se encontraba habilitado para actuar como lo hizo. Ello es así pues esta Corte Suprema ha reconocido de antiguo la facultad del Estado —que, en el caso, con las limitaciones que surgen de los compromisos internacionales, en modo alguno puede reputarse declinada— para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público (Fallos: 199:483 y sus numerosas citas; 311:1565). En otros términos, sin otra valla que la consagrada en el art. 28 de la Constitución Nacional, la fiscalización estricta de la comercialización de productos medicinales constituye una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar que esta actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública. En autos, como traduce el examen que más abajo se efectúa, fue con aquel límite y con este fin, que la demandada dictó la decisión enjuiciada.

12) Que la falta de causa en la resolución 222/81 es el segundo agravio que desarrolla el apelante.

Para arribar a esta decisión, el entonces Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente según se desprende de sus propios considerandos, ponderó las siguientes circunstancias (expte. 2020-11389/81-1, fs. 1/3): a) La comunicación oficial de la Organización Mundial de la Salud que recomendó colocar bajo control internacional al mazindol; b) Los más recientes estudios sobre anorexígenos y, principalmente, el efectuado por el profesor Silvio Garattini, del Instituto de Investigaciones Farmacológicas “Mario Negri”, de Milán, Italia, que atribuye al mazindol básicamente el mismo efecto que las anfetaminas; c) El informe del Seminario Internacional sobre Uso Seguro de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes, realizado en Buenos Aires,

entre el 3 y el 14 de noviembre de 1980, que invitó a los gobiernos a tener especial cautela en la aprobación de anorexígenos, y d) Las observaciones recogidas de la experiencia de distintos países que registraron efectos del mazindol sobre el sistema nervioso central.

13) Que se encuentran agregados a la causa numerosos elementos de juicio que sustentan la transferencia operada por la resolución 222/81.

El informe suministrado por la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires (fs. 3/4, expte. 2020-29064/78-4) —cuya autenticidad ha quedado debidamente comprobada (fs. 5 y 35 expte. cit.)— la juzgó criteriosa.

El comunicado de prensa de la Organización Mundial de la Salud del 13 de marzo de 1981 —que se invocó en la resolución cuestionada— revela su preocupación por aquellos agentes reductores de peso, técnicamente denominados anorexígenos y entre los cuales figura el mazindol. Existen evidencias —dijo— de que se abusa de ellos, “que producen dependencia y que, consecuentemente, constituyen un problema social y de salud pública”. “La venta de drogas sintéticas —añadió— aumenta cada vez más en el mundo y estas drogas se exportan en forma creciente a los países en desarrollo donde, según dicen los expertos, las medidas de control nacionales son inadecuadas” (expte. 2020-10080/82-7, fs. 113/115).

14) Que, asimismo, surge de las constancias incorporadas a estos autos que el mazindol no figuraba originariamente en las listas anexas al Convenio de Viena. Sin embargo, en países como los Estados Unidos de Norteamérica —cuyas conclusiones médicas y políticas en la materia han sido reiteradamente invocadas por el apelante— aquella sustancia fue clasificada en la lista III y luego, disminuyéndose su control, transferida a la lista IV, según la decisión del 27 de octubre de 1981 de la Drug Enforcement Administration (expte. 2020-500.290/82-4, fs. 1002).

15) Que de los antecedentes reseñados no se sigue, necesariamente, que la clasificación del mazindol en la lista IV resulte —como intenta presentarla el actor— una cuestión clara e inopinable. Antes bien, constituye un punto controvertible y sujeto a modificaciones a la luz no sólo de nuevas conclusiones científicas sino además —como expresamente contempla el Convenio de Viena (art. 2, incisos 4º y 5º)— de las cambiantes condiciones económicas, sociales, jurídicas, administrativas o de cualquier otra índole, que puedan influir en el uso de una determinada sustancia y en la configuración de un problema sanitario.

En este marco, entonces, la demandada, al decidir de acuerdo a las circunstancias fácticas señaladas, no se ha apartado de lo dispuesto por el art. 7º inciso “b” de la ley 19.549, razón por la cual no puede tenerse por acreditado el vicio en la causa que el recurrente endilga a la resolución 222/81.

16) Que también resulta estéril la impugnación dirigida a cuestionar la forma del acto por la falta de dictamen previo. En efecto, es cierto, como indica la recurrente, que la resolución 222/91 fue emitida sin requerirse aquél y que, según lo establecido por el art. 7º inciso “d” de la ley 19.549, constituye un procedimiento esencial cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. Ello no obstante, esta Corte ha precisado que si el acto se dictó sin intervención del servicio jurídico permanente del organismo ni audiencia del interesado, el gravamen que de ello surgiría, desaparece si —como sucede en el caso— durante el trámite del recurso de reconsideración (expte. 220-509.510/81-9, fs. 1 y siguientes) se observaron tales requisitos (Fallos 301:1200, considerando. 6º; 310:272 y sus remisiones), circunstancia que torna ineficaz el argumento del actor para los fines que pretende.

17) Que similar juicio merece la queja en cuanto sostiene la nulidad del acto por el vicio en la finalidad. Entiende la actora que innumerables elementos probatorios acreditan la conducta dolosa del señor Argüelles y que, aun en el supuesto contrario, igualmente se habría configurado aquel vicio considerándose que el entonces ministro “persiguió erradamente un fin público de intentar resguardar ‘a su modo’ la salud de la población”.

La resolución cuestionada, según se desprende de sus propios términos, fue dictada “en defensa de la salud pública, tanto física como mental” y esta afirmación no aparece desmentida por otras constancias de la causa. No puede verse en la participación que le cupo al señor Argüelles una actitud dolosa —como gravemente la califica la recurrente— ni especialmente persecutoria o discriminatoria, de modo tal que permita suponer que tuvo en mira un interés privado al emitir aquélla. Tampoco se advierte que al hacerlo se hayan perseguido encubiertamente fines distintos de los que justificaban —para expresarlo con las palabras de la ley (art. 7º inciso “f”, ley 19.549)— el acto, su causa y objeto. Debe concluirse, entonces, que la hipótesis de desviación de poder que se ha sostenido, tampoco se verifica en la especie.

18) Que, finalmente, Laboratorios Ricar S. A. se agravia por la decisión recaída con relación al reclamo subsidiario formulado sobre la base de la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La cámara juzgó, en primer lugar, que la sentencia de la instancia de origen no había omitido expedirse sobre el punto —tal como lo sostuvo la actora al expresar agravios (fs. 1732 vta. y 1733)— pues consideró que el modo en que se había resuelto la cuestión principal descartaba de plano la necesidad de examinarlo. Añadió, no obstante, que en el caso no se configuraba ninguno de los requisitos exigidos por esta Corte para declarar la procedencia de la responsabilidad estatal por su comportamiento lícito y, en particular, la existencia del sacrificio especial en beneficio de la comunidad.

19) Que los reparos señalados (fs. 1943/1950) reiteran, por una parte, los términos de la expresión de agravios y, por otra, silencian toda consideración seria dirigida a demostrar que dicho sacrificio especial —que la cámara consideró presupuesto necesario para admitir aquélla— se verificó efectivamente en el caso de autos. Al respecto la actora dijo que su subsistencia como laboratorio de especialidades medicinales “encuentra su origen en el beneficio que le produce a la comunidad el colaborar con la protección de su salud”, por ello “no puede dejar de ser considerada como sujeto pasible del ‘sacrificio especial’ derivado de convalidar una decisión en base a la cual el Estado Nacional se aparte de los compromisos adquiridos en el marco de un tratado internacional” (fs. 1944, punto 4.5.1. “in fine”).

En estas condiciones, el memorial del apelante resulta insuficiente para lograr el fin perseguido porque, en cuanto al primer aspecto, la mera reedición de los argumentos vertidos en las instancias anteriores no satisface la exigencia establecida en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 307:2216) y, en cuanto al segundo, pues las parcas expresiones traídas ante este Tribunal no constituyen una crítica concreta y razonada de los fundamentos que el a quo desarrolló, motivo por el cual debe declarárselo desierto en cuanto atañe a dicho agravio (Fallos: 304:556, 1444; 305:1667, entre muchos otros).

20) Que de lo que se lleva dicho resulta entonces que la res. 222/81 no adolece de ninguno de los vicios que la actora le atribuye: fue dictada por el órgano competente y sin transgresión a las disposiciones del Convenio de Viena de 1971, atendió a circunstancias fácticas debidamente comprobadas y tuvo en mira la salud de la población, añadiendo nuevos recaudos para la comercialización de medicamentos de expendio masivo como los reductores de peso, pero sin impedir su venta. En cuanto a la pretensión indemnizatoria subsidiaria,

esta Corte no puede juzgar sobre su mérito por las razones expresadas en el anterior considerando.

21) Que en estas condiciones, corresponde confirmar el pronunciamiento apelado e imponer las costas de esta instancia a la actora vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se confirma la sentencia de fs. 1747/1753. Con costas de esta instancia a la actora (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINE O'CONNOR — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — RICARDO LEVENE (H.) — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — GUILLERMO A. F. LOPEZ.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que confirmó en lo principal la de primera instancia que había rechazado la demanda, la actora interpuso el recurso ordinario de apelación que fue concedido. Asimismo, dedujo el recurso extraordinario cuya tramitación fue suspendida.

2º) Que Laboratorios Ricar S. A. demandó al Estado Nacional y al señor Amílcar E. Argüelles, ex ministro de Salud y Acción Social, con el objeto de obtener la reparación integral de los daños y perjuicios que le habrían generado las resoluciones 222 del 22 de mayo de 1981 y 361 del 17 de junio de 1981 del Ministerio de Salud y Acción Social, revocadas por la resolución 336 del 25 de febrero de 1982, mediante las cuales se dispuso, respectivamente, el pase de la sustancia denominada mazindol y de las especialidades medicinales fabricadas en su base de la lista IV a la lista II de la ley 19.303. Sostuvo que esa modificación fue contraria a lo establecido en los documentos de la Organización Mundial de la Salud y a lo dispuesto por las Naciones Unidas en el marco del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, aprobado por la ley 21.704 y ratificado por la Argentina en 1978. Señaló que tales actos ilegítimos tuvieron como consecuencia que el promedio mensual de sus ventas se redujera en casi un noventa por ciento. Expresó también que, en razón de ello, se vio obligada a reducir drásticamente el plantel de visitadores médicos y a hacerse cargo de indemnizaciones por despidos, necesitó promover nuevamente el producto, tuvo que recurrir a una nueva selección y capacitación de los visitadores y se produjo un sobredimensionamiento de stock, dado que las droguerías le devolvieron parcialmente sus existencias.

Reclamó, además, el lucro cesante y el daño moral que derivó del accionar de los demandados.

Subsidiariamente, solicitó que, para el caso de considerarse que las resoluciones 222/81 y 361/81 no fueran ilegítimas, se condene al Estado Nacional al pago de los daños y perjuicios causados a su patrimonio por el dictado de las normas impugnadas. Finalmente, desistió de la acción con relación al señor Argüelles.

3º) Que la cámara juzgó que no mediaba incompatibilidad alguna entre las disposiciones del mencionado convenio y la ley 19.303, y que la autoridad sanitaria nacional, al practicar la transferencia en cuestión, obró dentro de su competencia. Entendió también que, no existiendo coincidencia entre las opiniones técnicas y científicas en torno de la inclusión del mazindol

en la lista II o en la lista IV, la autoridad pudo optar válidamente por ubicarla en una o en otra, como lo hizo sucesivamente, en ejercicio de sus potestades de fiscalización de sustancias sicotrópicas. Desechó, asimismo, las objeciones dirigidas a cuestionar los vicios de forma y de desviación de poder de las resoluciones. Finalmente, señaló que el modo en que se resolvía la cuestión principal descartaba de plano la necesidad de examinar la subsidiaria, esto es, la responsabilidad de la demandada por su actividad lícita, no obstante lo cual reputó que no se configuraban los requisitos que la tornan procedente.

4º) Que el recurso ordinario es admisible, toda vez que fue articulado en un proceso en que la Nación es parte y los valores disputados en último término superan el mínimo previsto por el artículo 24, inciso 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58, según la ley 21.708, reajustado por resolución. 1360/91 de esta Corte.

5º) Que la actora expresó los siguientes agravios: a) la autoridad sanitaria era incompetente para transferir el psicotrópico de una lista a otra, ya que por el convenio sobre sustancias sicotrópicas esta facultad fue delegada en la Comisión de Estupefacientes; b) las “medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas” permitidas por el art. 23 del convenio no incluyen el cambio de lista de las sustancias; c) no existe divergencia de opiniones técnicas y científicas que permitan incluir el mazindol en una u otra lista, razón que vicia en la causa y en la motivación a la res. 222/81; d) ésta fue emitida sin que se requiriese el dictamen jurídico previo, contraviéndose así lo expuesto por el art. 7º; d) de la ley 19.549; e) se ha acreditado la conducta dolosa del señor Argüelles pues a sabiendas de su falsedad, sostuvo que el mazindol provoca farmacodependencia, y f) se configuran en el caso todos los requisitos que tornan procedente la responsabilidad del Estado por actividad lícita, no obstante lo cual la cámara rechazó el reclamo sin atender a la prueba producida.

6º) Que el primer agravio de la actora requiere determinar si el Ministerio de Salud y Acción Social resultaba competente para disponer la transferencia del mazindol de una lista a otra del modo en que lo hizo, al dictar la res. 222 del 22 de mayo de 1981, para lo cual es necesario precisar el marco legislativo en el que se encuentran comprendidas las sustancias sicotrópicas.

7º) Que el 21 de febrero de 1971 se adoptó en Viena el “Convenio sobre sustancias sicotrópicas”, en el que se dividió a dichas sustancias en cuatro listas anexas al convenio, estableciendo un mecanismo específico para la incorporación de otras sustancias a las listas o el cambio o retiro de listas de alguna de las incorporadas. En este procedimiento, reglado por el artículo 2 del convenio, intervienen los estados partes, el secretario general de Naciones Unidas, la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social y la Organización Mundial de la Salud.

8º) Que el 11 de octubre de 1971 fue sancionada y promulgada la ley 19.303, sobre “Drogas, preparados y especialidades farmacéuticas considerados psicotrópicos”. En la nota al Poder Ejecutivo que acompañaba al proyecto se decía, en lo pertinente que: “... se torna de imperiosa necesidad una legislación sobre la materia, acorde con los principios, bases y soluciones ya previstas normativamente respecto de los estupefacientes. Así lo ha entendido también el Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, el que con fecha 18 de febrero del corriente año, a través de la Conferencia de las Naciones Unidas para la Adopción de un Protocolo sobre Sustancias Sicotrópicas, aprobó un convenio sobre las mismas en forma exclusiva. Si bien tal convenio aún no ha sido ratificado por nuestro país por lo cual no puede considerárselo ley de la Nación, el Departamento Técnico de la Subsecretaría de Salud Pública con la colaboración del Instituto Nacional de Salud Mental y de la Sección Seguridad Personal de la Policía

Federal, ha elaborado el proyecto de ley que se somete a vuestra consideración, basado en las recomendaciones del organismo internacional...”

La ley —siguiendo al convenio aludido— dividió a las sustancias psicotrópicas en cuatro listas, de acuerdo a su mayor o menor riesgo de dependencia. La autoridad sanitaria nacional fue facultada para incorporar o cambiar de listas las sustancias (artículo 1º, inciso b, ley 19.303).

9º) Que el 15 de diciembre de 1977 fue sancionada y promulgada la ley 21.704, que aprobó el convenio sobre sustancias sicotrópicas, destacándose en la nota del Poder Ejecutivo que acompañaba el proyecto que “a través de la ley 19.303 (la República Argentina) ha implantado en el ámbito nacional la totalidad de las disposiciones contenidas en la convención cuya aprobación se solicita.” El 16 de febrero de 1978 fue depositado el instrumento de ratificación respectivo ante el secretario general de las Naciones Unidas y, de acuerdo al art. 26, la Convención entró en vigor para nuestro país noventa días después.

10) Que la sustancia mazindol fue aprobada en nuestro país en 1976 y se la ubicó preventivamente en la lista IV, trasladándosela en 1979 a la II (resolución 878/79) y en 1980 a la IV nuevamente (resolución 1931/80).

En las listas anexas al Convenio de Viena no figuraba originariamente dicha droga. Su inclusión fue dispuesta por la resolución de la Comisión de Estupefacientes del 4 de febrero de 1981 (fs. 201, expediente 2020-10080/82-7). Según surge del informe del representante residente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (fs. 618/619), el secretario general de dicho organismo notificó la referida decisión a los ministros de Relaciones Exteriores de todos los países miembros —incluida la Argentina— el 3 de abril de 1981.

En consecuencia, de acuerdo a lo establecido en el art. 2 (7) del Convenio, la decisión de incluir el mazindol en la lista IV surtió “pleno efecto respecto de cada una de las partes 180 días después de la fecha de tal comunicación” pues hasta entonces podían manifestar que no estaban en condiciones de cumplir con las nuevas disposiciones de fiscalización o solicitar la revisión de la decisión.

11) Que, como surge de lo anteriormente expuesto, los primeros cambios sufridos por el mazindol de la lista IV a la II y viceversa fueron realizados dentro de la clasificación provisoria confeccionada por el Ministerio de Salud y Acción Social, ya que la sustancia no estaba todavía sometida a fiscalización por el convenio. Esta clasificación provisoria puede considerarse permitida por el artículo 23 del convenio cuando establece que: “Una parte podrá adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en este convenio si, a su juicio, tales medidas son convenientes o necesarias para proteger la salud y el bienestar público”.

12) Que la cámara interpretó los arts. 2 y 23 del convenio en el sentido de que la autorización al estado parte de imponer controles más estrictos incluye la de transferirlos de una lista a otra.

Esta interpretación no se compeadece con los términos ni con los fines del instrumento internacional. En efecto, el sistema creado por el artículo 2 es claro al atribuir a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas la decisión de cambiar de lista una sustancia. De ninguna de sus expresiones puede inferirse que las partes reten gan la facultad indicada. Además el convenio, al enumerar en el apartado 7 del mismo artículo 2 una serie de medidas de fiscalización, no menciona entre ellas el cambio de una sustancia de una de las listas a otra.

Desde otra perspectiva, entre las finalidades enumeradas en el preámbulo del convenio, se encuentra la de evitar que se restrinja indebidamente la disponibilidad de las sustancias sicotrópicas para su uso médico y científico. El logro de esta meta fue asegurado a través de la creación de un mecanismo riguroso para la modificación de las listas anexas al convenio que prevé la intervención de un organismo internacional especializado en la materia. En efecto, como se describió anteriormente, de acuerdo a los apartados 4 y 5 del artículo 2, la conveniencia médica y científica de la medida tomada por el consejo tiene el respaldo de un dictamen sobre la sustancia que efectúa la Organización Mundial de la Salud. Si las partes pudiesen modificar las listas a su arbitrio se afectaría el rol de la entidad mencionada y, como consecuencia de ello, el logro de la finalidad que con su intervención se pretende asegurar. De modo que esta interpretación teleológica no hace más que confirmar la interpretación literal del texto convencional en debate.

No es admisible, pues, una inteligencia conforme a la cual entre las medidas de fiscalización más rigurosas que los estados están autorizados a tomar, según el ya citado artículo 23, se encuentre el cambio de una sustancia psicotrópica de una a otra de las listas anexas al convenio.

13) Que, en consecuencia, desde la entrada en vigencia del convenio, la facultad atribuida a la autoridad sanitaria nacional de incorporar o cambiar de lista sustancias (art. 1 (b), ley 19.303), quedó limitada a las sustancias que la Comisión de Estupefacientes no hubiere clasificado, debiendo en los otros casos limitarse a cumplir las resoluciones de dicho organismo internacional.

14) Que cuando se comunicó a nuestro país, el 3 de abril de 1981, la decisión de la Comisión de Estupefacientes de incluir el mazindol en la lista IV, dicha sustancia ya estaba incluida en esa lista por la resolución 1931/80 de la autoridad sanitaria nacional. Por lo tanto, para cumplir con la decisión del organismo internacional no era necesario ningún cambio, sino simplemente mantener lo que ya había sido dispuesto.

A pesar de ello, mediante la resolución 222/81, impugnada en este caso y dictada un mes después de conocida la decisión del organismo internacional, se realizó un acto contrario a lo preceptuado por éste, transfiriendo el mazindol nuevamente a la lista II.

Esta decisión fue irrazonable pues no se adujeron fundamentos técnicos y científicos suficientes para contrariar el acto regular del organismo internacional reconocido por la Argentina como competente para determinar la ubicación de la sustancia.

15) Que según el art. 2 del convenio, las autoridades competentes de los estados miembros, disponían de seis meses a partir de la notificación, es decir hasta el 3 de setiembre de 1981, para ubicar el mazindol en la lista IV.

Pero cabe reiterar que el mazindol ya había sido ubicado en dicha lista por la autoridad argentina.

En tales condiciones, es aplicable lo dispuesto por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados en su artículo 18: "Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: ... b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente".

Esta norma internacional aplicable tanto al tratado como al acto de la organización internacional en cuestión, en las particulares circunstancias del caso, tornó ilegítima la resolución

interna que dispuso el cambio de lista, sin fundamento válido, en contradicción con la Convención de Viena.

16) Que a esta Corte le incumbe velar por la buena fe que debe regir la actuación internacional del Estado, en el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos (P.48.XXXI “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición s/ cuadernos de prueba de la defensa -causa N° 172-112-94”, sentencia del 20 de marzo de 1995).

17) Que, no obstante lo precedentemente considerado, resulta inoficioso el análisis de las probanzas de los daños que el apelante dice haber sufrido, habida cuenta de la solución a la que arriba la mayoría del Tribunal.

Por ello, se declara admisible el recurso ordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y remítase. ANTONIO BOGGIANO.

Policía Federal - SIDA - Derecho a la intimidad - Salud pública.

B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo. 17/12/1996 - Fallos:319:3040.

Antecedentes:

Un subcomisario de la Policía Federal Argentina interpuso un amparo a fin de que se dejara sin efecto el acto administrativo que ordenó iniciar el trámite de su retiro obligatorio por ser portador del virus de inmunodeficiencia adquirida. Asimismo, petitionó que se lo ubicara nuevamente en el “servicio efectivo”.

El juez de grado hizo lugar a la pretensión y dejó sin efecto la decisión que ordenaba iniciar el trámite del retiro obligatorio. Dispuso que la Junta Médica de la Policía Federal emita un nuevo dictamen a fin de determinar si poseía aptitud psicofísica para ser ascendido de grado y ordenó que la Junta de Calificaciones de la institución dictamine nuevamente a fin de considerar si se encontraba en condiciones de ser ascendido. La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia.

La Corte —por mayoría— confirmó la sentencia y dejó sin efecto la convocatoria a una nueva junta médica.

En disidencia, el juez Fayt sostuvo que el art. 19 de la C.N. afirma los límites del Estado frente a la autonomía individual. Opinó que la comprobación inconsulta de la existencia del mal que afecta al actor constituye un acto intrusivo que desconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual al ser imprescindible el consentimiento previo de la persona para determinar si es portadora del virus HIV. Dijo que la prédica del resguardo de la salud de terceros y del propio afectado queda vacía de contenido, ya que durante el período de silencio el agente había resultado apto para la función, y su afección inofensiva para sí mismo y terceros lo que resulta una desaprensión ética y legal al estar en juego el derecho a la vida garantizado por la C.N.

En disidencia el juez Petracchi opinó que podía inferirse que el propósito de la ley 23.798 (14) fue establecer que era necesario el consentimiento previo de una persona para que sea legalmente posible determinar si ésta es portadora del virus HIV. Concluyó que dicha ley impide que la Policía Federal Argentina someta la sangre del demandante al test de HIV, salvo que éste lo consienta expresa y previamente. Agregó que el derecho a trabajar cedería frente al riesgo de contagio del virus HIV a terceros, y la Policía Federal Argentina podría pasar al integrante de la policía a retiro obligatorio, en el caso en que, por la índole de la tarea desarrollada, si el trabajador se negara a ser sometido al test existirían riesgos para terceros, si la salud de éstos no quedaría resguardada sino por el pase a retiro obligatorio.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Policía Federal Argentina – Salud física – Salud pública** (Mayoría: Considerando 9º; Disidencia del juez Fayt: Considerando 12; Disidencia del juez Petracchi: Considerando 14).
- b) **SIDA – Policía Federal Argentina** (Mayoría: Considerandos 11 y 14; Disidencia del juez Fayt: Considerandos 8º y 11; Disidencia del juez Petracchi: Considerandos 11 y 12).
- c) **Derecho a la intimidad – Salud pública** (Mayoría: Considerando 11; Disidencia del juez Fayt: Considerando 7º).
- d) **Policía Federal Argentina – Derecho a la intimidad** (Mayoría: Considerando 12; Disidencia del juez Fayt: Considerandos 7º y 9º; Disidencia del juez Petracchi: Considerandos 12 y 13).

Estándar aplicado por la Corte:

- La ley 23.798 no restringe el marco de razonable discrecionalidad con que cuenta la institución para indagar sobre la salud de sus dependientes, pues el propósito de la ley no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas sino la protección de la salud pública toda vez que lo que prevé es la detección obligatoria del virus en determinados casos lo que supone prescindir del consentimiento individual.

- La ley de lucha contra el SIDA fue dictada en ejercicio del poder de policía del Estado (art. 75, incs. 18 y 32 Constitución Nacional) el cual se manifiesta en forma de restricciones a los derechos y garantías constitucionales y se impone con prescindencia de la voluntad de los particulares.

- El resguardo del derecho a la intimidad de las personas debe interpretarse como un mandato tendiente a impedir la divulgación indebida de información y las intrusiones arbitrarias, que no se vinculen con la protección de la salud pública ni con el cumplimiento de normas reglamentarias.

(14) **Nota de Secretaría:** “Ley que regula la Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida”.

- La incorporación a la carrera policial supone el sometimiento voluntario a las normas que rigen la institución, quien ingresa acepta que la demandada acceda a su privacidad en la medida necesaria para evaluar sus aptitudes, la relación de sujeción especial entre los agentes con la Policía Federal implica algunas restricciones al derecho a la intimidad de aquéllos en beneficio de los fines propios de la institución. A raíz de ese tipo de vínculo los agentes no gozan de un ámbito de privacidad equiparable en su extensión al que tiene cualquier particular.

- Toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus H.I.V. no afecten concretamente las aptitudes laborales —o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente— ni comprometan la salud de terceros constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 17 de diciembre de 1996.

Vistos los autos: “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”.

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo promovido por R.E.B. y dejado sin efecto el acto administrativo dictado el 4 de octubre de 1993 por el que se había dispuesto el pase del actor a retiro obligatorio. Asimismo, el a quo dispuso la convocatoria de una nueva junta médica a fin de que se evaluara —en las condiciones que fijó el fallo— el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 312, inc. c, del decreto 1866/83. Contra ese pronunciamiento, la Policía Federal Argentina interpuso el recurso extraordinario (fs. 162/175), que le fue concedido (fs. 90).

2º) Que el demandante, subcomisario de la Policía Federal Argentina, fundó su pretensión en la ilegalidad y arbitrariedad manifiesta del acto administrativo impugnado; en tal sentido arguyó que la decisión se sustentaba en una circunstancia relativa a su persona —esto es, el padecimiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida— que no se había verificado, pues no presentaba ningún síntoma de la enfermedad ni había prestado su consentimiento para que se le efectuaran los análisis tendientes a la detección del mal. Pidió que se lo ubicara nuevamente en el “servicio efectivo” de la Policía, en los términos del art. 47 y concordantes de la ley 21.965.

3º) Que para decidir del modo en que lo hizo, la cámara tuvo en cuenta que el actor había sido sometido —sin su consentimiento— a la reacción de Western Blot, lo que —a juicio del a quo— constituía una violación del derecho constitucional al respeto de la privacidad y una transgresión a la ley 23.798; desde esta premisa, entendió que los resultados del examen obtenido de esa manera no podían constituir fundamento legítimo del acto administrativo impugnado; añadió, por último, que las medidas adoptadas por la Policía Federal respecto del agente en lo relativo al otorgamiento de la licencia por enfermedad, a la disponibilidad y ulterior pase

a retiro obligatorio, constitúan actos discriminatorios que conducían a su marginación laboral con claro menoscabo de su dignidad.

4º) Que el recurrente postula, en primer lugar, la inadmisibilidad formal del amparo por no haber agotado el demandante todas las instancias jerárquicas en sede administrativa y además no haber intentado la vía judicial ordinaria para el reconocimiento de la pretensión deducida, sobre todo teniendo en cuenta la naturaleza de la materia debatida que, por el estado de los avances científicos, requería una mayor amplitud de debate y prueba. En cuanto al fondo del asunto, la demandada defendió la legitimidad de la decisión de pasar el actor a retiro —la cual, agregó, no implicaba ningún reproche laboral ni marginación— por cuanto conciliaba las disposiciones reglamentarias pertinentes (ley 21.965 y decreto 1866/83) con la necesidad de prevenir riesgos para terceros. Se agravió asimismo en cuanto entendió que la cámara —al interpretar la norma específica aplicable al caso (art. 312 del decreto 1866/83)— había dado preeminencia al interés individual por sobre el bien común.

5º) Que los agravios relativos al examen de la admisibilidad formal del amparo no suscitan cuestión federal en la medida en que sólo remiten al estudio de aspectos fácticos y procesales —tales como la existencia de otras vías ordinarias para la tutela de los derechos debatidos, el agotamiento de trámites previos a la instancia judicial y a la mayor amplitud de debate y prueba del “*thema decidendum*” — ajenos, en principio, al recurso extraordinario (Fallos: 293:459; 303: 1217, entre otros).

6º) Que, en cambio, el remedio federal es procedente en cuanto se ha puesto en tela de juicio la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal —leyes 21.965 y 23.798 y decreto 1866/83— y la decisión ha sido contraria a los derechos que la recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3º de la ley 48).

7º) Que en la tarea de interpretar y aplicar disposiciones de carácter federal, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes ni por aquéllos aportados por la cámara, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto en disputa de acuerdo a la inteligencia que ella rectamente le otorgue (Fallos: 308:647; 311:2688 y 312:2254, entre otros).

8º) Que ante todo corresponde establecer si existe algún reparo legal o constitucional que le impida a la Policía Federal Argentina someter a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el SIDA. A tal fin es preciso examinar las normas federales en juego teniendo en cuenta, por un lado, los principios que rigen el empleo público y, por el otro, el derecho a la intimidad que reconoce nuestra Ley Fundamental.

9º) Que para ocupar empleos o cargos públicos la Constitución Nacional impone la condición de “idoneidad” (art. 16, primer párrafo), es decir, exige que la persona que pretenda ingresar a la administración tenga las aptitudes físicas y técnicas necesarias para desempeñar las tareas que se le asignen.

Concordemente con la exigencia enunciada, el art. 141, inc. d, del decreto 1866/83 —que reglamenta la ley 21.965— establece como requisito de ingreso a la Policía Federal “Poseer buena salud, comprobada por los servicios dependientes de la Dirección General de Sanidad Policial”. Además, el art. 312 del citado decreto prescribe que —a los fines de ser ascendido— el personal debe reunir “las condiciones profesionales y de aptitud psicofísica” y “ser calificado apto para el ascenso por la Junta de Calificaciones” (incs. c y e), lo que implica que también para ser promovido el agente debe cumplir con aquel requisito.

Los exámenes o análisis clínicos que la Policía Federal efectúe para constatar la buena salud del personal a fin de decidir su ascenso, involucran el ejercicio de una actividad discre-

cional que, en principio, no admite revisión judicial (Fallos: 250:393; 261:12; 267:325; 272:99, considerando 11; entre otros).

Con respecto a la extensión con que la demandada puede indagar sobre las aptitudes de sus dependientes, la reglamentación autorizada a las Juntas de Calificaciones a valorar “todo otro antecedente que sirva para evaluar las condiciones generales del calificado” (art. 316) y a la Superintendencia de Personal a remitir “Toda otra información que pueda interesar a las Juntas” (art. 325, inc. d).

10) Que la ley 23.798 —que declara de interés nacional la lucha contra el Sida— no restringe en modo alguno el marco de razonable discrecionalidad con que cuenta la Policía Federal para evaluar la salud física de sus dependientes.

Ello se explica en razón de que el propósito preeminente que inspiró el dictado de esa ley no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas —lo que queda corroborado, además, por las medidas dispuestas en los arts. 5º, 7º y 9º del citado cuerpo legal— sino la protección de la salud pública. En efecto, la intención del legislador fue claramente manifestada en ocasión del debate parlamentario (doctrina de Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047); se dijo entonces: “No existen aún vacunas ni otros elementos curativos. Así el crecimiento del número de casos en relación con el tiempo, parece señalar para la Argentina el establecimiento de una epidemia de características similares a la de los países del hemisferio norte. Dadas las propiedades del virus, agente causal de la enfermedad, su largo período de incubación, y la gran cantidad de mutaciones a las cuales está sujeto, se hace difícil prever a corto plazo el desarrollo de sistemas de prevención adecuados. Por ello deben adoptarse medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1º de junio de 1988, pág. 861).

A los fines indicados, la norma en examen prevé —entre otras cosas (art. 1º)— la detección obligatoria del virus en determinados casos (vgr. arts. 5º, 7º, y 9º), lo que supone, evidentemente, prescindir del consentimiento del individual. Ahora bien, dado que la inteligencia de las leyes debe efectuarse procurando no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 287:79; 288:416 y 308:1118), no cabe inferir que los casos aludidos configuren una enumeración de carácter taxativo que le impida a la demandada imponer aquella medida respecto de su personal con fundamento en los principios y normas que rigen el empleo público (Fallos: 181:290, ver p. 296).

11) Que la ley de lucha contra el Sida fue dictada en ejercicio del poder de policía del Estado (art. 67, incs. 16 y 28 de la Constitución Nacional, texto anterior, actualmente, art. 75, incisos 18 y 32) el cual se manifiesta en forma de restricciones a los derechos y garantías constitucionales y se impone con prescindencia de la voluntad de los particulares (Fallos: 199:483 y 295:394, en particular pág. 397), por ende, al fijar el alcance de las disposiciones que la reglamentan deben descartarse aquellos criterios hemenéuticos notoriamente ajenos a la naturaleza del poder que instrumenta la norma y a la intención del legislador. Es preciso inclinarse, en cambio, por aquel sentido que las concilie a todas ellas entre sí y las armonice con el resto del ordenamiento jurídico (Fallos: 289:185; 291:359; 292:211; 297:142; 300:1080).

Con apoyo en tales principios, debe entenderse que el art. 6º del anexo I del decreto 1244/91 —reglamentario de la ley 23.798— que establece que “El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de éste...” no condiciona el poder de policía estatal (arts. 5º, 7º, 9º de la ley) ni implica una restricción a la facultad que tiene la demandada de ponderar la salud de sus agentes (art. 312, inc. c del decreto 1866/83) sino que delimita el ámbito de actuación del médico en la relación parti-

cular que éste mantiene con su paciente. Ello concuerda con la obligación genérica que la ley 17.132 —relativa al ejercicio de la medicina— impone a los profesionales en punto a “Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse” (art. 19, inc. 3º).

En lo atinente al resguardo de la intimidad de las personas exigido por la ley (art. 2º, inc. d), tampoco supone una cortapisa al ejercicio de los poderes y facultades referidos, pues debe interpretarse como un mandato tendiente a impedir la divulgación indebida de información (conf. art. 2º, inc. c del anexo I, decreto 1244/91) y las intrusiones arbitrarias, es decir, aquellas que no se vinculen con la protección de la salud pública ni con el cumplimiento de normas reglamentarias (conf. art. 312, inciso c, del decreto 1866/83).

12) Que en virtud de lo expuesto, la ley 23.798 no constituye óbice para que la demandada someta a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el Sida. Resta dilucidar si tal medida suscita reparos constitucionales vinculados con el derecho a la intimidad.

Para ello es preciso tener en cuenta, en primer término, que la incorporación a la carrera policial supone el sometimiento voluntario a las normas que rigen la institución (Fallos: 261:12 y 303:559); es decir, que quien ingresa o desea ser promovido acepta —espontáneamente— que la demandada acceda a su privacidad en la medida necesaria para evaluar sus aptitudes. Cabe agregar que la relación de sujeción especial que mantienen los agentes con la Policía Federal implica algunas restricciones al derecho a la intimidad de aquéllos en beneficio de los fines propios de la institución [vgr. arts. 535, incisos p) y u), entre otros, decreto 1866/83]. En suma, a raíz de ese tipo de vínculo los agentes no gozan de un ámbito de privacidad equiparable en su extensión al que tiene cualquier particular.

Por otro lado, conviene destacar que la demandada debe organizar racionalmente los medios de que dispone a fin de cumplir en forma adecuada con la función que le es propia (doctrina de Fallos: 306:2030 y 312:1656). La evaluación del estado de salud de los agentes prevista reglamentariamente no constituye un mero recaudo formal desvinculado del logro de ese propósito, pues en la medida en que se lleve a cabo eficientemente, permite seleccionar y promover al personal apto (arts. 141, inc. d y 312 del decreto 1866/83), disponer en forma oportuna los reemplazos en los supuestos de enfermedad (art. 210, dec. citado), reasignar funciones ante la disminución de la capacidad laboral del agente (art. 208, dec. citado) y, en su caso, adoptar las medidas profilácticas tendientes al resguardo de la salud del personal en el ámbito laboral.

Desde esta perspectiva, es admisible que al llevar a cabo dicha evaluación, la Policía Federal indague sobre aquellas patologías que puedan comprometer, de un modo cierto y ponderable, el desempeño de la función (doctrina de Fallos: 313:1333, considerando 11). Con particular referencia al Sida, no existen dudas sobre la secuela que produce el virus en un alto porcentaje de infectados (conf. “AIDS and the Law”, Wiley Law Publications, segunda edición, año 1992, pág. 199 y sgtes.), lo que se traduce, tarde o temprano, en la imposibilidad de que el portador que padezca manifestaciones del síndrome cumpla con su trabajo.

En atención a ello, no se advierte que la medida en cuestión configure una intrusión irrazonable al ámbito de privacidad del personal policial porque está motivada por un interés superior al individual —esto es, el cumplimiento adecuado de la función— y es proporcionada a sus fines.

Esta conclusión no queda desvirtuada por el trato discriminatorio que eventualmente puedan padecer los agentes portadores del virus. En efecto, más allá de que ese tipo de conducta encuentra adecuada respuesta en la aplicación de las normas antidiscriminatorias que efectúen los tribunales competentes, no justifica que esta Corte la sopesa para fundar su decisión porque es ajena a la cuestión que se examina. Por lo demás, al trato discriminatorio no se lo

combate mediante el ocultamiento de la característica personal que lo suscita, sino por la superación cultural del prejuicio que lo motiva.

13) Que sobre la base de las consideraciones precedentes y de que la Policía Federal Argentina decidió someter a su personal a la detección obligatoria del virus en la oportunidad prevista en el art. 312 del decreto 1866/83 (fs. 31/31 vta., y fs. 3 del expte. número 10157230, agregado al principal), la circunstancia de que la demandada prescindiera del consentimiento del agente al efectuarle a éste la reacción Western-Blot (fs. 25 y 26 del reclamo administrativo y fs. 3 del expediente mencionado) no acarrea, por sí sola, la invalidez del acto administrativo impugnado.

Por el modo en que se resuelve este aspecto de la cuestión, es improcedente la convocatoria a una nueva junta médica dispuesta por el juez de primera instancia (conf. punto 1, apartado b, de la sentencia de fs. 114/119) y confirmada por el a quo (fs. 140/144).

14) Que sin perjuicio de la conclusión a la que se arriba en el considerando anterior, el acto administrativo que aprobó la licencia otorgada al actor y dispuso su pase a situación de retiro teniendo por cumplidos los extremos legales para ello es, de todas maneras, ilegítimo por no contener una ponderación de los efectos reales de la deficiencia inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente, máxime, teniendo en cuenta el carácter de portador asintomático de éste. Ello significa que la aplicación que ha efectuado la Policía Federal Argentina de los artículos 47, inciso c; 48, inciso c; 49, inciso b; 71 inciso d y 92, inciso b de la ley 21.965, desvirtúa la finalidad de las normas, y evidencia el propósito de separar al oficial B. del servicio efectivo sin motivo que lo justifique.

En este aspecto, cabe señalar que toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus H.I.V. no afecten concretamente las aptitudes laborales —o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente— ni comprometan la salud de terceros constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos.

En tales condiciones el acto referido lesionó los derechos del demandante a la protección de las normas legales y reglamentarias en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna (arts. 1º y 24 de la Convención aprobada por la ley 23.054, de jerarquía constitucional).

Por ello, se confirma la sentencia de fs. 140/144 vta. en cuanto ha sido materia de agravio y se deja sin efecto la convocatoria a una nueva junta médica ordenada en el punto 1, apartado b, de la sentencia de fs. 114/119 y confirmada por el a quo (fs. 140/144). Costas a la demandada vencida (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Téstese el nombre del actor en las copias de este fallo que se den a publicidad, ello, con fundamento en el art. 164 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Hágase saber al Ministerio del Interior a cuyo fin librese oficio. Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINE O'CONNOR — CARLOS S. FAYT (*disidencia parcial*) — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia parcial*) — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LOPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que confirmó la de primera instancia que había hecho lugar

a la demanda de amparo deducida contra la Policía Federal Argentina y, además, dispuso a cargo de esta última el cumplimiento de diversas medidas, la vencida interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido.

2º) Que, al decidir de ese modo, el a quo estimó que el actor —pasado a situación de retiro por la demandada mediante el acto administrativo impugnado— había sido sometido sin su consentimiento al test de Western-Blot y que los resultados de ese examen, tomado en violación del derecho constitucional al respecto de la privacidad y en transgresión a la ley 23.798, no podían constituir fundamento legítimo de aquel acto. Resaltó, además, que la demandada no invocó ni probó que los profesionales médicos de la institución hubiesen dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 8º del decreto 1244, en tanto requiere del médico que detecta el virus la notificación fehaciente al portador, quien devolverá una copia firmada del informe pertinente, como constancia de cumplimiento de lo requerido por la norma. También señaló el tribunal que las medidas adoptadas por la demandada respecto del agente en lo relativo al otorgamiento de la licencia por enfermedad, a la disponibilidad y ulterior pase a retiro obligatorio, constituían actos discriminatorios que conducían a su marginación laboral, con claro menoscabo de su dignidad.

3º) Que, en primer lugar, la apelante controvierte la admisibilidad formal del amparo, por no haber agotado el actor todas las instancias jerárquicas en sede administrativa y, además, no haber intentado la vía judicial ordinaria para el reconocimiento de la pretensión deducida. En cuanto al fondo, la demandada sostiene la legitimidad de la decisión de pasar al actor a retiro, por cuanto concilia las disposiciones reglamentarias pertinentes —ley 21.965 y decreto 1866/83— con la necesidad de prevenir riesgos para terceros. Asimismo, se agravia de que el a quo no haya evaluado la norma específica que rige el caso —el art. 312 del decreto 1866/83— y haya dado preeminencia al interés individual sobre el bien común.

4º) Que carecen de fundamento los agravios que intentan controvertir la procedencia de la acción de amparo. Esta Corte ha tenido oportunidad de señalar que si bien esa acción no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos administrativos y judiciales no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos antes que una ordenación o resguardo de competencias. Máxime de darse, como en el caso, el fundado peligro de que la demora ocasione un agravio insalvable al derecho invocado (Fallos: 241:291; 267:215; 299:358; 305:307, entre otros). Basta señalar, al respecto, que de concretarse el pase a retiro, el acto impugnado habría desplegado consecuencias irreversibles en cuanto a la marginación del actor.

La aceptación de la propuesta de la demandada —atinente a la existencia de otras vías ordinarias que ofrecen mayor amplitud del debate y prueba— importaría la desnaturalización de tan potente garantía. Sin lugar a dudas, pertenece a la vocación del amparo el paradigma de autos, en el que se halla en tela de juicio —nada más ni nada menos— que la afectación de delicados derechos personalísimos contemplados en la Constitución Nacional.

Por lo demás, la recurrente no puso de manifiesto, sino genéricamente, los fundamentos que invoca en apoyo de su postura y que justificarían la necesidad de una mayor amplitud de debate y prueba. Por el contrario, las razones aportadas por ella son demostrativas de la innecesidad de un marco procesal más amplio, toda vez que en definitiva, se trata de establecer si la demandada contaba o no con atribuciones suficientes para indagar, como lo hizo, la existencia del virus H.I.V. en la sangre del actor, y si —admitido ello— el acto por el que se dispuso el pase a retiro cumple con los requisitos legales exigibles, todo ello se conecta exclusivamente

con la interpretación de normas legales, y por lo tanto no se advierte la necesidad de producir un debate más amplio.

5º) Que, en cambio, el remedio federal es procedente en cuanto se ha cuestionado la inteligencia y aplicación de normas de naturaleza federal —tal carácter revisten las leyes 21.965 y 23.798 y el decreto 1866/83— y la decisión ha sido contraria a los derechos que la recurrente fundó en ellas (art. 14, inc. 3º de la ley 48).

6º) Que, según lo expuesto, corresponde evaluar si la demandada, en uso de las prerrogativas establecidas por la ley 21.965 y su decreto reglamentario 1866/83, estaba facultada para efectuar los tests que determinan la afección o no del virus del H.I.V. en el actor. Dicho de otro modo, se trata de determinar con toda precisión si el examen psicofísico previsto en esas normas para acceder a un ascenso, puede abarcar —sin condicionamiento alguno— los que detectan la existencia de aquel virus en la sangre humana.

7º) Que la Constitución Nacional en su art. 19 afirma claramente los límites del Estado frente a la autonomía individual, reconociendo una esfera sólo reservada a la intimidad, en la que aquél no debe intervenir.

Paralelamente y no con menor claridad, ha establecido en el Preámbulo como uno de sus propósitos, el de promover el bienestar general, y —obvio es decirlo— entre quienes tienen como objetivo tal función del Estado, se encuentra la Policía Federal Argentina.

Sin embargo, es erróneo plantear el problema de la persona y del bien común en términos de oposición. Como tuvo oportunidad de expresar esta Corte, no hace falta una inteligencia muy elaborada para darse cuenta de que ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, aunque aquélla no sea reducible a éste (Fallos: 312:496).

Sólo se requiere una razonable ponderación de los valores en juego, que supone aceptar que las libertades consagradas en aquella norma constitucional requieren un ejercicio efectivo para no quedar deducidas a simples declaraciones de deseo. Esa indagación también implica admitir que la demandada debe organizar racionalmente los medios de que dispone a fin de cumplir en forma adecuada con la función pública que le es propia y que el particular régimen de la institución en punto a la aptitud del personal para la conservación del cargo, el pase a retiro o la obtención de un ascenso, según doctrina del tribunal, se muestra razonable (Fallos: 307:1821 y sus citas).

Sin embargo, aceptar que la relación de sujeción especial que mantienen los agentes con la Policía Federal supone algunas limitaciones al derecho a la intimidad en beneficio de los fines propios de la institución, no autoriza a cohonestar la pulverización de ese derecho. No pudo pasar inadvertido para la demandada que las consecuencias de su indagación podían exceder de aquellos objetivos, máxime frente a la existencia de normas legales como las que más adelante se reseñarán.

Todo ello conduce a considerar que la comprobación inconsulta de la existencia del mal que afecta al actor, cuya gravedad, a esta altura del conocimiento científico, no ha podido ser mitigada en sustancia, constituye un acto intrusivo que desconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. A lo que cabe agregar —lamentablemente— que gran parte de la sociedad, con base sólo emocional, suele estigmatizar y segregar a quienes se encuentran infectados por el virus del HIV.

La regulación normativa indicada —que no es sino una reglamentación del art. 19 de la Constitución Nacional— reconoce una esfera de inmunidad de coacción en la que el Estado

no debe intervenir. Y también proscribire la discriminación arbitraria, por lo que el acto impugnado —según se verá—, fruto de la violencia estatal al fuero íntimo del actor y determinante de su marginación infundada del servicio activo, se erige en la síntesis más acabada de aquellos desaciertos.

Desde esa óptica, han de examinarse los agravios de la demandada.

8º) Que los derechos individuales —especialmente aquellos que sólo exigen una abstención de los poderes públicos y no la realización de conductas positivas por parte de aquéllos— deben ser hechos valer en forma obligatoria por los jueces en los casos concretos, sin importar que se encuentren incorporados o no a la legislación (Fallos: 241:291; entre otros; González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1959, N° 82, págs. 102/103).

En la especie, existiendo normas concretas que regulaban las enunciadas garantías constitucionales, la demandada obró con abstracción de todas ellas y es inconstratable que según las previsiones específicas de la ley 23.798 y el decreto reglamentario 1244/91, la Policía Federal Argentina no se encontraba habilitada para actuar como lo hizo.

En efecto, el diseño legal de la ley que regula la “Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida”, en tanto establece la detección obligatoria del virus en determinados supuestos que no prevén el del actor (en el caso de transfusiones, en el de uso terapéutico, en el de donantes de órganos, en el de inmigrantes y en el de poblaciones de instituciones cerradas, confr. arts. 5º, 7º y 9º de la ley), autoriza a concluir que, como regla, es imprescindible el consentimiento previo de la persona, para que —legalmente— sea posible determinar si ella es portadora del virus HIV. Se descarta, asimismo, toda aplicación extensiva de aquellos casos, toda vez que la analogía no resulta hermenéutica apropiada cuando el término de comparación que tiene reconocimiento legal importa una solución de excepción.

Por lo demás, la propia ley establece que sus disposiciones, como así las que contengan las normas reglamentarias pertinentes, “se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda: a) afectar la dignidad de la persona; b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación... d) incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina” (art. 2º, ley 23.798). El decreto 1244/91 indica que “para la aplicación de la ley y de la presente reglamentación deberán respetarse las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por la ley 23.054 y de la ley antidiscriminatoria, 23.592”.

9º) Que, de consuno con las marcadas premisas, es esta interpretación judicial integrativa y no otra, la que garantiza el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Como se señaló “supra”, no se trata de restringir o impedir el cumplimiento del deber que se le impone a la institución policial en los casos en que debe verificar y ponderar el estado de salud de sus agentes.

Es amplia la discrecionalidad que otorgan las normas en juego para la consecución de tales objetivos; empero, como ya ha sido dicho, esas prerrogativas no autorizan —de modo alguno— a la claudicación de las instituciones. Admitir la marcada esfera de discrecionalidad que los entes administrativos suelen detentar no implica aceptar que éstos actúen desvinculados de orden jurídico. Y si la realidad viviente al momento del dictado de las normas policiales no exigió al legislador restricción alguna para la indagación de la salud del agente, la realidad sobreviniente a la aparición del SIDA impuso el dictado ley 23.798, cuyas normas exigían una armónica coordinación con aquéllas.

Antes bien, se ha desconocido la existencia misma de esta última ley —como regla general y objetiva— entronizándose la voluntad subjetiva de la demandada, quien en la elección de los medios que consideró adecuados, pasó por alto las normas específicas que protegían la libertad individual del agente contra toda imposición arbitraria, y, por tanto, ilegítima.

10) Que, conforme a lo hasta aquí expuesto, la demandada ha transgredido principios elementales que se le imponían de un modo especial. Ha hecho tabla rasa de los postulados básicos de un estado de derecho que importan la sujeción del Estado al bloque de legalidad, que implica aceptar que el derecho preexiste a la actuación del Estado y que la actividad de éste se subordina al ordenamiento jurídico.

Empero, más allá de la inobservancia de las disposiciones en juego, lo cual —de suyo— comporta agravio constitucional y basta para considerar ilegítimo el acto administrativo, las particularidades de la causa comprometen al Tribunal, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los fundamentales derechos de juego, a insistir en la protección que merece el ámbito de privacidad. Este resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo esencial de diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno (Fallos: 314:1531, voto en disidencia del juez Fayt).

11) Que sentado ello, corresponde ponderar lo argüido por la Policía Federal Argentina al intentar justificar el pase del actor a la situación de retiro. Así, puso el acento en la necesidad de preservar el bien común, al que caracteriza como “el derecho de los demás”; sobre el punto, sintetizó su postura al señalar que “todo policía está en contacto permanente con terceros a quienes debe proteger en sus bienes y personas y no constituir un riesgo, pues cualquier accidente puede poner en peligro a los mismos” (fs. 166/166 vta.). Con anterioridad, había caracterizado su decisión como una “medida preservativa de riesgos para el interesado y la comunidad” (fs. 32 vta.).

De ese impreciso resguardo, acorde con la calificación del SIDA como “una enfermedad de carácter irreversible que lo incapacita en forma definitiva para el normal desempeño de la función policial” (confr. el acto administrativo impugnado, fs. 7/8 del expte. 10157230) derivó una decisión irrazonable, que omitió valorar la incidencia real de la afección en la aptitud laboral del agente, y su posible asignación a un destino acorde a sus condiciones psicofísicas concretas.

De tal modo, a la absoluta desaprensión por lo establecido en la ley 23.798, se suma una comprensión de la ley 21.965 sólo dirigida a disponer el retiro del actor, con afectación del mandato constitucional según el cual el trabajo, en sus diversas formas, ha de gozar “de la protección de las leyes” (art. 14 bis). Y ese proceder, que supone tanto como empujar al actor a la segregación, es manifiestamente contrario a los arts. 5, 11 y 24 de la Convención aprobada por la ley 23.054, de jerarquía constitucional. Corresponde, pues, dejar establecido con todo énfasis que toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus H.I.V. no afecten concretamente las aptitudes para el trabajo —o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente— importa una conducta irracional y discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos.

12) Que, por último, es reprochable que la demandada haya dejado transcurrir casi un año entre el momento de la detección de virus, esto es, el 26 de octubre de 1992 (fs. 26, expte. 384-02-000015-93) y la decisión de otorgar licencia al actor, que se concretó a partir del 23 de septiembre de 1993 (fs.3 y 7, expte. 10157230). Ese otorgamiento genérico de licencias —de la forma en que surge de autos— no da satisfacción a lo establecido por las normas pertinentes en

punto al deber de información de la afección y sus características a quien la padece. También en este aspecto, se han pasado por alto las diversas disposiciones que establecen de manera minuciosa el modo en que aquélla debe ser suministrada (leyes 15.465, 23.798 y su decreto reglamentario). Y lo reglado sobre el punto —obvio es decirlo— merecía especial atención, dado su íntimo correlato con el espíritu de la ley, que declara de interés nacional la prevención y la adopción de medidas tendientes a evitar la propagación de la enfermedad (art. 1º, ley 23.798).

De tal manera, la prédica del resguardo de la salud de terceros y del propio afectado queda vacía de contenido, ya que es de una total inconsecuencia con el acto impugnado que durante aquel período de silencio el agente haya resultado apto para la función, y su afección, inofensiva para sí mismo y los terceros. Ello supone una desaprensión ética y legal particularmente reprochable, porque en la especie se encuentra en juego —nada más ni nada menos— que el derecho a la vida, preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.

Por ellos, se confirma la sentencia, con costas. Notifíquese y devuélvase. CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que, R. B. subcomisario de la Policía Federal Argentina, peticionó por vía de amparo que se deje sin efecto el acto administrativo que había ordenado iniciar el trámite de su retiro obligatorio de dicha institución. El actor también pidió que se lo ubicara nuevamente en el “servicio efectivo” de la policía, en los términos del art. 47 y concordantes de la ley 21.965 (“Ley para el personal de la Policía Federal Argentina”).

El acto administrativo aludido fue fundado en el hecho de que el actor, a raíz de ser portador del virus de inmunodeficiencia adquirida, padecía una “[...] enfermedad de carácter irreversible que lo incapacita en forma definitiva para el normal desempeño de la función policial” (fs. 7 del expediente administrativo N° 10157230, que se acompaña por cuerda).

Dicho acto administrativo subsumió el hecho indicado en el párrafo anterior, en el inc. b) del artículo 92 de la ley 21.965. Esta norma dispone que “el personal [...] pasará a situación de retiro [...] por persistir las situaciones que determina el art. 49 [...]”. A su vez, el art. 49 establece que el personal “[...] revistará en servicio pasivo cuando se encuentre en la situación señalada en el art. 48, inc. c) [es decir, con “licencia por enfermedad”], desde los 6 meses hasta los 2 años como máximo en que la Junta Médica resolverá si debe reintegrarse al servicio; caso contrario pasará a retiro”.

2º) Que el actor impugnó la decisión administrativa en examen, con fundamento en los siguientes argumentos:

a) que se había violado la ley 23.798 (ley que regula la “Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida”), a raíz de que el demandante había sido sometido —sin su previo consentimiento— a un test que determina la portación, o no, del virus de inmunodeficiencia adquirida (en adelante, “virus HIV”);

b) que se había violado su derecho constitucional a trabajar. Ello es así, pues aún en el supuesto de que fuera portador del virus HIV, no tenía ningún síntoma de tal afección. Consecuentemente, poseía “total capacidad psicofísica para el desempeño de la tarea policial” (fs. 22).

Por otro lado, afirmó que el trabajo que realizaba en la policía no aumentaba el riesgo de transmisión del virus HIV a terceros, según lo establece el actual conocimiento científico.

3º) Que el juez de primera instancia hizo lugar a la pretensión del actor, y, por ello, dejó sin efecto la decisión que ordenaba iniciar el trámite del retiro obligatorio del demandante.

Asimismo, dicho juez dispuso dos cosas. Primero, que la Junta Médica de la Policía Federal Argentina emita un nuevo dictamen —sin considerar el resultado del test de HIV al que había sido sometido el actor— con el fin de determinar si éste posee “aptitud psicofísica” para ser ascendido de grado, en los términos del artículo 312 inc. c) del decreto 1866/83.

Y, en segundo lugar, ordenó que la Junta de Calificaciones de la Policía Federal Argentina produzca un nuevo dictamen —sobre la base del informe médico ordenado en el párrafo anterior— a los fines de considerar si el demandante se encuentra en condiciones de ser ascendido de grado.

Esta sentencia fue confirmada por la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

Al respecto, el a quo afirmó que era inválido el acto administrativo en examen, porque se fundaba en un dato —que el actor era portador del virus HIV— obtenido ilegítimamente. Esta ilegitimidad se había originado, argumentó la cámara, en el hecho de que la sangre del demandante había sido sometida a un test de HIV, sin su previo consentimiento, violándose así dos normas. Por un lado, el art. 19 de la Constitución Nacional, en cuanto prevé el derecho a la intimidad y privacidad y, por el otro, la ley 23.798 que establece —a juicio del a quo— que ninguna persona puede ser obligada a efectuarse un test de HIV sin su consentimiento previo.

4º) Que contra esta sentencia, la Policía Federal Argentina (en adelante, la “PFA”) interpuso recurso extraordinario, que fue concedido sobre la base del inciso 3º, del artículo 14 de la ley 48 (fs. 162/175 y 190/190 vta., respectivamente).

Los agravios de la recurrente son, básicamente, los siguientes:

a) que el amparo interpuesto en la causa es inadmisibles porque:

a.1) se configura en autos la hipótesis prevista en el artículo. 2º, inciso a) de la ley 16.986 (ley que regula la “Acción de amparo”). Ello es así, pues las vías ordinarias existentes le hubieran permitido al actor proteger los derechos que ha invocado en este pleito;

a.2) se configura en la causa el supuesto establecido en el art. 2º, inciso. d) de la ley 16.986, dado que el asunto debatido en autos “merece un mayor debate y prueba que el propio del proceso de amparo” (fs. 172).

b) en cuanto al fondo del asunto, sostuvo que el actor había implícitamente prestado su consentimiento a ser sometido al test de HIV. Ello es así, pues cuando el demandante ingresó a la PFA, adhirió voluntariamente a su régimen legal. Régimen que prevé la realización de exámenes para determinar la “aptitud psicofísica” de cada integrante de la policía, entre los que se encuentra implícitamente incluido el test de HIV.

Por esta razón, el acto administrativo en examen no violó ni la ley 23.798 —en cuanto exige el consentimiento previo al test de HIV— ni el art. 19 de la Constitución Nacional (fs. 173).

5º) Que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, pues se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de normas de carácter federal —leyes 23.798, 21.965 y decreto 1866/83— y la decisión ha sido contraria a los derechos invocados por la recurrente (art. 14, inciso 3º, ley 48).

6º) Que, en primer término, resulta conveniente precisar los hechos de esta causa, tal como han sido determinados en las instancias ordinarias, y que no han sido impugnados ante esta Corte por arbitrariedad.

El 26 de octubre de 1992 una muestra de sangre del actor fue sometida —sin su previo consentimiento— a un test de HIV denominado Western Blot. Este análisis estableció que el demandante era portador del virus de inmunodeficiencia adquirida (HIV positivo). No se probó en autos si el actor fue informado, en ese entonces, del resultado de dicho test.

Meses después, la Junta Permanente de Reconocimientos Médicos de la PFA, al examinar la historia clínica del demandante, —con el fin de determinar si éste tenía “aptitud psicofísica” para ser ascendido de grado [(en los términos del artículo 312, inciso c), del decreto-ley 1866/83)]— advirtió el resultado del test mencionado en el párrafo precedente.

El 24 de septiembre de 1993, el actor fue notificado de que la junta aludida le había concedido “licencia médica hasta que la superioridad disponga”, sin que se le informaran, en ese entonces, los motivos de esta licencia (fs. 114).

El 4 de octubre de 1993, el jefe de la PFA dictó un acto administrativo (cuya impugnación dio origen a esta causa) que ordenaba iniciar el trámite del retiro obligatorio del demandante y que establecía, además, que tal retiro debía producirse el 23 de marzo de 1994. Los fundamentos de este acto administrativo están esbozados en el considerando 1º, al que se remite.

El 21 de octubre de 1993 el actor impugnó en sede administrativa el acto indicado en el párrafo anterior (fs. 6/13). Esta impugnación originó que la Junta Superior de Reconocimientos Médicos de la PFA convocara al actor, con el fin de confirmar si éste era portador del virus HIV. El demandante se negó a ser sometido a este examen, con fundamento en que sólo “se presta a realizar los exámenes psicofísicos necesarios para la aptitud que son comunes a la evaluación normal para acceder al servicio ordinario” (fs. 84 y 90).

El 21 de marzo de 1994 el actor interpuso acción de amparo ante el Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal. Los pronunciamientos dictados por este juez y por el a quo se encuentran reseñados en el considerando 3º, al que se remite.

Cabe asimismo indicar que el actor —subcomisario de la división “delitos interjurisdiccionales” del escalafón “seguridad” de la PFA— desarrolló regularmente sus tareas habituales en el período (de más de diez meses) comprendido entre la fecha en que su sangre fue sometida al test Western Blot y la fecha en que se le concedió licencia médica.

Finalmente debe subrayarse que ha sido probado en autos que el actor es portador asintomático del virus HIV, pues no “presenta síntomas o manifestaciones de [esta] enfermedad [...]” (confr. sentencia del a quo a fs. 142, segundo párrafo).

7º) Que corresponde ahora examinar los agravios de la apelante concernientes a la admisibilidad de la acción de amparo interpuesta en la causa.

En este sentido, debe indicarse que el planteo reseñado en el apartado “a.1” del considerando 4º no puede prosperar.

En efecto, jurisprudencia firme de esta Corte prevé que —en principio— la decisión atinente a si existen, o no, vías ordinarias eficaces para la tutela de los derechos invocados por medio de amparo, no puede ser revisada en la instancia extraordinaria. Ello es así, excepto que se configure un supuesto de arbitrariedad o violación de derechos o garantías constitucionales.

Este principio jurisprudencial se funda en que la decisión aludida en el párrafo anterior, involucra cuestiones procesales o de hecho que, por regla general, deben ser evaluadas por los tribunales de grado (Fallos: 287:160; 293:459; 303:1217; voto de los jueces Petracchi y Bossert “in re” V. 103. XXV “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ amparo”, de fecha 6 de junio de 1995).

En consecuencia, el agravio “a.1” aludido debe ser desestimado, porque —por un lado— el recurso extraordinario en examen no ha sido concedido con base en la arbitrariedad (confr. fs. 190/190 vta.) ni la apelante ha interpuesto recurso de queja con tal base; y —por el otro— la recurrente ni siquiera ha alegado que la decisión impugnada en autos viole derechos o garantías constitucionales.

También debe rechazarse el agravio indicado en el apartado “a. 2” del considerando 4º.

En efecto, el argumento fundado en que el tema debatido en autos requiere una mayor amplitud de debate y prueba, sólo es una mera aserción genérica de la recurrente; un argumento postulado en abstracto.

En razón de que la apelante no planteó esta agravio con referencia a las circunstancias concretas de esta causa, no puede ser admitido (Fallos: 266:271).

8º) Que, a raíz de lo resuelto en el considerando anterior, corresponde ahora abordar el fondo de esta causa.

Está probado en autos que la sangre de actor fue sometida al test de HIV, sin que se le solicitara su consentimiento previo. Sobre esta base fáctica, es claro que tres son los problemas que esta Corte Suprema debe resolver en este pleito:

a) si la Policía Federal Argentina está legalmente obligada, o no, a solicitar el consentimiento del actor antes de que su sangre sea sometida al test de HIV;

b) si la Policía Federal estuviera obligada a solicitar dicho consentimiento, debe determinarse —a la luz de la ley 23.798— si tal consentimiento puede prestarse de manera implícita por la persona a ser sometida al test HIV. O si, por el contrario, tal consentimiento debe ser expreso;

c) cuáles son las consecuencias jurídicas —en el marco de la Policía Federal Argentina— originadas por el hecho de que un integrante de esta institución se niegue a ser sometido al test de HIV.

9º) Que se abordará a continuación el problema “a” esbozado en el considerando anterior.

Con tal fin, es necesario interpretar la ley federal 23.798 que regula la “Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida”. Esto hace aplicable al caso la línea jurisprudencial que prevé que cuando se encuentra en discusión el alcance que cabe asignarle a normas de

derecho federal, esta Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 308: 647, consid. 5º y sus citas).

También cabe subrayar que esta Corte Suprema no puede examinar en este pleito si la ley 23.798 es constitucionalmente válida. Ello es así porque la recurrente no realizó tal planteo de inconstitucionalidad; el cual, por lo demás, tampoco pudo haber sido realizado por la apelante pues el Estado Nacional no está legitimado para plantear la inconstitucionalidad de normas que él mismo dicta (Fallos: 134:37; 284:218; 296:723, consid. 4º; 303:0139; 307:630, consid. 5º; 311:1237).

10) Que diversos artículos de la ley 23.798 establecen en qué casos no es necesario el previo consentimiento de una persona, para que sea legalmente posible determinar si ésta es portadora, o no, del virus HIV. Estos supuestos son los siguientes:

a) Es “[...] obligatoria la detección del virus [HIV] y de sus anticuerpos en la sangre humana destinada a transfusión, elaboración del plasma u otros de derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico (art. 7, primera parte) También es “[...] obligatoria [...] la mencionada investigación en los donantes de órganos para trasplante [...]” (art. 7º, in fine);

b) “ Se incorporará a los controles actualmente en vigencia para inmigrantes que soliciten su radicación definitiva en el país, la realización de pruebas de rastreo que determine la autoidad de aplicación para la detección del HIV” (art. 9º);

c) “El Poder Ejecutivo establecerá [...] las medidas a observar en relación a la población de instituciones cerradas o semicerradas, dictando las normas de bioseguridad destinadas a la detección de infectados [...]” (art. 5º). “Las autoridades de cada una de las instituciones [cerradas] proveerán lo necesario para dar cumplimiento a las disposiciones de [la ley 23.798]” (art. 5º del decreto 1244/91, que reglamenta la ley 23.798).

11) Que la esbozada estructura de la ley 23.798 —consistente en determinar en qué supuestos no es necesario el consentimiento previo aludido— permite inferir la siguiente conclusión: Que el propósito de quienes redactaron dicha ley fue el de establecer, como regla general, que es necesario el consentimiento previo de una persona, para que sea legalmente posible determinar si ésta es portadora del virus HIV.

En efecto, sería un sinsentido que la ley 23.798 precisara en qué casos no exige el consentimiento previo, si la regla general de la ley fuera que tal consentimiento no es exigible.

Esta tesis se ve confirmada por la norma que expresamente exige que debe solicitarse el consentimiento a las personas que integran “grupos en riesgo”, antes de que éstas sean sometidas al test HIV (conf. art. 6º del decreto 1244/91, que reglamenta la ley 23.798). Efectivamente, si este principio rige en el caso particular de las personas que forman parte de los “grupos en riesgo”, con más razón debe regir respecto de aquellas personas que no integran tales grupos.

12) Que, por otro lado, también parece claro que el principio general de la ley 23.798 (indicado en el primer párrafo del considerando anterior) es aplicable al caso de autos. Ello es así, pues el sub lite no puede ser subsumido en ninguna de las tres hipótesis de excepción -en las que no es legalmente necesario el consentimiento previo- señaladas en el considerando 10.

En efecto, el supuesto “a” es impertinente en el caso, porque la sangre del actor -que fue sometida al test de HIV- no estaba destinada ni a la transfusión, ni a la elaboración de plasma, ni otros derivados sanguíneos para algún uso terapéutico. Tampoco se trata el caso en examen de un supuesto de donación de órganos para trasplante.

De igual modo, no es aplicable a este pleito el supuesto “b” supra indicado, pues el actor no es un inmigrante que haya solicitado su radicación definitiva en el país.

Finalmente, debe también destacarse el supuesto “c” aludido, porque nada hay en el texto legal, ni en la nota que acompañó al proyecto de ley, que permita sostener que la Policía Federal Argentina es una “institución cerrada”, en los términos de la norma transcrita.

Por las razones expuestas, corresponde concluir que la ley 23.798 impide que la Policía Federal Argentina someta la sangre del demandante al test de HIV, salvo que éste lo consienta previamente.

13) Que debe abordarse ahora el agravio esbozado en el apartado “b)” del considerando 8°.

La ley 23.798 prevé que debe ser interpretada “teniendo presente que en ningún caso pueda: “[...] afectar la dignidad de las personas [...], [ni] incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina [...]” (conf. art. 2°, ley 23.798).

Del lenguaje de estas normas se desprende que uno de los propósitos de quienes redactaron esta ley, fue el de proteger los derechos señalados en el párrafo precedente. Propósito que se logra, entre otros medios, por vías del requisito del consentimiento previo mencionado supra.

En efecto, no se advierte qué sentido tendría el requisito del consentimiento previo, si no fuera el de dar protección a tales derechos.

Dentro de este marco, parece claro que si se admitiera la validez del consentimiento previo implícito, se frustraría notablemente el aludido propósito del legislador. Efectivamente, es fácil imaginar los graves problemas probatorios y los equívocos que podrían originarse si se admitiera que el consentimiento implícito fuera legalmente válido. Nadie podría estar seguro si alguna vez, de algún modo, en algún lugar, consintió implícitamente ser sometido al test de HIV.

Por estas razones, debe concluirse que la ley 23.798 establece que la persona a ser sometida al test de HIV debe consentirlo de modo expreso. Es decir que, por regla general, no es válido el consentimiento implícito a ser sometido a dicho test. Y, por ello, debe rechazarse el agravio de la apelante reseñado en el considerando 4°, apartado “b”.

14) Que corresponde examinar ahora el asunto esbozado en el apartado “c)” del considerando 10.

Este problema se aborda en autos porque de los hechos probados en las instancias ordinarias, se infiere que existen probabilidades ciertas de que el actor se negará a ser sometido a un nuevo test de HIV (ver consid. 6°, sexto párrafo). De este modo, si no se resolviera en el “sub lite” el problema de cuáles son las consecuencias jurídicas de tal negativa, un nuevo pleito probablemente se originará inmediatamente después de concluida la presente causa. Con el fin de procurar evitar dicho pleito, y teniendo en cuenta la relevancia de los derechos en juego, esta Corte considera necesario abordar la cuestión señalada en el apartado “c)” del considerando 10.

Sobre este punto, debe indicarse que —en principio— la negativa de un integrante de la Policía Federal Argentina a ser sometido al test de HIV no origina consecuencia jurídica alguna.

Ello es así, porque, en el estado actual del conocimiento científico, el riesgo de transmisión del virus HIV en la mayoría de los empleos es marcadamente bajo (conf. Charles D. Duran, “Mandatory testing of public employer for the human immunodeficiency virus: the fourth amendment and medical reasonableness”, pág. 721, primer párrafo *Columbia Law Review*, abril 1990, vol. 90, N° 3, 1990). Esto se debe a que el virus HIV no se transmite por el contacto que habitualmente se produce en la mayoría de los trabajos (conf. Doyle, Sean C., “HIV-Positive, equal protection negative”, *The Georgetown Law Journal*, pág. 384, segundo párrafo, vol 81, num 2, diciembre de 1992).

Sin embargo, la regla indicada en el párrafo tercero de este considerando, puede reconocer excepciones. Tal sería, por ejemplo, el supuesto en que la Policía Federal Argentina demuestre que se configuran —simultáneamente— los siguientes dos requisitos:

a) que por la índole de la tarea que desarrolla el policía que se niega a ser sometido al test de HIV, existen serios riesgos de transmisión del virus de HIV a terceros, en la hipótesis de que éste fuera portador del dicho virus.

Este requisito “a” se considerará cumplido si la Policía Federal Argentina describe, con precisión, qué tipo de tarea realiza dicho integrante. Y, además, explica por qué tal tarea, en el supuesto de que dicha persona sea portadora del virus HIV, origina serios riesgos de transmisión del virus a terceros.

b) que la salud de los aludidos terceros no puede ser resguardada sino por el pase a retiro obligatorio de tal integrante.

Este requisito “b” se funda en el criterio de que determinadas restricciones a derechos fundamentales —como el derecho a trabajar aquí en juego— no deben extenderse más allá de lo estrictamente necesario para la obtención del fin que aquéllas persiguen (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano “in re” D. 346. XXIV “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus”, de fecha 19 de octubre de 1995); ver, en análogo sentido, la jurisprudencia de la Corte norteamericana “in re” Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York 447 US 557, sptes. 569 a 571 —1980— Posadas de Puerto Rico Associates, 478 US 328, 340 —1986— entre otros.

Si se cumplieran simultáneamente los dos requisitos indicados en este considerando, el derecho a trabajar del aludido integrante de la policía cedería frente al riesgo de contagio del virus HIV a terceros. Y, por ello, la Policía Federal Argentina podría pasar a dicho integrante a retiro obligatorio.

Por lo expuesto, se confirma la sentencia de fs. 140/144 vta. en cuanto ha sido materia de agravios, con la aclaración de que, si la Policía Federal decidiera practicar un nuevo test de HIV al actor, deberá atenerse a las pautas indicadas en este pronunciamiento. Costas a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Téstese el nombre del actor en las copias de este fallo que se den a publicidad, con base en lo dispuesto en el artículo 164 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Medicamentos - Salud pública - Ley 16.463 (15).

Laboratorios Rontag s/ ley 16.463. 12/05/1998 - Fallos: 321:1434.

Antecedentes:

La justicia nacional en lo penal económico revocó la disposición 3992/94 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, que imponía multas a Laboratorios Rontag y a su director técnico por la publicación en diarios de difusión general de un nuevo producto, autorizado bajo la modalidad de venta bajo receta.

La Corte Suprema por mayoría revocó la sentencia.

El juez Petracchi en voto concurrente agregó que la conducta se encuentra subsumida en el art. 19, inc. d de la ley 16.463 toda vez que la relevancia del aviso publicado en la parte central de un diario de distribución nacional e internacional lo convirtió en tan visible para el público medio que es inválido sostener que su “único” destinatario había sido el cuerpo médico.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Publicación de medicamentos. Prohibición.** (Mayoría: Considerandos 4º y 6º, voto del juez Petracchi: considerando 8º)
- b) **Interpretación ley 16.463 art. 19 incs. c y d.** (Mayoría: Considerandos 7º, voto del juez Petracchi: considerando 8º)

Estándar aplicado por la Corte:

- Si el propósito del art. 19 inc. "d" la ley 16.463 es evitar que se lleve a conocimiento del público en general la existencia de productos cuya venta ha sido autorizada solamente "bajo receta" resulta indiferente que el anuncio se haya realizado con la exclusiva finalidad de comunicar al "cuerpo médico", al no ser relevante este aspecto de la conducta si, al mismo tiempo, resultaba evidente que el medio elegido eran diarios de amplia circulación en el país, lo que suponía la difusión pública prohibida por la norma.

- Para que la conducta encuadre en el inc. "d" del art. 19 de la ley 16.463 no es necesario que el anuncio induzca de algún modo a la automedicación o consumo del producto sin control médico; pero si en el inc. c de la ley se exigió la concurrencia de ese requisito para penalizar los anuncios de productos de venta libre, la ausencia de tal previsión respecto de los de venta "bajo receta", unida a la categórica expresión de que queda prohibida "Toda forma de anuncio al público", demuestra que la simple difusión pública pone en peligro la salud pública, que es el bien jurídico tutelado.

(15) **Nota de Secretaría:** Ley de medicamentos: importación y exportación.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 12 de mayo de 1998.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de Medicamentos Alimentos y Tecnología Médica en la causa Laboratorios Rontag s/ ley 16.463”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento del juez nacional en lo penal económico que revocó la disposición N° 3992/94 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica por la que se habían impuesto multas a la firma Laboratorios Rontag y a su director técnico, el organismo estatal dedujo recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que los agravios de la apelante suscitan cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, toda vez que se encuentra en juego la interpretación, alcance y aplicación de una ley federal —16.463— y la decisión ha sido contraria a la pretensión que la apelante fundó en dicha norma (art. 14, inc. 3º, ley 48).

3º) Que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos: 311:1042), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (Fallos: 313:1007).

Sólo cuando la aplicación textual de la ley conduce a resultados tan irrazonables que no sería justo atribuirle a la intención del Congreso, cabe que los jueces den por sobrentendida la excepción a la letra de la ley (Fallos: 310:112).

4º) Que el art. 19, inc. d, de la ley 16.463, como así también el art. 37 del decreto reglamentario 9763/64, al fijar las prohibiciones establecen como tal a “toda forma de anuncio al público de los productos cuyo expendio sólo haya sido autorizado ‘bajo receta’”.

5º) Que el juez consideró que la conducta del laboratorio que publicó en dos diarios de difusión general el anuncio de un nuevo producto, autorizado bajo la modalidad de venta bajo receta archivada, no se adecuó al tipo penal pues estaba dirigido a personas determinadas, esto es, al “cuerpo médico”. Valoró además que el bien jurídico protegido por la norma —la salud pública— no se había vulnerado en tanto —expresó— “resulta evidente que el anuncio en cuestión no induce en sus términos a la automedicación, ni al consumo sin control médico de la medicación en cuestión”.

6º) Que el propósito de la prohibición es evitar que se lleve a conocimiento del público en general, por cualquier medio, la existencia de productos cuya venta haya sido autorizada solamente “bajo receta”. De ese modo, resulta indiferente que el anuncio se hubiera realizado con la exclusiva finalidad de comunicar al “cuerpo médico”, pues no es relevante este aspecto de la conducta si, al mismo tiempo, resultaba evidente que el medio elegido para tal fin, esto es, la publicación en dos diarios de amplia circulación en el país (diarios “Clarín” y “La Nación”), suponía la difusión pública prohibida por la norma.

7º) Que, por otra parte, para que la conducta encuadre en el supuesto contemplado en el art. 19, inc. d) de la ley, no es necesario que el anuncio induzca de algún modo a la automedicación o consumo del producto sin control médico. En efecto, si en el inc. c) del mismo artículo se exigió la concurrencia de este requisito para penalizar los anuncios de productos de venta libre, la ausencia de tal previsión respecto de los de venta “bajo receta”, unida a la categórica expresión de que queda prohibida “toda forma de anuncio al público”, demuestra que la simple difusión pública de éstos —a criterio del legislador— pone en peligro la salud pública, que es el bien jurídico tutelado por la norma.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al juzgado de origen para que por medio de quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con el presente. Agréguese la queja al principal. Exímese a la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica de efectuar el depósito correspondiente al art. 286 del Cód. Procesal Civil y Comercial, cuyo pago se encuentra diferido de acuerdo con lo prescripto en la acordada 47/9 conf. fs. 222 vta.). Notifíquese y remítase. Julio S. Nazareno. — Eduardo Moliné O’Connor. — Carlos S. Fayt. — Augusto C. Belluscio. — Enrique S. Petracchi (según su voto). — Antonio Boggiano. — Guillermo A. F. López. — Adolfo R. Vázquez. — Gustavo A Bossert.

VOTO DEL SENOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que la firma Laboratorios Rontag publicó, según ha sido probado en las instancias ordinarias, un anuncio en el diario La Nación. En él se expresó lo siguiente:

“Laboratorios Rontag informa al Cuerpo Médico, que con acuerdo de Pharmascience Inc. de Canadá, proveedor de Clorhidrato de Tacrine, se encuentra en el comercio su producto Cognitiv. [El clorhidrato de Tacrine es la] Primera droga autorizada por la F.D.A. para la enfermedad de Alzheimer leve o moderada. Cognitiv se expende bajo receta archivada para ser utilizado exclusivamente por el especialista (disposición ANMAT 1680/94)”. (fs. 53).

Este aviso fue publicado en la primera sección de dicho diario, en la parte central de la página n.º 5, el martes 16 de agosto de 1994. Su tamaño fue de 16 x 16 centímetros.

2º) Que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (en adelante “Anmat”), ordenó a dicho laboratorio y a su director técnico que pagaran una multa de diez mil pesos cada uno. Dicha multa fue principalmente basada en que Rontag había violado cierta norma a raíz de la publicación del transcripto anuncio (conf. resol. N.º 3992 emitida por el ANMAT)

Dicha norma prevé que “[q]ueda prohibido:[...] Toda forma de anuncio al público de los productos cuyo expendio sólo haya sido autorizado ‘bajo receta’” (conf. inc. d, del art. 19, ley nacional 16.463, titulada “Contralor de drogas y productos utilizados en medicina humana”; en adelante, “la norma”).

3º) Que el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N.º 1 revocó la aludida sanción. Fundó su sentencia en dos argumentos, a saber:

a) “[...] la prohibición de la norma recae sobre toda forma de anuncio al público de productos de expendio bajo receta. El laboratorio sancionado utilizó un medio de difusión públi-

ca para anunciar al cuerpo médico que se encuentra en el comercio el producto en cuestión, por lo tanto en principio no viola la prohibición en tanto el anuncio no es al público, sino a personas determinadas [...]” (fs. 120 vta.);

b) “[...] el anuncio [...] no induce [...] a la automedicación, ni al consumo sin control médico de la medicación en cuestión, por lo que a la falta de adecuación típica ha de sumarse entonces la falta de afectación al bien jurídico tutelado, con lo que la conducta enrostrada es justificada [...]” (ibídem).

4º) Que el ente estatal articuló recurso extraordinario federal contra dicha sentencia, el que, al ser denegado dio origen al recurso de queja en examen.

5º) Que en su primer agravio el apelante asevera que el “[...] objetivo de la [norma] es el de prohibir sencillamente todo tipo de publicidad, anuncio, aviso, información que esté dirigido al público en general. Lo cual [...] incluye el medio o vehículo para canalizar el mismo ya que dice ‘forma’, por tanto la publicidad [...] efectuada por la firma sancionada viola [...] los principios básicos [de dicha norma]” (fs. 139).

Además, el diario en el que se publicó el anuncio (es decir, La Nación) está dirigido a la gran mayoría de la población del país. “[...] También el anuncio no se realizó en un sector ‘perdido’ [de él] sino en una parte destacada” (fs. 139).

6º). Que este agravio es formalmente admisible pues se encuentra en cuestión el alcance de la ley federal N° 16.463 y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en ésta —conf. inc. 3º, art. 14, ley 48 y caso “Cisilotto”, Fallos: 310:112 (año 1987)—.

El argumento alegado por el a quo para rechazar el recurso extraordinario —basado en la tardía introducción de la cuestión federal— es erróneo. En efecto, la exigencia del oportuno planteo de dicha cuestión no rige en supuestos como el de autos, en el que, como se señaló, se encuentra en debate el alcance de una norma federal (caso “Giménez”, Fallos: 311:185, considerando 4º —año 1988—).

7º) Que una larga línea de precedentes afirma que el lenguaje de las leyes es la primera fuente que debe examinarse para determinar el significado de éstas (considerando 6º del caso P. 835 XXXI “Piñeiro, María Elvira s/sucesión ab intestato”, resuelto el 11 de febrero de 1997; considerando 6º del caso K. 20 XXVI “Kunkel, Carlos Miguel c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, del 18 de marzo de 1997, entre muchos otros).

Asimismo, cuando una palabra no técnica no ha sido definida por el Congreso, en principio debe atribuírsele su alcance ordinario o natural (caso “Bianchi”, Fallos: 248:111, considerando 6º —año 1960— caso “Puloil”, Fallos: 258:75, considerando 8º —año 1964—; ver, en el derecho norteamericano, “Perrin v. United States”, 444 U.S. 37, 42 (1979) -en este precedente se sostuvo que un “canon fundamental de interpretación de la ley establece que, a menos que se haya señalado otra cosa, las palabras deben interpretarse sobre la base de su significado ordinario, contemporáneo y común”; ver, en similar sentido el caso “John Angus Smith, Petitioner v. United States, The United States Law Week”, Volumen 61, N° 45, página 4505 —párr. 1º de la segunda columna—1º de junio de 1993).

8º) Que la norma pertinente en autos establece, en lo que interesa, que “[q]ueda prohibido: [...] Toda forma de anuncio al público de los productos cuyo expendio sólo haya autorizado ‘bajo receta’” (conf. inc. d, del art. 19, ley 16.463; hincapié agregado).

El significado ordinario de la expresión “toda forma de anuncio al público”, en los términos de la norma transcrita, es lo suficientemente amplio como para incluir a aquellos avisos como el del sub examine. Esto es, publicado en La Nación (un diario de distribución nacional e internacional) en la parte central de la página N° 5 de su primera sección; y con un tamaño de 256 centímetros cuadrados.

La relevancia del periódico señalado —sumado a la prominente ubicación y dimensiones del aviso— lo convirtió en tan visible para el público medio que es inválido sostener que su “único” destinatario había sido el cuerpo médico.

Por esta razón, considero que la conducta examinada en el sub lite se encuentra subsumida en el inc. d) del art. 19 de la ley nacional 16.463.

9º) Que, a mayor abundamiento, la aludida interpretación de la norma en estudio también encuentra sustento en el debate realizado en el Congreso cuando ésta fue sancionada.

El diputado Torriglia afirmó:

“Voy a proponer un agregado al inc. “d” de este artículo” [19].

“El inciso establece que es infracción ‘toda forma de anuncio al público de los productos cuyo expendio sólo haya sido autorizado bajo receta’. Propongo que se agregue al final de esta cláusula la frase: ‘sin expresar esta circunstancia’. Vale decir que en virtud de este agregado la propaganda de todo producto cuyo expendio deba ser bajo receta deberá hacerse con la expresión de esta circunstancia; de lo contrario esta propaganda será considerada como infracción” (conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, p. 161, correspondiente a la sesión del 7 de mayo de 1964).

Las Comisiones de Asistencia Social y Salud Pública, de Comercio y de Asuntos Constitucionales, en dictamen de mayoría, representadas por el diputado Schapira, expresaron: “[...] mantenemos el artículo tal como está redactado” (ibidem.). Y al someterse a votación, la Cámara de Diputados aceptó la propuesta de dichas comisiones (ibidem.).

8º) Que, por otra parte, para que la conducta encuadre en la norma en examen, no es necesario que el anuncio induzca de algún modo a la automedicación o al consumo del producto sin control médico.

En efecto, si en el inc. c del art. 19 de dicha ley se exige la concurrencia del requisito señalado en el párrafo anterior para penalizar los anuncios de productos de “venta libre”, la ausencia de tal previsión respecto de los de venta “bajo receta” (unida a la categórica expresión de que queda prohibida “toda forma de anuncio al público”), demuestra que la sola difusión de éstos en avisos como el de autos pone en peligro —a criterio del Congreso— a la salud pública. Por este motivo también es erróneo el segundo argumento desarrollado por el a quo (ver supra, apartado b del considerando 3º).

9º) Que lo expuesto no importa abrir juicio sobre los agravios desarrollados por las partes que, por ser prematuros, no han sido estudiados en esta sentencia.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al juzgado de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con la presente. Agréguese la queja al principal. Exímese a la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tec-

nología Médica de efectuar el depósito correspondiente al art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de acuerdo con lo prescripto en la acordada 47/91. Confr. fs. 222 vta.). ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Derecho a la salud integral - Medicina prepaga - Ley 24.754 (16) - Nosocomio público - Internación - Menores - Convención sobre los Derechos del Niño.

Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. 11/06/1998 - Fallos: 321:1684.

Antecedentes:

La Policlínica Privada de Medicina y Cirugía, en la que se encontraba internada —en terapia intensiva— una menor, promovió demanda de amparo contra la resolución del secretario de salud de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, que había denegado su traslado a un hospital público con sustento en que aquélla y su padre contaban con cobertura privada.

El alcance del plan asistencial estaba siendo cuestionado en el marco de un juicio comercial iniciado por el progenitor contra la amparista.

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al revocar la resolución de primera instancia, admitió la pretensión y ordenó a la Municipalidad que cesara en la negativa de recibir a la menor en un establecimiento asistencial dependiente de su gestión, sin que ello importara una orden de traslado inmediato, requiriendo el pedido expreso de sus progenitores, en razón del juicio comercial en trámite, en el cual la jueza interviniente había decretado una medida cautelar innovativa impidiendo el traslado de la paciente hasta tanto se resolviera ese proceso.

La Corte Suprema, —por mayoría— desestimó la queja. Sostuvo que no había quedado demostrada la existencia de arbitrariedad en la resolución apelada ni la existencia de cuestión federal alguna que hubiese hecho precedente su intervención.

El juez Nazareno votó concurrentemente aplicando el art. 280 del CPCCN. El juez Vázquez, en su voto, sostuvo que no procedía que la Municipalidad pudiera invocar (cosa que no hizo) —ante el pedido de internación formulado por la amparista— la existencia de una ley o norma concreta que le autorizara a denegar la prestación de terapia intensiva en un nosocomio público en una situación de emergencia como la del caso en examen.

Algunas cuestiones a resolver:

a) Obligación del Estado respecto al derecho a la salud. (Considerandos 5º a 9º).

(16) **Nota de Secretaría:** Ley que establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, determinadas “prestaciones básicas” dispuestas por las obras sociales.

- b) **Obligación de internación de servicios de medicina prepaga.** (17) (Considerandos 6º a 8º).
- c) **Compensación de los servicios prestados por nosocomios públicos a personas con cobertura privada.** (Considerando 9º).



Estándar aplicado por la Corte:

- No se impone a los servicios de medicina prepaga el mantenimiento de enfermos en terapia intensiva por períodos superiores a los fijados en los contratos de adhesión suscriptos con sus clientes —siquiera con una interpretación amplia del espíritu de la ley 24.754—. (18)

- El art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño —ratificada por ley 23.849— impone a los estados partes la obligación de reconocer a todos los niños el derecho al beneficio de la seguridad social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de ese derecho.

- El art. 20 in fine de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires autoriza la compensación de los servicios prestados a personas con cobertura privada, de manera que el hecho de existir esa protección no podía llevar a la comuna a dejar de suministrarle el servicio en detrimento de la salud de una persona, sin perjuicio de que la administración del hospital pueda recuperar del respectivo servicio asistencial, los gastos ocasionados por la atención del vecino, en los límites de la obligación que tiene acordada dicho servicio con quien solicitó su atención.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 11 de junio de 1998.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la empresa Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. promovió demanda de amparo contra la resolución del secretario de salud de la entonces Municipalidad de la Ciudad

(17) **Nota de Secretaría:** En algunos casos, como la disidencia del juez Maqueda, que remitió al dictamen de la señora Procuradora Fiscal en la causa “Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. (Femédica) c/ DNCI-DISP 1270/03 (EX S01-0081440/03)”, se analizó la aplicación de sanciones a entidades de medicina prepaga por parte de la Dirección de Defensa del Consumidor en los términos de la ley 24.240 (Fallos: 331:2614).

(18) **Nota de Secretaría:** Respecto a las obligaciones de las entidades de medicina prepaga, se pronunció el señor Procurador Fiscal en la causa “Sartori, Karina Mabel c/ Cemic Empresa de Medicina Prepaga”. La Corte, por mayoría, en Fallos: 328:4747, declaró improcedente el recurso en los términos del art. 280 del CPCCN. Los jueces Fayt y Maqueda, en disidencia, remitieron al dictamen citado.

de Buenos Aires que había denegado el traslado de una menor —internada en terapia intensiva en un sanatorio de su propiedad— a un hospital público con sustento en que aquélla y su padre contaban con cobertura privada.

2º) Que la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —al revocar la resolución de primera instancia— admitió la pretensión y ordenó a la demandada que cesara en la negativa de recibir a la menor en un establecimiento asistencial dependiente de su gestión, sin que ello importara una orden de traslado inmediato, la cual requerirá del pedido de los progenitores en razón del juicio comercial en trámite entre el padre de aquélla y la amparista, que versa sobre los alcances del plan asistencial asumido por ésta y donde la magistrada interviniente decretó una medida cautelar innovativa que impide el traslado de la paciente hasta tanto se resuelva ese proceso.

3º) Que la vencida dedujo recurso extraordinario y tachó de arbitraria a la sentencia recurrida pues, según sostiene, la resolución apelada se inmiscuye en el ámbito de decisiones propias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y deja sin efecto la citada medida cautelar innovativa en violación a la prohibición del art. 2º, inc. b, de la ley 16.986 que declara inadmisibles toda acción de amparo cuando el acto impugnado emana del Poder Judicial.

4º) Que también la recurrente ha requerido la descalificación de la sentencia recurrida por falta de fundamento normativo de los argumentos utilizados por el a quo que ha tutelado los intereses económicos de la amparista en perjuicio de los derechos de la niña, cuyo traslado no ha sido requerido por su progenitor quien, por el contrario, ha manifestado su disconformidad al respecto con anterioridad al pronunciamiento apelado.

5º) Que los agravios de la apelante vinculados a la supuesta identidad entre dicha medida precautoria y el objeto del amparo, a la falta de sustento normativo del pronunciamiento y a la errónea apreciación de las constancias de la causa, sólo reflejan sus discrepancias con el criterio del a quo que se ha basado en fundamentos de hecho y derecho común y procesal, ajenos -como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, máxime cuando no ha podido ser demostrada la arbitrariedad de la apreciación realizada en ese sentido por la sentencia recurrida.

6º) Que, respecto a los otros cuestionamientos, la demandada no ha mencionado ley o norma concreta alguna que imponga a los servicios de medicina prepaga el mantenimiento de enfermos en terapia intensiva por períodos superiores a los fijados en los contratos de adhesión suscriptos con sus clientes, de manera que no es posible -siquiera con una interpretación amplia del espíritu de la ley 24.754- entender que corresponda denegar la prestación de terapia intensiva en un nosocomio público, tal como dispuso el secretario de salud de la demandada ante el pedido de internación formulado por la amparista.

7º) Que el remedio federal no ha refutado el argumento del a quo en el sentido de que la oposición de la demandada al traslado de la niña a un establecimiento público no arancelado, resultaba excesivo con sustento en lo dispuesto por el art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que garantiza el derecho a la salud integral y que establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria.

8º) Que, asimismo, la recurrente no ha formulado crítica suficiente a los fundamentos esgrimidos por el a quo para admitir el amparo con sustento en el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño —ratificada por la ley 23.849— que impone a los estados partes de ese tratado la obligación de reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la

seguridad social y de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de ese derecho.

9º) Que, de todos modos, el art. 20, in fine, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires autoriza la compensación de los servicios prestados a personas con cobertura privada, de manera que el hecho de existir esa protección no podía llevar a la comuna a dejar de suministrarle el servicio, sin perjuicio de que la administración del hospital pueda recuperar del respectivo servicio asistencial, como compensación económica, los gastos ocasionados por la atención del vecino, en los límites de la obligación que tiene acordada dicho servicio con quien solicitó su atención.

10) Que, por tales motivos, no ha quedado demostrada la existencia de arbitrariedad en la resolución apelada ni la existencia de cuestión federal alguna que haga procedente la intervención de la Corte en una cuestión que se refiere a materias normalmente ajenas a su competencia extraordinaria.

Por ello, se desestima esta presentación directa. Atento a que la recurrente ha solicitado -en los términos de la acordada 47/91 dictada por esta Corte- la partida presupuestaria necesaria para atender el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde intimar a la demandada para que una vez que se haya asignado dicha partida haga efectivo el referido depósito, bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y resérvese en la Mesa de Entradas. JULIO S. NAZARENO (*por su voto*) — EDUARDO MOLINE O'CONNOR — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LOPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (*por su voto*).

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S. NAZARENO

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima esta presentación directa. Atento a que la recurrente ha solicitado —en los términos de la acordada 47/91 dictada por esta Corte— la partida presupuestaria necesaria para atender el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde intimar a la demandada para que una vez que se haya asignado dicha partida haga efectivo el referido depósito, bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y resérvese en la Mesa de Entradas. JULIO S. NAZARENO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando: Que el suscripto coincide con el voto de la mayoría, con exclusión del considerando 6º, el que expresa en los siguientes términos:

6º) Que, respecto a los otros cuestionamientos, debe agregarse, que no procede que la demandada pueda invocar (cosa que no hizo) —ante el pedido de internación formulado por la amparista— la existencia de una ley o norma concreta que le autorizara a denegar la prestación de terapia intensiva en un nosocomio público en una situación de emergencia como la configurada en el caso en examen.

Por ello, se desestima esta presentación directa. Atento a que la recurrente ha solicitado —en los términos de la acordada 47/91 dictada por esta Corte— la partida presupuestaria necesaria para atender el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde intimar a la demandada para que una vez que se haya asignado dicha partida haga efectivo el referido depósito, bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y resérvese en la Mesa de Entradas. ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

Afiliación obligatoria - IOMA - Sistema jubilatorio - Principio de solidaridad.

Nowinski, Elsa Alicia s/ inconstitucionalidad art. 16 de la ley 6982. 23/02/1999 - Fallos: 322:215.

Antecedentes:

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires rechazó la demanda de inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 6982 deducida por la actora que disponía la afiliación obligatoria de los jubilados y pensionados del Instituto de Previsión Social al Instituto de Obra Médico Asistencial IOMA. La recurrente interpuso el recurso extraordinario que denegado dio origen a la queja.

La Corte —por mayoría— declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó la sentencia.

El juez Vázquez en disidencia dejó sin efecto la sentencia, declaró la inconstitucionalidad de dicha norma y habilitó a la actora a que optara por el servicio de salud que considerara adecuado. Sostuvo que el hecho de que IOMA no brinde la cobertura médica necesaria y adecuada para la atención de la actora quita razonabilidad a la afiliación compulsiva que dispone la ley y que no se adecua a los fines cuya realización procura consagrando una manifiesta iniquidad.

Algunas cuestiones planteadas:

a) Afiliación obligatoria – Principio de solidaridad (19) (Mayoría: Considerandos 3º y 4º; Disidencia del juez Vázquez: Considerandos 4º a 6º).

(19) **Nota de Secretaría:** En el precedente “Acosta, Graciela Alejandra” (Fallos: 323:200) la Corte Suprema desestimó la queja en base a la inadmisibilidad del recurso extraordinario (art. 280 del CPCCN). En disidencia el juez Vázquez dejó sin efecto la sentencia. Entre otras cosas sostuvo que la obligatoriedad de la afiliación a una obra social debe cesar si no se concreta el beneficio que la justifica y además, pone en peligro el derecho a la salud del afiliado. Dijo que al tratarse de una obra social debe verse una proyección de los principios de la seguridad social a los que el art. 14 de la CN concede carácter integral. Deben preservar la salud de sus afiliados por lo que la actividad que asumen es trascendental, se dirige a la protección de garantías constitucionales, la vida, la seguridad y la integridad de las personas. La Constitución Nacional a través del art. 75, inc. 22 ha incorporado el derecho a la salud como reflejo del avance de los derechos humanos. En el caso “Albónico, Guillermo Rodolfo y otro” (Fallos: 324:1550) la Corte dejó sin efecto la sentencia que admitió la demanda de amparo a fin de que se les permitiera a dos jubilados ejercer la opción conferida en el art. 16 de la ley 19.032 —creación del PAMI— para permanecer afiliados al Instituto de Obra Social y continuar utilizando los servicios médicos asistenciales que recibían mientras se desempeñaban en la actividad laboral.

- b) **Justicia social – Seguridad social** (Mayoría: Considerando 5º; Disidencia del juez Vázquez: Considerando 7º).



Estándar aplicado por la Corte:

- No resulta ni irrazonable, ni confiscatorio o violatorio de los arts. 14, 17, 28, 33 y 116 de la Constitución Nacional ni de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la afiliación obligatoria al IOMA —art. 16 ley 6982—, sino que encuentra fundamento en el art. 14 bis de la Constitución Nacional para cuyo cumplimiento se recurre al principio de solidaridad social que puede llegar a legitimar que contribuyan al sistema de seguridad social aquéllos que no obtuvieran beneficio alguno por tal aporte.

- La justicia social consiste en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella. Esta quedaría desvirtuada frente a planteos que sólo atienden a necesidades personales en desmedro del bienestar general y conducen a la desfinanciación de la seguridad social.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

-I- La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, con sustento en que el caso federal invocado no guarda relación directa con la solución de la causa —que estima fundada en derecho local- y en que, *prima facie*, no se advierte la arbitrariedad alegada con base en el presunto dogmatismo del decisorio, desestimó el recurso extraordinario impetrado contra la sentencia de mérito (fs. 114/114 vta. del expte. Principal).

-II- Contra dicha decisión se alza en queja la actora. Reitera en su presentación, que existen en autos cuestiones federales constitucionales que habilitan la instancia; a lo que añade, que obrando alegada arbitrariedad, el hecho de tratarse de derecho local, en tanto aquélla se relaciona de manera directa e inmediata con las garantías de la ley 23.054 y arts. 18 y 31, Constitución Nacional, nada obsta a la procedencia del remedio.

-III- En ocasión de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del art. 16 de la ley 6982 (texto según ley 10.595), que dispone la afiliación obligatoria de los jubilados del Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires al Instituto de Obra Médico-Asistencial (I.O.M.A) y frente a la crítica de la actora de que vulnera sus derechos de asociación, propiedad y salud, en tanto la compele a permanecer afiliada a una obra social que no le provee prestaciones satisfactorias (arts. 9º, 27, 43 y 44 C. Bs. As., según texto de 1934; y 14, 17, 28 y 33, Constitución Nacional), la Corte Suprema local sostuvo que la eficiente o ineficiente prestación, no se relaciona con la validez constitucional del precepto en abstracto ni hace a su razonabilidad; precisando que la única cuestión susceptible de revisarse por la vía intentada (arts. 149, inc. 1, C. Bs. As. y 683 ccs. y sgs., CPCC Bs. As.) es la concordancia entre la norma y el texto constitucional.

Enfatizó, desde su doctrina sobre la razonabilidad —según la cual, ella requiere en fin público y un medio apropiado, no manifiestamente inicu- que la frustración de los objetivos perseguidos por la norma —en el caso, la realización de los fines médico-asistenciales del Estado para sus agentes (art. 1º de la ley 6982)- por una ineficiente ejecución, no atañe a la razonabilidad, toda vez que su análisis —dijo- respecto de la constitucionalidad de las leyes, debe verificarse en el ámbito de sus propias previsiones y no sobre los resultados de su aplicación, circunstancia que comportaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas.

Puntualizó, en ese orden, que la propia actora admitió la existencia de un deterioro paulatino en la calidad de las prestaciones, de lo que infringió, que no es el artículo atacado el que afectó sus derechos e intereses, sino las medidas adoptadas por el organismo de aplicación.

Refirió, además, tras recordar el carácter no absoluto de los derechos reconocidos en la parte dogmática de la constitución que la adhesión obligatoria a un sistema de seguridad social no transgrede la libre asociación y el derecho de propiedad, si encuentra su justificación en la necesidad de solventar un sistema de salud destinado a un grupo determinado de personas con derecho a iguales prestaciones y si esa contribución, que, por otra parte, beneficia a la propia actora, no deviene confiscatoria de su patrimonio, lo que no acontece con un aporte limitado al 4,5% de su haber jubilatorio (art. 12, ley 6982).

Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación por la que se declara impertinente la invocación de las citadas cláusulas constitucionales, cuando la cuestión atañe a la incorporación solidaria de afiliados a entes de previsión y seguridad social; máxime cuando esos aportes sobrevienen, también, en beneficios para el propio pagador, aun cuando en ocasiones —refiere el precedente— se admitió la constitucionalidad de la exigencia respecto de quienes marginados de esos beneficios (fs. 92/95 vta. del expte. principal).

-IV- Sobre la base de afirmar que el decisorio vulnera los derechos a la salud, vida, libre asociación y propiedad, así como la jerarquía normativa sentada por el propio texto constitucional (arts. 3, 17 y 20, Declaración Internacional de los Derechos Humanos; 4º, Pacto de San José de Costa Rica —ley 23.054—; y 14, 17, 28,31, 33 116 y 117, Constitución Nacional), la actora dedujo el remedio federal previsto en el art. 14 de la ley 48.

Tras relatar un conjunto de episodios demostrativos del —a su entender— deterioro prestacional del IOMA, acusó que la ley 6982 no cumplimenta con los objetivos ni el modo de gobierno previstos por el art. 14 bis de la Constitución Nacional —como arbitrariamente aceptó el juzgador— discrepando con el criterio expuesto en orden a que los resultados del funcionamiento del sistema no han de ser estimados a fin de evaluar la razonabilidad del dispositivo, más aún frente a lo acaecido en el orden nacional, donde enfrentado a un problema similar el gobierno desreguló esos servicios; caracterizando al aporte, en esas condiciones, como similar a un tributo, con el agravante que la obligatoriedad de su pago le impedirá seguir solventado un servicio médico-privado eficiente.

Rechazó que siendo malo el resultado de una ley pueda alejarse su independencia respecto del mismo; que el porcentaje establecido para la contribución por este concepto le implique sólo un pequeño sacrificio y que constituya un ejemplo razonable de solidaridad los aportes que se le imponen como funcionaria jubilada del Estado Provincial, toda vez que carecen de contraprestaciones, también razonables, para sus afiliados —en este caso particular,

la demandante— e impiden que quienes pueden solventar cuotas de medicinas pre-pagas, puedan prescindir del uso de los hospitales públicos.

Sostuvo que por hallarse en colisión varios preceptos de la Constitución Nacional con una norma provincial se configura una cuestión federal constitucional.

Adujo, además, insuficiente fundamentación del proveído recurrido, por considerar desvirtuados y desvalorizados principios constitucionales con base en doctrina no aplicable al caso y en favor de una solidaridad no fundamentada ni demostrada, lo que lo tornó dogmático y con sustento sólo aparente (fs. 98/108 del expte. principal).

-V- En mi opinión, el recurso federal estuvo en parte mal denegado, pues resulta formalmente procedente en lo que atañe a la causal del art. 14, inc. 2º, de la ley 48, toda vez que, habiendo sido cuestionada la validez constitucional de una ley provincial, la decisión fue favorable a dicho dispositivo. En efecto, como se destacó precedentemente tras recordar el carácter no absoluto de los derechos, el a quo, citando jurisprudencia de la Corte, estimó que los que la actora invoca no se ven lesionados cuando la cuestión involucra la incorporación solidaria de afiliados a entes de previsión y seguridad social; máxime cuando los aportes (en el caso, los del art. 16 de la ley 6982), no confiscatorios, sobrevienen, además, en beneficios para el propio obligado.

Dicha procedencia, sin embargo, no alcanza a los agravios que se vinculan con la garantía del art. 14 bis, toda vez que, conforme se desprende de las constancias de fs. 23/29, dicha cuestión no fue oportunamente introducida (Fallos: 300:520; 302:346; 304:770), siendo propuesta recién con la apelación extraordinaria; más aún cuando de su tardía proposición, particularmente destaca el agravio referido a la ausencia de participación de los interesados en la administración del I.O.M.A. (v. fs. 43 y 56 vta.), cuestión ni siguiera tangencialmente arrimada al tribunal o rozada por él en su pronunciamiento.

En lo relativo a los fundamentos con base en la arbitrariedad, por su parte, los que, en atención a su naturaleza y al tratamiento precedente de los agravios constitucionales basados en el art. 14, inc. 2º, ley 48, sólo cabe considerar en lo referido al derecho local, estimo que la presentación no logra poner en evidencia los defectos que se alegan. Ello es así, porque se limita a discrepar con el criterio expuesto en el resolutorio relativo a los alcances de la acción de inconstitucionalidad y al modo en que la razonabilidad debe ser apreciada, sin aportar elementos demostrativos del supuesto error descalificatorio en que hubiera incurrido el a quo. No resulta hábil, a ese respecto, la alusión al deterioro prestacional del I.O.M.A. o a la habilitación de regímenes nacionales de la seguridad social de índole optativa, ya que su sola invocación no controvierte la caracterización que de aquellos institutos efectuara el juzgador; máxime, frente a la excepcionalidad que atañe a la causal invocada (Fallos: 303:841; 306:1529), la que se encarece tratándose de decisiones de superiores tribunales de provincia (Fallos: 308:641).

-VI- En cuanto a la cuestión federal propiamente dicha, estimo que el remedio carece de sustento como para conmovir la decisión de mérito, toda vez que se limita también aquí a discrepar con sus fundamentos, pero sin aportar elemento alguno que revele con la eficacia necesaria el equívoco en que habría incurrido el a quo. Por lo pronto, no se evidencia que resulte inatente la doctrina citada en el decisorio, que, dicho sea, es la reiterada postura de esa Corte (ver Fallos: 313:1100). En tal sentido, si la crítica alude a la referencia de Fallos:

286:198, cabe entenderla infundada, desde que su doctrina se dirige a justificar la incorporación compulsiva a organismos de previsión y seguridad social, lo que coincide con la hipótesis de marras; e irrelevante si concierne a los precedentes locales, desde que ellos son sólo invocados en respaldo de una conclusión autónoma del a quo —a saber: que la contribución no vulnera la propiedad privada de la actora— y previa advertencia de que sólo guardan “cierta similitud” con los obrados (ver fs. 94; expte. principal).

En el mismo orden debe inscribirse el argumento referido al porcentaje del aporte, toda vez que, más allá de que él pueda significar un sacrificio mayor al que el juzgador admite, no logra ponerse de resalto su pretendido carácter irrazonable o confiscatorio, no habiéndose alegado ni probado arbitrariedad en la apreciación por el a quo de la limitación que la contribución significa para el patrimonio de la presentante.

Finalmente, idéntico déficit cabe referir al ataque dirigido al principio de solidaridad contributiva esgrimido por el juzgador como fundamento de la obligatoriedad del aporte, desde que la crítica vertida, antes que a evidenciar las presuntas debilidades del argumento, se dirigió a proponer una noción alternativa de aquél, en el estricto marco de lo que constituye la última ratio del orden jurídico, no apta para controvertir, una caracterización distinta del principio, en tanto ello no excede de la mera discrepancia.

De ese modo, frente a una presentación de esa noción admisible de sacrificios porcentualmente variados y aún, en hipótesis, de falta de beneficios, la quejosa se ciñe a oponer una versión favorable a una proporcionalidad mayor entre aportes y contraprestaciones, insuficiente, por sí misma, para poner de relieve el presunto error ínsito en la primera.

Nada obsta a todo ello, la alegación de gravedad institucional introducida a fs. 60 que, contra las constancias de autos, se afirma que es reiteración de la expuesta en el principal, en tanto la misma, carente de todo desarrollo, no excede la mera afirmación dogmática, en el marco de la excepcional doctrina de V.E. respecto de su admisibilidad y máxime cuando, en rigor, dicha construcción pretoriana de V.E. no configura, por sí, una cuestión federal, sino un andamiaje valedero para habilitar el recurso extraordinario en los casos en que no media naturalmente el cumplimiento de todos los recaudos de admisión previstos en la ley 48 (Fallos: 311:1490, 1762; 312:246, 640; 313:863).

Por lo expuesto, considero que corresponde desestimar la queja intentada. Buenos Aires, 28 de octubre de 1997. Nicolás Eduardo Becerra.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 23 de febrero de 1999.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Elsa Alicia Nowinski en la causa Nowinski, Elsa Alicia s/ inconstitucionalidad art. 16 de la ley 6982”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que rechazó la demanda de inconstitucionalidad deducida por la actora respecto del art. 16 de la ley 6982 —redacción de la ley 10.595— que dispone la afiliación obligatoria de los jubilados y pensionados del Instituto de Previsión Social al Instituto de Obra Médico Asisten-

cial —I.O.M.A.—, aquélla interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que la vía federal es formalmente admisible por hallarse en tela de juicio la validez de una norma local por ser contraria a la Constitución Nacional y la decisión del a quo ha sido a favor de la constitucionalidad de aquélla (art. 14, inciso 2º, de la ley 48).

3º) Que la recurrente, además de sostener que la afiliación obligatoria al I.O.M.A. es violatoria de los arts. 14, 17, 28, 33 y 116 de la Constitución Nacional, afirma que el fallo es dogmático, carece de fundamentación y no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados en la causa, ya que para declarar la validez del art. 16 de la ley 6982 la Corte local se fundó en un fallo de este Tribunal que no guarda directa analogía con el caso, pues había sido dictado en una causa en donde estaba en tela de juicio la afiliación obligatoria al sistema jubilatorio.

4º) Que no se advierte que la afiliación obligatoria al I.O.M.A. y sus correspondientes aportes resulten irrazonables, confiscatorios o violatorios de las garantías constitucionales invocadas ni de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde que tal prescripción también encuentra su fundamento en una norma de rango constitucional —art. 14 bis—, para cuyo efectivo cumplimiento se recurre, entre otros principios, al de solidaridad social que, como ha resuelto esta Corte, incluso puede llegar a legitimar que contribuyan al sistema de seguridad social quienes, por diversos motivos, no obtuvieran beneficio alguno por tal aporte (Fallos: 291:409).

5º) Que, al respecto, cabe destacar que la materia en examen rebasa el cuadro de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en el de la justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella (Fallos: 300:836), cometido que quedaría desvirtuado frente a planteos que, más allá de revelar las deficiencias de determinada parte o rama del sistema, sólo atienden a necesidades personales en desmedro del bienestar general y conducen a la desfinanciación de la seguridad social.

6º) Que tampoco son hábiles a fin de demostrar la impugnación constitucional los agravios fundados en la insuficiente atención, falta de cobertura y restricción en descuento del precio de medicamentos por parte del organismo médico local respecto de las necesidades de la interesada, ya que tales circunstancias, además de no guardar relación directa con la aplicación de la norma impugnada por ser el efecto de causas o decisiones administrativas extrañas a ella y cuya validez no fue impugnada, remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba que son ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

7º) Que no se aprecian en el fallo los vicios de arbitrariedad alegados por la recurrente, máxime cuando, descartada la inconstitucionalidad de la norma en juego, el a quo se limitó a citar un precedente de este Tribunal que no obstante remitirse a una causa donde se discutía la afiliación obligatoria a un régimen jubilatorio local, daba una adecuada respuesta a los agravios que la interesada había fundado en la garantía de libre asociación y en el derecho a la propiedad en razón de aplicarse principios de la seguridad social que son comunes a las leyes que, como en el caso, crean y regulan el funcionamiento de obras sociales.

8º) Que, a su vez, debe tenerse en cuenta que los derechos y garantías reconocidos por la Constitución no son absolutos y están sujetos -en tanto no se los altere sustancialmente- a las leyes que reglamenten su ejercicio (Fallos: 310:1045; 311:1176, 1438, 1565; 312:1082; 314:1376,

entre otros), doctrina en la que se encuentra expresamente incluido el derecho de asociación (Fallos: 311:1132).

9º) Que no obsta a lo decidido el hecho de que para el ámbito nacional se hayan sancionado normas que establecen una nueva regulación para el funcionamiento de determinadas obras sociales en las que se reconoce la facultad de elección a sus beneficiarios, ya que la relación jurídica que vincula a la recurrente con el I.O.M.A. no resulta alcanzada por dichas normas y en el ámbito local no han sido sancionadas leyes análogas a aquéllas, por lo que tal argumento no resulta útil al momento de ponderar la validez constitucional del art. 16 de la ley 6982.

Por ello, y de acuerdo a lo dictaminado por el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Reintégrese el depósito de fs. 1. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINE O'CONNOR — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ANTONIO BOGGIANO — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (*en disidencia*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º, 2º y 3º de la mayoría.

4º) Que si bien es cierto que la obligatoriedad de la afiliación responde, entre otras razones, al principio de solidaridad en virtud del cual todos los integrantes de la comunidad deben colaborar a fin de que los beneficios de la seguridad social lleguen oportunamente a cada uno de ellos, no es menos cierto que tal principio no es absoluto ya que si de su aplicación se deriva un estado de desamparo por la falta de prestación de los servicios médicos adecuados para la atención del contribuyente con riesgo para su salud y su vida, dicha pauta se desnaturaliza y debe ser dejada de lado a fin de hacer efectivas las garantías constitucionales que la motivan (arts. 14 bis y 42 de la Constitución Nacional).

5º) Que, por otro lado, la afiliación obligada como excepción a la libertad de elección es lícita en la medida que importe un beneficio o incluso cuando, en determinadas circunstancias, no depare prestación alguna (Fallos: 291:409); sin embargo, si de tal restricción, además de no concretarse el beneficio que la justifica se pone en peligro el derecho a la salud del afiliado, la obligatoriedad debe cesar pues ya no es la financiación de una obra social o el respeto de ciertos principios en la materia lo que se presenta en crisis, sino los derechos garantizados por la Constitución Nacional.

6º) Que las consideraciones precedentes no importan un cambio en la interpretación que esta Corte ha efectuado respecto de la vigencia del principio de solidaridad social y del deber que tiene cada individuo, como parte de la sociedad, de contribuir a la realización del bienestar general mediante su aporte a los sistemas de salud o regímenes previsionales, sino sólo la adecuación de ese principio y de las obligaciones que en él se fundan a las especialísimas circunstancias del sub examine a fin de conciliar, por un lado, la validez del sistema contributivo y, por el otro, las garantías constitucionales en juego.

7º) Que, en tales circunstancias, el hecho de que el I.O.M.A. no brinde la cobertura médica necesaria y adecuada para la atención de la actora quita razonabilidad a la afiliación compulsiva que dispone la ley 6982 -según el texto del art. 2º de la ley 10.595- en la medida que dicho

medio no se adecua a los fines cuya realización procura, consagrando una manifiesta iniquidad que justifica -en el caso en examen- declarar la inconstitucionalidad del art. 16 de dicho estatuto y habilitar a la interesada para que, bajo su responsabilidad, opte por el servicio de salud que considere más adecuado a sus necesidades.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Reintégrese el depósito de fs. 1. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

Personal médico - Servicio de asistencia a la salud - Responsabilidad civil - Mala praxis.

Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios. 06/07/1999 - Fallos: 322:1393.

Antecedentes:

Se inicia demanda por indemnización de daños y perjuicios sufridos como consecuencia del fallecimiento del hijo de la actora, derivado de la mala praxis médica de la que dijo haber sido objeto. La Corte hizo lugar a la pretensión.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Profesional médico. Mala praxis. Prueba.** (Considerando 4º).
- b) **Profesional médico. Diligencia.** (Considerando 8º).
- c) **Servicio de asistencia a la salud de la población. Prestación. Responsabilidad.** (Considerando 9º).

Estándar aplicado por la Corte:

- En los juicios sobre responsabilidad médica la prueba debe versar sobre los actos u omisiones del profesional que demuestre una actividad negligente, imprudente, o la falta de la pericia necesaria, y no sólo sobre el resultado negativo del tratamiento o de la intervención quirúrgica, pues no queda comprometida la responsabilidad si la conducta considerada reprochable no está probada suficientemente. (20)

(20) **Nota de Secretaría:** Respecto a la ponderación de elementos probatorios en procesos donde se analiza la responsabilidad por mala praxis de profesionales médicos, puede consultarse la disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi y del juez Bossert en "Turrión, Rubén Darío y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficiencia en Buenos Aires - Hospital Italiano" (Fallos: 325:2095), el criterio de la mayoría en "Lapido, Eduardo Rubén c/ Sanatorio Privado Figueroa Paredes y otros" (Fallos: 325: 2202), la disidencia de los jueces Fayt y Vázquez en R. 471 XXXIII. "Rozenblat,

- Al médico interviniente le es exigible el cumplimiento de los principios y técnicas de su disciplina y la aplicación del mayor celo profesional en la atención del enfermo pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales.
- Para que funcione la responsabilidad médica basta acreditar la impericia profesional y que medie una relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido. (21)
- Quien contrae la obligación de prestar un servicio —en este caso, de asistencia a la salud— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.
- El adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 6 de julio de 1999.

Vistos los autos: “Schauman de Scaiola, Martha Susana c/Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, de los que

Resulta:

I) A fs. 13/20 se presenta Martha Susana Schauman de Scaiola, por medio de apoderado, e inicia demanda contra el doctor Juan Manuel Padrón y el Hospital Regional de Río Gallegos —Ministerio de Asuntos Sociales— Gobierno de la Provincia de Santa Cruz por indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del fallecimiento de su hijo Esteban Ricardo Humberto Scaiola derivado de la mala praxis médica de la que dice haber sido objeto. Manifiesta que el 16 de enero de 1991, alrededor de las 14, su hijo sufrió una caída de consideración mientras practicaba andinismo, a raíz de la cual recibió un fuerte golpe abdominal y heridas en el mentón con desprendimiento de dientes y pérdida de conocimiento. Sus acompañantes, Pablo Díaz Valentín y el teniente del Ejército Argentino Fabián Iribaz, la suministraron calmantes y permanecieron con él durante el resto del día. El accidentado pudo regresar por sus propios medios, restableciéndose en los días posteriores, a pesar de que se quejaba de un fuerte dolor en las costillas y en la zona abdominal.

Alberto c/ Porcella, Hugo y otros”, sentencia de fecha 10 de mayo de 1999 y disidencia de los jueces Moliné O’Connor, Boggiano y López en la causa R. 381 XXXIII “Richards, María Teresa c/ Montoreano, Isidoro Eduardo”, sentencia de fecha 20 de junio de 1999.

(21) **Nota de Secretaría:** La Corte se ha pronunciado respecto a la arbitrariedad de pronunciamientos que no realizaban una adecuada ponderación de los extremos conducentes para el reconocimiento de responsabilidad médica por mala praxis en pronunciamientos tales como “Turrión, Rubén Darío y otros c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano” (Fallos: 325:2095), y “Lapido, Eduardo Rubén c/ Sanatorio Privado Figueroa Paredes y otros” (Fallos: 325:2202).

El día 19 llegaron a Calafate, donde le tomaron radiografías y le hicieron análisis que establecieron que se encontraba en general bien, pero permaneció en observación hasta el día 21 en el que se le dio el alta con la condición de que se efectuara mayores estudios en Río Gallegos. El 23 llegaron a esa ciudad y fue internado inmediatamente en el Hospital Regional, donde al día siguiente fue atendido por el doctor Padrón, quien le recetó reposo y antibióticos y la aplicación de suero. El 26 Díaz Valentín le reclamó al citado profesional por una más profunda atención toda vez que el accidentado presentaba síntomas de empeoramiento y porque en los tres días de internación sólo lo habían revisado un par de veces y de manera superficial. Le consultó también la posibilidad de trasladarlo a Mendoza, a lo que le contestó que “hiciera lo que a él le pareciera”. El domingo 27 tuvo signos de agravamiento: falta de apetito, respiración entrecortada y orina sumamente oscura. Se consultó, entonces, con el doctor Lambertini —médico de guardia de El Calafate— y con el doctor Ferreyra, ambos profesionales del Hospital Regional. El primero advirtió a simple vista que su estado había empeorado y que su opinión era operar pero que se tenían que atener a lo que dijera el médico encargado de su atención.

Ante el ostensible agravamiento de Scaiola se solicitó al doctor Padrón la adopción de nuevas medidas, pero su actitud fue reticente, esquivada y desaprensiva, y no prestó atención al progresivo deterioro de salud del paciente. La falta de cuidado y asistencia en el hospital hizo que sus amigos y parientes reconsideraran la posibilidad de trasladarlo a Mendoza, lo cual fue nuevamente consultado con el doctor Padrón, quien otorgó la correspondiente autorización. Al llegar al aeropuerto el piloto del avión, con sólo observar al paciente, advirtió que no podía ser trasladado en esas condiciones, por lo que regresaron inmediatamente al nosocomio.

Ante la desesperada requisitoria de los allegados, el doctor Cortez —director del hospital— junto con el doctor Ludelman decidieron operar en forma urgente. La intervención fue practicada por este último y el doctor Padrón. A las 5 de la mañana del martes siguiente su estado de salud empeoró y el miércoles 30 Esteban Scaiola falleció.

Practica liquidación de los montos que reclama consistentes en daño emergente y daño moral. Dentro del primero solicita los gastos de viajes, traslado de los restos, sepelio, el valor vida y la pérdida de chance. Ofrece prueba documental, hace la reserva para la designación de un perito médico, funda en derecho su pretensión y pide que se haga lugar a la demanda, con costas.

II) A fs. 45/46 la parte actora amplía la prueba y a fs. 163/164 se la rechaza por haber sido presentada fuera de término.

III) A fs. 53/57 vta. la Provincia de Santa Cruz contesta la demanda. Niega los hechos y el derecho tal como los invoca la actora y manifiesta que de la historia clínica del Hospital “Dr. José Formenti” de Calafate se desprende el real estado de salud en que se encontraba Scaiola y que en atención a su agravamiento es que se dispuso su derivación. Agrega que lo cierto es que el paciente presentaba una esplenomegalia (bazo e hígado grande) que se revelaba ya en los análisis practicados en El Calafate como, así también, con la ecografía y demás estudios realizados. Sostiene que el golpe recibido por la caída no fue la causa del fallecimiento, como tampoco lo fue la presunta mala praxis, ni el resultado de una actuación profesional sin la prudencia y diligencia suficientes y adecuadas. Considera que nada debe en concepto de indemnización. Ofrece prueba y pide que se rechace la demanda, con costas.

IV) A fs. 66 contesta Juan Manuel Padrón. Niega, también, los hechos y el derecho invocados por la actora. Expresa que tanto él como el grupo de médicos que atendió a Scaiola puso a

su disposición los lógicos cuidados y atención, más aún cuando su estado se agravó, y que la actora siempre fue tenida al tanto de la evolución de su hijo. Manifiesta que visitó al paciente varias veces por día durante su internación y además fue evaluado en las recorridas de sala que efectúan rutinariamente los médicos. La conducta que adoptó frente al cuadro que presentaba fue la de esperar la evolución clínica y el resultado de algunos exámenes que estaban pendientes, como el de laboratorio seriado y la ecografía. Agrega que la derivación del paciente a Mendoza fue solicitada desde su ingreso al hospital pero que se concedió cuando se consideró que estaba en las condiciones mínimas para ser trasladado. La secuencia diagnóstica que se siguió con los exámenes de laboratorio no indicó en ningún momento signos de sangrado evidente que aconsejaran una intervención; hemodinámicamente el paciente siempre permaneció con el pulso y la tensión arterial estables, sin taquicardias ni soplos, etc.; las radiografías de tórax no demostraban ningún dato de valor patológico; lo que sí persistió desde su ingreso fue la ictericia, que se incrementó con el transcurso de los días. Ofrece prueba y pide que se rechace la demanda, con costas.

Considerando:

1º) Que, de conformidad con lo resuelto a fs. 35, este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que el fallecimiento de Esteban Ricardo Humberto Scaiola y la legitimación de Martha Susana Schauman se encuentran acreditados con el certificado de defunción y la partida de nacimiento que en copia obran a fs. 6 y 5, respectivamente, y cuyos originales se encuentran reservados.

3º) Que la actora solicita la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica que culminó con la muerte de su hijo, la que es negada por los codemandados.

4º) Que en los juicios sobre responsabilidad de los médicos la prueba debe versar sobre los actos u omisiones del profesional que demuestren una actividad negligente, imprudente, o la falta de la pericia necesaria, y no sólo sobre el resultado negativo del tratamiento o de la intervención quirúrgica, pues no queda comprometida la responsabilidad si la conducta considerada reprochable no está probada suficientemente. Corresponde analizar, entonces, si a pesar de la escasa prueba producida en autos se ha logrado acreditar el reclamo.

5º) Que a fs. 130/157 obra la copia de la historia clínica correspondiente a Esteban Scaiola, emitida por el Hospital Regional Río Gallegos, cuyo original también se encuentra reservado. De ella se desprende que fue derivado por el Hospital Distrital "Dr. José A. Formenti" de la localidad de El Calafate, pues ante los síntomas que presentaba resultaba necesario realizar un estudio ecográfico y quizás una intervención quirúrgica. Asimismo, se informa que el hepatograma allí realizado hacía suponer la existencia de un hematoma hepático (ver fs. 157 y primera hoja del original de la historia clínica).

El paciente fue internado en el hospital regional el 23 de enero de 1991 y al día siguiente se le practicó el estudio ecográfico indicado. Se le realizaron varios análisis de sangre y hemogramas (ver fs. 133/136, 139 y 144/146) pero, casi todos ellos, sólo a partir del 28 de ese mes, salvo uno (ver fs. 139), toda vez que los que han sido agregados con fecha 26 de enero no corresponden a este enfermo sino a Barrientos y Valenzuela (ver fs. 140 y 141). El 28 se repitió, también, el examen ecográfico.

Es de destacar que, a pesar de la falta de coincidencia en las constancias de la historia clínica con respecto a la fecha en que se concedió el alta para su traslado a Mendoza (ver fs. 148

y 152), se puede establecer que fue otorgada precisamente el 28, día a partir del cual -como ya se ha dicho- se evidenció una más intensa atención como consecuencia del estado crítico que presentaba Scaiola en el momento de su reingreso al nosocomio. Ante tal circunstancia se decidió efectuar una intervención quirúrgica, consistente en una laparoscopia exploradora, tras la cual se produjo su deceso el 30 de enero (ver fs. 151 y original reservado).

Asimismo, cabe señalar que, al asentarse los antecedentes del paciente en la hoja titulada "Anamnesis y examen físico", se dejó expresamente indicado que desde su ingreso el 23 de enero "siguió evolucionando inestablemente con tendencia hacia la desmejoría" (ver fs. 155 y original), a pesar de lo cual el médico interviniente sólo se limitó a adoptar una actitud de espera.

6º) Que a fs. 190/195 obra el peritaje médico efectuado por el doctor Juan Carlos Ziella y a fs. 230/238 las aclaraciones que se le solicitaron, de cuyas conclusiones el Tribunal no encuentra razón para apartarse (art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) pues sus fundamentos no alcanzan a ser desvirtuados por las impugnaciones efectuadas por la Provincia de Santa Cruz a fs. 213.

7º) Que si bien en el informe citado en primer término, el perito, después de hacer una relación de los hechos, se refiere de manera general a los tratamientos seguidos en pacientes con síntomas similares y no específicamente al caso particular de Esteban Scaiola o, por lo menos, de una manera muy limitada, sí lo hace en las aclaraciones que presentó posteriormente.

Allí indica que, al momento de ingresar, el paciente presentaba un valor hematocrito muy bajo, lo cual constituía una alteración clínica relevante que obligaba "al profesional médico a profundizar las posibles causas (todas) a la luz de los evidentes acontecimientos traumáticos padecidos por Esteban Scaiola". Ya desde su internación en El Calafate el enfermo presentaba signos de infección, "la sepsis fue, sin duda, un factor complicante y de peso pronóstico en una patología abdominal traumática con hematomas múltiples". Agrega que con el estudio efectuado el 28 de enero el doctor Padrón era consciente de la esplenomegalia que padecía el paciente (ver resp. preg. a).

Considera que el no haber realizado un lavado peritoneal fue una importante omisión y que "fue errónea la actitud no intervencionista ante las demostrativas ecografías de los días 24 y 28 de enero, la desfavorable evolución clínica del paciente conjuntamente con datos humorales de compromiso hepático y renal progresivos" (ver resp. preg. b).

El lavado peritoneal se debería haber practicado "antes de la complicación sufrida el 28 de enero", el que estaba indicado ya a partir de la ecografía abdominal del 24, toda vez que la presencia de un recuento de glóbulos rojos superior a 100.000/mm³ pudo alertar sobre la inminencia de una laparotomía en caso de que el paciente sufriera una descompensación hemodinámica. Su omisión "privó al enfermo de una aproximación diagnóstica orientadora del especialista en cirugía, con implicancias pronósticas obvias". Por otra parte, "la realización de cultivos de sangre hubiera permitido asertar sobre bases bacteriológicas sólidas las pistas clínicas de sepsis; su inexistencia pudo haber incidido desfavorablemente en el pronóstico al optar por un empleo empírico de antibióticos en lugar de la fundamentación bacteriológica" (ver resp. preg. g y h).

El experto insiste en indicar que la segunda ecografía practicada reveló cambios anatómicos severos que obligaban a la realización de un lavado peritoneal y a una expectativa de intervención quirúrgica inminente (ver resp. preg. i).

Expresa, asimismo, que el cuadro general de Scaiola era de gravedad y que la indicación de reposo absoluto debió regir durante toda su internación. Su patología desaconsejaba cualquier traslado, sobretudo con el informe del último estudio a la vista (ver resp. preg. j). Sin embargo, el doctor Padrón a renglón seguido, y sin mención del estado clínico actualizado, consignó “se traslada a Mendoza a solicitud de sus familiares, como si la problemática médica se hubiera restringido a ese hecho”.

El perito estima que, debido a su inexperiencia, el doctor Padrón “no pudo jerarquizar el estado crítico de Scaiola, imponer su tutela profesional e impedir el traslado del enfermo en tales condiciones”. Debió haber dejada asentada en la historia clínica la presión familiar para el traslado -si realmente existió- porque eso “forma parte del desenvolvimiento médico institucional”. De haber sucedido de ese modo y “ante un alta prematura con traslado, los familiares deberían haberse notificado en la misma historia clínica de los riesgos que podría correr el paciente”. “Con constancia escrita de la obvia disconformidad del médico tratante frente a un posible traslado y en caso de su inevitabilidad debieron procurarse los medios idóneos”, “es decir por lo menos asegurarse la asistencia de un profesional médico especialista en Terapia Intensiva” que lo acompañara en el avión. De todo ello, dice el perito, “se concluye que hubo un manejo imprudente” (ver resp. preg. j).

8º) Que a tenor de lo hasta aquí expuesto queda demostrado que la conducta omisiva del médico interviniente fue la causa eficiente del daño. En efecto, a él le era exigible el cumplimiento de los principios y técnicas de su disciplina y la aplicación del mayor celo profesional en la atención del enfermo pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales y no lo hizo así, toda vez que sólo se limitó a observar la evolución del paciente sin tomar medida alguna a pesar de su estado cada vez más crítico.

Cabe destacar, que para que funcione la responsabilidad médica basta acreditar la impericia profesional y que medie una relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido, circunstancias que, tal como ya se señaló, han acontecido en el caso bajo estudio. En consecuencia el doctor Padrón debe responder al igual que su principal la Provincia de Santa Cruz.

9º) Que, en efecto, tal como lo ha decidido este Tribunal en reiteradas ocasiones, quien contrae la obligación de prestar un servicio —en este caso, de asistencia a la salud— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 307:821; 312: 343; 315:1892 y 317:1921).

Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad (Fallos: 306: 2030 y 317:1921, ya citados).

Cabe señalar, asimismo, que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demostrándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, más doloroso,

necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (Fallos: 306:178; 317:1921, ya citado).

10) Que corresponde, entonces, considerar la procedencia de los reclamos patrimoniales efectuados por la madre de Esteban Scaiola, y que comprenden el daño emergente y el daño moral. Dentro del primero incluye los gastos de viaje, traslado de los restos, gastos de sepelio, el valor vida y la pérdida de la chance.

11) Que, como ya lo ha señalado el Tribunal cuando los que solicitan la indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del fallecimiento de una persona son los padres, no rige la presunción iuris tantum contenida en los arts. 1084 y 1085 del Código Civil, la cual está restringida al caso del cónyuge sobreviviente y sus hijos menores o incapaces, con las salvedades contenidas en la última parte de la norma citada en segundo término. Por consiguiente, y si bien por aplicación del principio general del art. 1079 todo perjudicado tiene derecho a obtener una reparación del daño sufrido, al no ser dispensada de su prueba la reclamante debió haber acreditado la procedencia de la reparación pretendida (Fallos: 318:2003).

12) Que en autos no se aportó prueba que acredite que Esteban Scaiola contribuía a la asistencia económica de su madre. Más aún, en la demanda la actora manifiesta que su hijo era estudiante del primer año de la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad Nacional de Cuyo pero no invoca que desarrollara actividad laboral alguna, razón por la cual se infiere que su desaparición no le ocasionó, a la época del deceso, un perjuicio patrimonial cierto y actual que torne procedente el resarcimiento pretendido. Al respecto, cabe recordar que esta Corte ha dicho que “la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue” (Fallos: 316:912; 317:728, 1006 y 1921).

13) Que, con relación a la pérdida de la posibilidad de ayuda futura, este Tribunal ha decidido que si de lo que se trata es de resarcir la “chance” que —por su propia naturaleza— es sólo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte de un menor vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo de “chance” de cuya reparación se trata (Fallos: 308:1160). Por otro lado, tampoco cabe excluirla en función de la edad del fallecido, pues aun en casos como el del sub examine es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del Código Civil, y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde (conf. Fallos: 303:820 y 308:1160, considerando 4º).

De las constancias obrantes en la causa y en el beneficio de litigar sin gastos, que corre por cuerda, surge el estado de viudez y la escasez de recursos económicos de la actora por lo que resulta razonable admitir que la muerte del desafortunado joven importó la frustración de una

posible ayuda material, pues una comprensión objetiva y realista de la situación económico-social de la familia permite inferir con probabilidad suficiente la cooperación futura del hijo, máxime cuando la ponderación de su edad y la de la reclamante no excluye la probabilidad de tal asistencia. La pérdida de la chance aparece en el caso con la certeza necesaria para justificar su resarcimiento, por lo que en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se la fija en \$ 50.000.

14) Que, asimismo, cabe reconocer los gastos efectuados por la actora a consecuencia de los viajes que debió realizar, los correspondientes al traslado de los restos y los de sepelio. Con relación a los primeros, por tratarse de una erogación que, aunque no comprobada, necesariamente debió efectuar en atención a las circunstancias que rodearon el caso, se los estima en la suma de \$ 1.500 (art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Los dos restantes se acreditan con los recibos obrantes a fs. 8/9 y 12, cuyos originales se encuentran reservados, expedidos por la Cochería del Sur con fecha 31 de enero de 1991, por la suma de A 8.800.000, y por Sepelios Boito e Hijos con fecha 20 de febrero del mismo año, por A 1.000.000, importes que actualizados al 31 de marzo de 1991 ascienden a la suma de \$ 1.336,45 y 141, respectivamente.

15) Que también corresponde admitir el reclamo por daño moral. En efecto, la lesión a los sentimientos afectivos que lo fundamenta se intensifica en el presente caso si se tienen en cuenta las circunstancias que rodearon la difícil convalecencia de su hijo, la que, finalmente, culminó con su fallecimiento a una edad temprana. Por lo que se lo fija en \$ 100.000.

16) Que, en consecuencia, el monto total de la indemnización asciende a ciento cincuenta y dos mil novecientos setenta y siete pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 152.977,45). Los intereses deberán calcularse, respecto de los gastos de sepelio y traslado de los restos, a partir de la fecha en que fueron expedidos los recibos obrantes a fs. 8/9 y 12, y con relación a los demás rubros desde el 30 de enero de 1991 -fecha del deceso de Esteban Ricardo Humberto Scaiola- hasta el 31 de marzo de 1991 a la tasa del 6% anual.

A partir de allí y hasta el efectivo pago se devengarán los que correspondan según la legislación que resulta aplicable (Fallos: 316:165 y causa L.355.XXIII. "Lauguet Silveira, Esther y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 15 de julio de 1997).

Por ello, se decide: Hacer lugar a la demanda iniciada por Martha Susana Schauman de Scaiola contra Juan Manuel Padrón y la Provincia de Santa Cruz. En consecuencia, se condena a estos dos últimos a pagar dentro del plazo de treinta días, la suma de ciento cincuenta y dos mil novecientos setenta y siete pesos con cuarenta y cinco centavos (\$ 152.977,45). Los intereses se liquidarán de conformidad con las pautas establecidas en el considerando 16. Con costas (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Teniendo en cuenta la labor desarrollada y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6º, incs. a, b, c y d, 7º, 9º, 22, 37 y 39 de la ley 21.839, se regulan los honorarios de los doctores Carlos Daniel Tapia, Javier Pérez Gallart, Olaf Aaset y Edmundo José Correas, por la dirección letrada de la parte actora, en la suma de veintitrés mil seiscientos pesos (\$ 23.600); y los de los doctores Héctor Juan Granero y Néstor Argüelles, letrados patrocinantes del codemandado Juan Manuel Padrón, en la suma de siete mil doscientos pesos (\$ 7.200).

Asimismo, se fijan los honorarios del perito médico doctor Juan Carlos Ziella por los trabajos realizados a fs. 189/195 y sus explicaciones y aclaraciones de fs. 219 y 230/ 238, respecti-

vamente, en la suma de nueve mil doscientos pesos (\$ 9.200). Notifíquese y, oportunamente, archívese. JULIO S. NAZARENO — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LOPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

Acción de amparo - Derechos de incidencia colectiva - Legitimación - Asociaciones - Derecho a la vida - Derecho a la Salud - Estado Nacional - Ley 23.798 (22).

Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986. 01/06/2000 - Fallos: 323:1339.

Antecedentes:

El juzgado de primera instancia y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal hicieron lugar a la acción de amparo interpuesta por la Asociación Benghalensis, y otras entidades no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, solicitando que se cumpla con la obligación de asistencia, tratamiento, en especial, de suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país. El Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido.

La Corte —por mayoría— confirmó la sentencia recurrida.

En su disidencia, los jueces Nazareno, Fayt y Petracchi, postularon la desestimación del recurso por remisión al art. 280 del C.P.C.C.N.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Legitimación para accionar. Asociaciones** (Mayoría: Acápites VIII del Dictamen del Procurador General; Voto de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano, Considerando 7º, Voto del juez Vázquez, Considerando 10) (23).
- b) **Exigencia de “causa” en la tutela de intereses difusos** (Mayoría: Acápites VIII del Dictamen del Procurador General; Voto de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano, Considerando 7º).
- c) **Obligaciones del Estado Nacional y los Estados provinciales en la tutela del derecho a la salud y la lucha contra el SIDA** (Mayoría: Acápites X y XI del Dictamen del Procurador General al que remite la Mayoría; Voto de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano, Considerandos 15 a 17; Voto del juez Vázquez: Considerando 18).

(22) **Nota de Secretaría:** Norma que declara de interés nacional y regula la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

(23) **Nota de Secretaría:** La Corte analizó esta cuestión en la causa “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/E.N. —P.E.N.— Mº de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo” (Fallos: 329:4593).

***Estándar aplicado por la Corte:***

- El art. 43 de la CN reconoce expresamente legitimación para interponer la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa.

- La legitimación de una asociación surge de su carácter de titular de un derecho de incidencia colectiva como es la protección de la salud, cuando tienen por objeto la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el SIDA y sus patologías derivadas, además de accionar para el cumplimiento del objeto estatutario de su creación.

- La protección constitucional de intereses difusos no enerva la exigencia de que el poder judicial intervenga en el conocimiento y decisión de 'causas' (art. 116, C.N.).

- El derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida —garantizado por la CN—, y se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º, arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (24)

- Ley 23.798 (25) establece dos niveles de ejecución: el Estado Nacional como Autoridad de Aplicación Nacional y las autoridades locales —que pueden dictar normas complementarias— por lo que aquél es el responsable primario del cumplimiento frente a terceros del régimen único de lucha contra el SIDA —declarado de interés nacional— y debe otorgar el tratamiento adecuado, sin perjuicio de la responsabilidad que, ante aquél, le cabe a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas —obras sociales o sistemas de medicina prepagos—.

Texto del Fallo:**Dictamen del Procurador General**

Suprema Corte

I. A fs. 2/17 la Asociación Benghalensis y otras, en su carácter de entidades no gubernamentales que desarrollan actividades contra la epidemia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, promovieron acción de amparo a fin de que se obligue al Estado nacional -Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación- a cumplir con la asistencia, tratamiento y reha-

(24) **Nota de Secretaría:** En igual sentido: "Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados" (Fallos: 329:4918) y disidencia de los jueces Fayt, Maqueda y Zaffaroni en la causa "Rojo Rouviere, Rogelio Enrique c/ Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia" (Fallos: 332:1346), entre otros.

(25) **Nota de Secretaría:** Norma que declara de interés nacional y regula la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

bilitación de los enfermos del S.I.D.A. y, en especial, con el suministro de medicamentos, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 14, 20, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la ley 23.798 y su dec. regl. 1244/91.

Adujeron que la ley 23.798 declaró de interés nacional la lucha contra el S.I.D.A., y estableció que el Ministerio de Salud y Acción Social, por intermedio de la Subsecretaría de la Salud, es su Autoridad de Aplicación y está obligado a proveer los medicamentos y reactivos necesarios.

Afirmaron que, según los estudios nacionales e internacionales, la interrupción de los tratamientos resta efectividad a la droga ya suministrada a los pacientes y, por último, solicitaron que se disponga, como medida cautelar, la entrega de los medicamentos y reactivos que le hubieren sido requeridos por los programas provinciales y municipales y por cualquier persona física.

II. A fs. 207/210, el juez de primera instancia concedió la medida cautelar, e hizo saber al Ministerio de Salud y Acción Social (Secretaría de Recursos y Programas de Salud y del Programa de Lucha contra los Retrovirus Humanos —SIDE/ETS—) que debía adquirir y entregar, a cada uno de los efectores sanitarios del país, los reactivos y medicamentos incluidos en el Vademecum Básico del 13 de mayo de 1994 y los aprobados por la ANMAT durante 1995 y 1996.

III. El Estado nacional, a fs. 238/252, al contestar el informe requerido, en los términos del art. 8° de la ley 16.986, solicitó el rechazo de la acción de amparo, toda vez que, conforme aseguró, el Ministerio cumplió con la ley 23.798, en la medida en que ésta sólo le obliga a administrar un programa central del cual son parte importante otros similares que se desarrollan en los órdenes locales.

Expresó que los actores no se encuentran legitimados, pues no invocaron lesión a un derecho concreto y, con respecto al suministro de medicamentos, el Programa Nacional de Sida prevé un mecanismo de distribución a través de efectores externos —máximas autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires—. Por lo tanto, el Ministerio no es el único responsable, ya que aquéllas deben actuar exclusivamente ante el pedido de los pacientes, en la medida de sus posibilidades presupuestarias, y que, además, la Autoridad de Aplicación siempre entregó, a través del Programa Nacional, los medicamentos requeridos por las distintas jurisdicciones.

Por último, dijo que gestionó los fondos necesarios para el financiamiento del Programa y que el presupuesto es un acto institucional no sujeto al control de los jueces.

IV. A fs. 554/559, la jueza de 1ª instancia hizo lugar al amparo y condenó al Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a los enfermos que se encuentren registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país.

Para así resolver, sostuvo que el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación a las asociaciones en lo relativo a los derechos de incidencia colectiva en general, máxime en el “sub examine”, donde es necesario, por mandato legal —ley 23.798—, preservar la privacidad de los afectados a fin de evitar cualquier marginación o humillación.

Agregó que dicha ley declaró de interés nacional la detección, investigación, diagnóstico y tratamiento del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y que la Autoridad de Aplicación

de la ley es el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, por intermedio de la Subsecretaría de Salud, de tal forma que el Estado es responsable por la provisión de medicamentos, drogas y reactivos, ya que la problemática que plantea el S.I.D.A. no se agota en la persona de quien lo padece sino que sus consecuencias se trasladan a toda la sociedad por vía de contagio.

Sostuvo que, en el “sub lite”, el Estado no cumplió con el suministro de la totalidad de los medicamentos —entre ellos las drogas aprobadas por el ANMAT en 1996 (SAQUIVIR, RITONAVIR e INDINAVIR)— y que, si bien es cierto que la entrega de aquéllos se realiza a través de los centros efectores de la jurisdicción del paciente, en virtud de los convenios suscriptos, ello no puede interpretarse como un traslado de la responsabilidad del Ministerio a las otras jurisdicciones. De tal forma, el comportamiento que se espera del Ministerio, en su carácter de responsable primario de la atención de los enfermos, es que prevea esa necesidad y envíe, en tiempo oportuno, la nueva partida de la medicación al efector de la jurisdicción respectiva, para que éste pueda entregarla al paciente a su primer requerimiento, de forma tal que no se produzca interrupción del tratamiento.

Expresó que los argumentos de la demandada son contradictorios ya que, por un lado, dice que cumple debidamente con sus obligaciones y, por el otro, intenta minimizarlas al afirmar que sólo administra el Programa Nacional, del que son parte también todas las jurisdicciones sanitarias provinciales y la Ciudad de Buenos Aires que, a su vez, contribuyen a soportar los costos y la responsabilidad de las distintas acciones.

Con respecto a los fondos que tiene asignado el programa de lucha contra el S.I.D.A., dijo que no fue informado, con lo cual no puede saberse el monto que el Ministerio estimó en los ejercicios 1996, 1997 y 1998, pero que, de la transcripción de las manifestaciones del Secretario de Recursos y Programas de Salud en el informe de la demandada, resultaría que los programas no se desarrollan normalmente, en especial en lo atinente a la compra de medicamentos. Además, el Ministerio no acreditó hecho alguno que permita concluir que los efectores que recibieron la provisión de medicamentos en las cantidades requeridas no cumplieron con las demandas de los pacientes y que, aun en tal hipótesis, el Ministerio no se exime de responsabilidad.

A mayor abundamiento sostuvo que, de los informes suministrados por el Hospital Nacional de Pediatría “Prof. doctor Juan P. Garrahan”, la Coordinadora del Programa SIDA de la Secretaría de Salud de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, el Hospital General de Agudos “Juan A. Fernández”, el Hospital de Clínicas “José de San Martín”, el Hospital Nacional “Prof. A. Posadas”, y el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, por intermedio del Coordinador del Programa ETS y SIDA de ese Ministerio, surge que el demandado no cumplió su obligación, como Autoridad de Aplicación en el ámbito nacional, sobre diagnóstico, asistencia y tratamiento de los afectados por la enfermedad, incluyendo sus patologías derivadas, en violación del art. 1º de la ley 23.798 y colocando en grave riesgo no sólo a los pacientes afectados sino a la toda la comunidad.

V. A fs. 586/588, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal (sala I) confirmó el fallo de primera instancia. Para así resolver, sostuvieron sus integrantes que los actores están debidamente legitimados, toda vez que la acción de amparo puede ser interpuesta contra “cualquier forma de discriminación” por el “afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines”, en la medida en que estén registradas y autorizadas para funcionar. Con relación al agotamiento de otros medios procesales, advir-

tieron que, en el “sub examine”, se constataron los reclamos al Ministerio de Salud y Acción Social tendientes a que se procediera a regularizar y garantizar el suministro de medicamentos y reactivos necesarios para la asistencia y tratamiento de los pacientes.

Manifestó que, en virtud de la manda constitucional de proteger la vida y la salud (conf. Preámbulo, arts. 14, 14 nuevo, 18, 19 y 33), del cumplimiento de los pactos con jerarquía constitucional y de la ley 23.798, surge que el Estado nacional tiene la obligación específica de luchar contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, a través de programas que persigan la detección, investigación, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, así como su prevención, asistencia y rehabilitación; máxime cuando, como sucede en el caso, se encuentra potencialmente en peligro toda la comunidad.

En síntesis, el accionar del Estado de incumplir o cumplir mal con su deber de proveer los medicamentos constituye una omisión que roza la violación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional, ante la cual este remedio excepcional del amparo asume, en principio, el perfil del remedio judicial adecuado.

VI. A fs. 591/607, el Estado nacional interpuso recurso extraordinario, al considerar que lo decidido resulta violatorio del derecho de propiedad y de los principios de la defensa en juicio, de división de poderes y de la supremacía de las leyes formales (arts. 17, 18 y 31, Constitución Nacional). Expresó que el primero de esos principios fue lesionado a través de una interpretación errónea de la ley 23.798 y que, en el “sub lite”, existe una relación directa e inmediata con el derecho constitucional a la salud de toda la población.

Sostuvo que existe gravedad institucional, toda vez que la decisión cuestionada excede el mero interés individual de las partes y afecta de modo directo a la comunidad, pues el a quo omitió tratar los reales alcances de la ley 23.798 y su juego armónico con la ley de presupuesto, y que afecta la política de salud que compete al Ministerio en el marco de la ley específica y en la organización de la distribución del crédito asignado por el Presupuesto Nacional. Máxime, por las proyecciones que para el futuro pueda tener la decisión que en definitiva recaiga y su incidencia en los legítimos intereses de la economía nacional.

Adujo, también, arbitrariedad de sentencia, ya los jueces omitieron tratar cuestiones traídas a su conocimiento, interpretaron arbitrariamente el derecho aplicable y se apartaron de las constancias de la causa y de la normativa vigente, toda vez que no examinaron el contenido de las normas invocadas como fundamento de las defensas planteadas, y condenaron exclusivamente al Ministerio a proveer medicación, a través de carriles institucionales que no dependen de él.

Dijo que los amparistas no están legitimados, ya que no acreditaron cuál es el interés que defienden o cuáles son los pacientes afectados y que no existe un caso judicial, pues no se produjo lesión, restricción, alteración o amenaza a derecho constitucional alguno.

Afirmó que, por un lado, el art. 1º de la ley 23.798 contempla el tratamiento, detección, investigación, diagnóstico, tratamiento, prevención, asistencia y rehabilitación de la enfermedad y de sus patologías derivadas y, por el otro, el art. 4º prevé que las autoridades sanitarias deben desarrollar los programas destinados al cumplimiento de los cometidos descriptos por el art. 1º y gestionar los recursos necesarios para su ejecución. De tales disposiciones normativas el a quo infiere, erróneamente, que el Ministerio está obligado, de manera exclusiva, a proveer los medicamentos, con exclusión del resto de las jurisdicciones sanitarias, sin advertir que ejecutarlo en cada una de ellas estará a cargo de las respectivas

autoridades sanitarias. A mayor abundamiento, la responsabilidad es compartida por los Estados locales, toda vez que la Constitución Nacional y las Constituciones Provinciales prevén el derecho a la salud.

Expresó que el sistema de salud tiene en nuestro país una organización de tipo federal, ya que la responsabilidad de los Estados provinciales no ha sido delegada a la Nación y, en tal sentido, las propias constituciones provinciales han reafirmado su carácter local. Por ello, los efectores sanitarios dependen de las provincias y municipios. En el caso particular, si las provincias no envían en tiempo y forma la información necesaria, dificultan o imposibilitan el cumplimiento del Programa del SIDA, no existe responsabilidad del Estado nacional.

En tal sentido, el fallo del a quo liberó injustificadamente a las provincias de su obligación primaria de asistencia, ya que sólo condenó a la Autoridad Nacional de Aplicación al cumplimiento de la ley. El art. 21 refuerza dicha interpretación al fijar que los gastos que demande el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4º serán solventados por la Nación y por los respectivos presupuestos de cada jurisdicción. Además, el Ministerio siempre cumplió acabadamente con las disposiciones de la ley 23.798 “dentro del presupuesto asignado, con disponibilidad y aplicación al Programa” y todas las jurisdicciones sanitarias del país deben arbitrar los medios para propender a su ejecución y gestionar los recursos para su financiación y ejecución, sin perjuicio del cometido del Ministerio de administración, asistencia técnica y coordinación.

El Programa Nacional de SIDA, con respecto a las pruebas de laboratorio y a la entrega de medicamentos, estableció un mecanismo que se realiza a través de efectores externos -no dependientes del Estado Nacional- constituidos por las máximas autoridades sanitarias de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires. Sobre esa base, efectúan sus requerimientos al Programa y satisfacen, a través de los hospitales y centros sanitarios de cada jurisdicción, las necesidades de los enfermos.

En síntesis, el a quo, al condenar únicamente al demandado a la provisión de las drogas a todos los enfermos inscriptos, desconoció la ley 23.798, que obliga a los efectores a entregar los medicamentos; la ley 24.455 que impone la cobertura a las obras sociales y, por último, la ley 24.754 que hace extensiva dicha obligación a los sistemas de medicina pre pagos.

Sostuvo, por último, que el presupuesto es un acto institucional no sujeto a control judicial, toda vez que lo contrario importaría contradecir el principio de división de poderes y, además, porque aquél es insusceptible de afectar en forma directa e inmediata derechos de terceros.

VII. A fs. 614, la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal concedió el recurso extraordinario, por encontrarse debatido el alcance e interpretación de una norma federal y lo denegó por arbitrariedad, debido a lo cual el Ministerio interpuso recurso de queja ante V.E.

VIII. Así planteadas las cosas, corresponde expedirse, en primer término, sobre la legitimación de los actores para deducir la presente acción de amparo en defensa de sus intereses y el de sus representados. En tal sentido, el art. 43 de la Constitución Nacional reconoce expresamente legitimación para interponer la acción expedita y rápida de amparo sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa, entre ellos, las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, entre otros, los de incidencia colectiva.

Al respecto, este Ministerio Público ha sostenido que la Constitución Nacional, en virtud de la reforma introducida en 1994, contempla nuevos mecanismos tendientes a proteger a usuarios y consumidores y, para ello, amplió el espectro de los sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se limitó a aquéllos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (“in re”: S.C.A.95 L.XXX “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Prov. de Buenos Aires, y otro s/ acción declarativa”, del 29 de agosto de 1996) y, de acuerdo con ello, en tales autos, se ha expedido V.E., al rechazar la excepción de falta de legitimación, mediante sentencia del 22 de abril de 1997.

Estimo oportuno aclarar que, conforme surge de los estatutos de los amparistas, Asociación Benghalensis, Fundación Descida, Fundación para estudio e investigación de la Mujer (FEIM), Asociación Civil Intilla, Fundación R.E.D., Fundación CEDOSEX (Centro de documentación en sexualidad), Fundación Argentina pro ayuda al niño con SIDA, y la Asociación Civil S.I.G.L.A., tienen por objeto la lucha contra el SIDA y, en consecuencia, están legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la ley 23.798 y de su decreto reglamentario.

Así lo pienso, toda vez que fundan su legitimación para accionar, no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA.

Sin perjuicio de lo expuesto, y tal como lo ha sostenido V.E. “in re”: “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo”, en sentencia del 7 de mayo de 1998, la incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional, en nada enerva la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por un acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda, a los efectos de viabilizar la acción de amparo. En efecto, según aclaró la Corte, “no ha sido objeto de reforma, en tal sentido, la exigencia de que el Poder Judicial intervenga en el conocimiento y decisión de ‘causas’ (art. 116, Constitución Nacional), con el alcance que este Tribunal reiteradamente otorgó a dicha expresión. Así, desde antiguo señaló que dichas ‘causas’ son aquéllas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas”. Más aún, agregó V.E. que “desde otro ángulo, ha de puntualizarse que la protección que el nuevo texto constitucional otorga a los intereses generales, no impide verificar si éstos, no obstante su compleja definición, han sido lesionados por un acto ilegítimo, o existe amenaza de que lo sean”.

En este sentido, es necesario recordar que el Tribunal ha declarado que, siempre que la petición no tenga un carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa, sino que responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuya ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, constituye una causa en los términos de la Ley Fundamental (conf., entre otros, 310:606, 977 -La Ley, 1987- D, 341- y 2812).

Según mi parecer, es dable concluir que, en el “sub examine”, se configura un caso contencioso, en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional y del art. 2º de la ley 27, para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, toda vez que existe un perjuicio concreto, actual e inminente, por la falta de provisión de los reactivos o medicamentos, diferenciado de la situación en que se hallan

las demás personas y, en especial, con relación a las consecuencias por la no detección y asistencia a los portadores, infectados y enfermos o por la interrupción de su tratamiento.

IX. Por otra parte, opino que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que, por su intermedio, se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas federales y la decisión definitiva del a quo ha sido contraria al derecho que los apelantes fundan en ellas.

X. En cuanto al fondo del asunto, cabe señalar, en mi concepto, que la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida -principio de autonomía-.

A mayor abundamiento, el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva.

El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio. En tal sentido, el legislador sancionó la ley 23.798, cuyo art. 1º declara de interés nacional a la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, y su art. 4º impone obligaciones de hacer al Estado, entre ellas, la de desarrollar programas destinados al cumplimiento de las acciones descriptas en el art. 1º, gestionando los recursos para su financiación y ejecución además el deber de promover la capacitación de los recursos humanos, propender al desarrollo de las actividades de investigación, aplicar métodos que aseguren la efectividad de los requisitos de máxima calidad y seguridad, cumplir con el sistema de información que se establezca y la detección del virus y de sus anticuerpos en la sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma u otros derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico.

Dichos principios llevan a concluir que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad. Más aún, el art. 8º de la ley reconoce expresamente el derecho de las personas portadoras, infectadas o enfermas a recibir asistencia adecuada.

XI. Por ende, corresponde analizar si la ley 23.798 impone tales obligaciones con exclusividad al Estado nacional, o en concurrencia con los Estados locales.

De un lado, el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a través de la Secretaría de Salud, es la Autoridad de Aplicación de la ley 23.798 y, por el otro, el mismo art. 3º dispone que

“su ejecución en cada jurisdicción estará a cargo de las respectivas autoridades sanitarias a cuyos fines podrán dictar las normas complementarias que consideren necesarias para el mejor cumplimiento de la misma y su reglamentación”. Además, la ley reconoce expresamente, a las autoridades locales, entre otras, las siguientes facultades: establecer y mantener actualizada la información de sus áreas de influencia correspondiente a la prevalencia e incidencia de portadores, infectados y enfermos (art. 11); aplicar las sanciones -actos u omisiones que impliquen transgresión a las normas de profilaxis de esta ley y a las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia- (art. 17) y, por último, verificar su cumplimiento mediante inspecciones o pedidos de informes, a cuyo efecto podrán requerir el auxilio de la fuerza pública o solicitar orden de allanamiento ante los jueces competentes (art. 20).

Por su parte, el art. 3º del dec. reglamentario de la ley (dec. 1244/91), establece que el Ministerio de Salud y Acción Social procurará la colaboración de las autoridades sanitarias de las provincias, como asimismo que las disposiciones complementarias que dicten tengan concordancia y uniformidad de criterios. Por último, agrega que se consideran autoridades sanitarias de aplicación del presente al Ministerio de Salud y Acción Social, por medio de la Subsecretaría de Salud, y a las autoridades de mayor jerarquía en esa área en las provincias y en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Con respecto a los gastos que demande el cumplimiento de la ley, el art. 21 dice expresamente que ellos “serán solventados por la Nación, imputados a rentas generales y por los respectivos presupuestos de cada jurisdicción”.

Ahora bien, tal como ha sostenido V.E., es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, pues sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene en cuenta la finalidad de aquella (Fallos: 308:1861). En efecto, tiene dicho la Corte que la sustancia de la norma es el espíritu y el fin de la ley (Fallos 312: 1614; 313:1293, entre otros) y que la primera fuente para determinar esa voluntad, es su letra (Fallos: 308:1745; 312:1098; 313:254). Por último, cabe recordar que “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, o sea, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país, de modo de obtener su armonización y concordancia entre sí y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional” (Fallos: 308:1118).

El art. 3º de la ley es claro en cuanto establece que su Autoridad de Aplicación es el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, sin perjuicio de que la ejecución en cada jurisdicción estará a cargo de las respectivas autoridades sanitarias, en concordancia con su art. 1º, que declara de interés nacional la lucha contra el SIDA. En mi opinión, es necesario distinguir entre dos niveles de ejecución de la ley cuestionada: por un lado, el de la Autoridad de Aplicación, responsable primario del cumplimiento de la ley cuyo fin es el de la prevención, asistencia y rehabilitación de la enfermedad. A tal efecto, el legislador nacional creó un régimen único que declaró de interés nacional y cuyo cumplimiento, en consecuencia, le corresponde al Estado nacional. Por el otro, el de las autoridades locales que, en ejercicio de las competencias que les reconoce la ley, pueden incluso dictar normas complementarias pero que, aún en tales supuestos, es responsabilidad de la Autoridad de Aplicación Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación— procurar que aquéllas tengan concordancia y uniformidad de criterios (conf. art. 3º, dec. regl.). Más aún, cuando el Poder Ejecutivo, a través del decreto reglamentario de la ley, afirma que las autoridades sanitarias de aplicación son el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación y las autoridades de mayor jerarquía en esa área en

las provincias y en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se refiere expresamente al cumplimiento del decreto. En efecto “se consideran autoridades sanitarias de aplicación del presente ...” Ello es razonable toda vez que el decreto prevé cuestiones no incluidas en la ley, tal como por ejemplo, la incorporación de la prevención del SIDA en los programas de enseñanza de los niveles primario, secundario y terciario de educación (conf. art. 1º, dec. regl.).

Si bien es cierto que los gastos que demande el cumplimiento de la ley deberán ser solventados por la Nación y por los respectivos presupuestos de cada jurisdicción, ello no supone que el Estado Federal haya delegado, en los Estados locales, la responsabilidad, en su carácter de Autoridad de Aplicación Nacional, del cumplimiento del régimen de lucha contra el SIDA declarado expresamente de interés nacional. Por ello, aun cuando los reactivos o medicamentos se distribuyan a través de los efectores locales, el Estado nacional es el responsable del cumplimiento de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que, ante aquél, le cabe a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas -obras sociales o sistemas de medicina pre-pagos-.

Así lo pienso, ya que la responsabilidad del Estado, en su condición de Autoridad de Aplicación que diseña el plan de distribución de los medicamentos, no se agota con las entregas, sino que debe velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y regularidad del tratamiento médico. Es por lo que surge del art. 3º de la ley, que reconoce que el Ministerio de Salud y Acción Social podrá concurrir a cualquier parte del país para contribuir al cumplimiento de la ley.

XII. En lo atinente al argumento sobre el control judicial respecto del presupuesto del Ministerio y su ejecución, en mi opinión no se configura en el sub lite, como erróneamente sostiene la apelante, ya que los jueces se limitaron a exigir —al Estado nacional— el debido cumplimiento de la ley 23.798 y de su decreto reglamentario, de conformidad con los derechos consagrados por la Constitución Nacional, más allá del acierto o error de los medios empleados por el legislador o por el Ministerio de Salud y Acción Social.

XIII. En virtud de los fundamentos expuestos, opino que debe confirmarse la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso extraordinario. 22 de febrero de 1999. NICOLAS E. BECERRA.

Buenos Aires, 1º de junio de 2000.

Vistos los autos: “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”

Considerando:

Que las cuestiones debatidas en el recurso extraordinario presentado por el Ministerio de Salud y Acción Social han sido adecuadamente resueltas en el dictamen del señor Procurador General de la Nación (fs. 618/623 vta.), a cuyos términos corresponde remitirse por razones de brevedad.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario parcialmente concedido a fs. 614, y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO (*en disidencia*) — EDUARDO MOLINE O’CONNOR (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO

PETRACCHI (*en disidencia*) — ANTONIO BOGGIANO (*según su voto*) — GUILLERMO A. F. LOPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON EDUARDO MOLINE O'CONNOR Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal confirmó la sentencia de 1ª instancia, que al hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la Asociación Benghalensis y otras entidades no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, condenó al Estado nacional -Ministerio de Salud y Acción Social- a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos -en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

2º) Que, para así decidir, juzgó que los actores tenían legitimación suficiente para interponer la presente acción con fundamento en los arts. 5º de la ley 16.986 y 43 de la Constitución Nacional en cuanto establece que podrán interponer acción de amparo contra cualquier forma de discriminación las asociaciones que propendan a esos fines y en la medida en que estén registradas y autorizadas para funcionar. Agregó que la ley 23.798, que declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA, dispuso que las autoridades sanitarias debían desarrollar programas destinados a detectar, diagnosticar y tratar la enfermedad y gestionar los recursos necesarios para financiarlos, los cuales, serían solventados por la Nación y por los respectivos presupuestos de cada jurisdicción. Entendió que el accionar del Estado de incumplir o cumplir mal con la obligación de suministrar medicamentos para el tratamiento de la enfermedad constituía una omisión que violaba los derechos a la vida y a la salud reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22).

3º) Que contra esta decisión el demandado interpuso el recurso extraordinario que fue concedido parcialmente en lo relativo a la interpretación de las disposiciones de la ley 23.798 y denegado respecto del planteamiento de arbitrariedad de sentencia, lo cual dio lugar a la queja pertinente.

4º) Que el remedio federal es procedente en cuanto se ha puesto en tela de juicio la inteligencia y aplicación de una norma de naturaleza federal ley 23.798 y la decisión recaída en la causa ha sido adversa a las pretensiones del recurrente.

5º) Que el Ministerio de Salud y Acción Social se agravia por considerar que las asociaciones que dedujeron esta acción de amparo carecen de legitimación activa para interponerla. Afirma que el a quo interpreta erróneamente la ley 23.798 al condenar al Estado Nacional exclusivamente a proveer medicamentos, desconociendo de ese modo, lo dispuesto por los arts. 3º y 21 de la norma cuestionada que ponen también a cargo de las provincias la ejecución y los gastos que demande el cumplimiento del programa de lucha contra el SIDA. Agrega que el sistema de salud tiene en nuestro país una organización de tipo federal y compartida, y que existe en esta materia una responsabilidad conjunta de la Nación, las provincias y los municipios. Destaca que el Estado Nacional cumple acabadamente con las disposiciones de la ley dentro del presupuesto asignado. Señala que la cámara se inmiscuye en una cuestión que afecta el ámbito de reserva del Poder Ejecutivo, pues la ley autoriza a este último a arbitrar las medidas que crea oportunas y convenientes para implementar el programa discutido en autos.

En síntesis, sostiene que el a quo, al condenar únicamente al demandado a proveer drogas a todos los enfermos inscriptos, desconoce la ley 23.798, que obliga a los efectores sanitarios a entregar los medicamentos; la ley 24.455 que impone la cobertura a las obras sociales y, por último, la ley 24.754 que hace extensiva dicha obligación a los sistemas de medicina prepagos. Finalmente, sostiene que el decisorio afecta la organización de la distribución del crédito para la política de salud pública asignado por el presupuesto que es un acto institucional no sujeto a control judicial.

6º) Que cuando se encuentra en juego el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, el tribunal no se encuentra limitado en su decisión por los argumentos de las partes sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto en debate (Fallos: 308:647 —La Ley, 1987-A, 160— 314:1834; 318:1269, entre otros).

7º) Que los amparistas tienen legitimación para interponer la presente acción pues, queda probado en autos, que existen pacientes necesitados de los medicamentos cuya provisión se requiere (fs. 338) y asimismo, el objeto de la pretensión —suministro de medicamentos— queda comprendido dentro de los fines de sus estatutos. En tales condiciones, se configuran los requisitos señalados por el art. 43 de la Constitución Nacional en cuanto reconoce legitimación a sujetos potencialmente distintos de los directamente afectados (Fallos: 320:690; 321:1352) y el conflicto planteado constituye un “caso o controversia” en los términos señalados por la jurisprudencia de esta Corte que requiere que se persiga en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas (Fallos: 275:282; 308:1489; 313:863, entre otros).

8º) Que el propósito preeminente que inspiró el dictado de la ley 23.798 fue la protección de la salud pública. En efecto, la intención del legislador fue claramente manifestada en ocasión del debate parlamentario (doctrina de Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047) en el cual se expresó: “...el crecimiento del número de casos en relación al tiempo, parece señalar para la Argentina el establecimiento de una epidemia de características similares a la de los países del hemisferio norte...Por ello deben adoptarse medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 10 de junio de 1988, p. 861) (Fallos: 319:3040).

9º) Que esta Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a “proteger la salud pública” (Fallos: 31:273) pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es “el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.” (Fallos: 302:1284; 310:112). Así entendió que en el Preámbulo de la Constitución Nacional “ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud” (Fallos: 278:313 (26), consid. 15).

10) Que, a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22. En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El art. 25 de la Declaración

(26) **Nota de Secretaría:** Sentencia dictada en la causa “American Cyanamid Company c/ Unifa Química e Industrial S.A.”.

Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que entre las medidas que los estados partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deberían figurar la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inc. c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

11) Que, en un reciente pronunciamiento, este tribunal condenó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a suministrar a una menor el servicio de internación en terapia intensiva -por un período superior al contemplado en el contrato de adhesión suscripto con el servicio de medicina prepaga- en un nosocomio público. Juzgó aplicable el art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que garantiza el derecho a la salud integral y que establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria (Fallos: 321:1684). (27)

En tales condiciones, se infiere que la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria.

12) Que, en este contexto, y previo a interpretar cómo deben distribuirse las competencias entre el Estado Nacional y las provincias a los fines de la aplicación de la ley 23.798, es necesario analizar cuál es el standard de tratamiento que establece la norma cuestionada, pues mal puede atribuirse responsabilidad a aquéllas sin antes establecer cuál es el nivel exigible por dicho régimen legal para cumplir apropiadamente con las personas afectadas por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

13) Que, en este sentido, si bien el art. 4º de la ley 23.798 se limita a disponer genéricamente que las autoridades sanitarias de la Nación, aplicando métodos que aseguren la máxima calidad y seguridad, deben desarrollar programas destinados a la detección, investigación, diagnóstico, tratamiento, prevención y rehabilitación gestionando los recursos para su financiación y ejecución, el art. 8º establece el verdadero alcance de estos tratamientos, al señalar que las personas infectadas tienen el derecho a “recibir asistencia adecuada”.

14) Que de ello es dable concluir razonablemente que para que el tratamiento sea adecuado debe suministrarse en forma continua y regular, máxime si se tiene en cuenta los riesgos que comporta la interrupción del suministro de medicamentos para la salud de los enfermos que padecen las consecuencias del virus VIH/SIDA.

15) Que, en tales condiciones, resulta fundado el reproche que el a quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente precisamente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal que se encuentran registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país. En este sentido, los agravios del apelante no logran desvirtuar la prueba informativa aportada en autos de la cual hicieron mérito los jueces de la causa y de la que surge que el

(27) **Nota de Secretaría:** Sentencia dictada en la causa “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”. Ver pág. XXX del presente suplemento.

recurrente incumplió con el deber impuesto por la ley 23.798 de brindar un tratamiento adecuado.

16) Que respecto a si esta obligación se encuentra exclusivamente a cargo del Estado Nacional o en concurrencia con las provincias, este tribunal comparte las argumentaciones señaladas en el punto XI del dictamen del procurador general de la Nación, —a cuyos fundamentos cabe remitirse en razón de brevedad— en cuanto concluye, al hacer mérito del art. 1º de la ley que declara de interés nacional la lucha contra el SIDA, que es el Estado Nacional en su carácter de autoridad de aplicación de la ley (art. 3º) el responsable del cumplimiento de dicha norma en todo el territorio de la República, sin perjuicio de que los gastos que demande tal cumplimiento sean solventados por la Nación y los respectivos presupuestos de cada jurisdicción (art. 21).

17) Que, por ello, carece de razonabilidad que el recurrente pretenda desligar su responsabilidad afirmando que las provincias imposibilitaban el cumplimiento del programa de lucha contra el SIDA, al no enviar en tiempo y forma la información necesaria para brindar adecuada atención a los enfermos de ese mal, cuando es el Estado Nacional el encargado de velar para que la continuidad y regularidad del tratamiento médico sea asegurada.

18) Que, por lo demás, aun cuando se aceptara la tesis del recurrente, no demuestra de qué modo las obligaciones que la sentencia le impone exceden de aquellas a las cuales estaría obligado si se interpretara la ley 23.798 en el sentido que propugna. En efecto, el recurrente no acredita que el pronunciamiento impugnado lo obligue a suministrar medicamentos en mayor cantidad o con más frecuencia que las que la propia autoridad de aplicación, en cumplimiento de las disposiciones de la ley y ateniéndose a las limitaciones presupuestarias ha programado, ni que el criterio que propicia se traduzca en menores erogaciones para su parte.

19) Que, en este sentido, en el recurso extraordinario no refiere siquiera mínimamente qué cantidad de pacientes se hallaba en tratamiento al momento de la interposición de la demanda de amparo, cuántos de ellos preveía atender el Ministerio de Salud mediante sus programas, ni qué cantidad de enfermos se hallaba registrada en los distintos efectores sanitarios de cada jurisdicción.

20) Que, por último, cabe señalar que las críticas del recurrente respecto a que la sentencia recurrida desconoció lo dispuesto por las leyes 24.455 y 24.754, carecen de mínima fundamentación pues del pronunciamiento apelado no surge ni explícita, ni implícitamente que el demandado esté obligado a hacerse cargo de las prestaciones que imponen dichas normas.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvanse. EDUARDO MOLINE O'CONNOR — ANTONIO BOGGIANO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1º) Que la sentencia de la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal confirmó el fallo de 1ª instancia que hizo lugar a la acción de amparo deducida por la Asociación Benghalensis y otras y condenó al Ministerio de Salud y Acción Social a dar asistencia y tratamiento a aquellos enfermos que padecen las

consecuencias del virus VIH/SIDA, así como también al suministro de la medicación -en forma regular, oportuna y continua-.

2º) Que para decidir de tal modo, el a quo consideró —en primer término— que los amparistas estaban legitimados para accionar por la vía que intentaron, pues el art. 43 de la Constitución Nacional prevé una acción que puede ser interpuesta contra “cualquier forma de discriminación” por el “afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines”, en la medida en que estén registradas y autorizadas para funcionar.

3º) Que consideró asimismo, que asistía razón a las actoras en relación al reclamo efectuado al Estado nacional para que cumpla en forma correcta su función de acuerdo a la normativa vigente, dado que sus obligaciones surgían claramente de la ley 23.798.

Citó al respecto, el art. 1º, que declara de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, tendiente al cuidado de la salud pública, a través de programas que persigan la detección, investigación, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, así como su prevención, asistencia y rehabilitación; y el art. 4º, que establece que las autoridades sanitarias deberán desarrollar programas destinados al cumplimiento de las acciones descriptas en el art. 1º, gestionando los recursos para su financiación y ejecución, que serán “solventados por la Nación, imputados a ‘rentas generales’, y por los respectivos presupuestos de cada jurisdicción”.

Añadió por otra parte, que la obligación del Estado de proteger la salud pública era consecuencia de un imperativo constitucional (Preámbulo, arts. 14, 14 nuevo, 18, 19 y 33) y del cumplimiento de los pactos con jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22, Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3º y 25; Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, art. 4º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12).

4º) Que contra esta decisión, el Estado nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—, interpuso un recurso extraordinario, que fue concedido parcialmente por la cámara.

5º) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente pues está en tela de juicio la inteligencia y aplicación de una norma de contenido federal y la decisión recaída en el “sub lite” ha sido adversa a las pretensiones que el recurrente fundó en ella. Cabe recordar la doctrina que sostiene que, en la tarea de esclarecer normas del carácter señalado, este Tribunal no está limitado por las posiciones de la cámara ni del apelante, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 310:2682).

6º) Que el Ministerio de Salud y Acción Social manifestó que no dedujo su remedio federal con el fin de dejar de proveer medicamentos, sino para que este Máximo Tribunal clarifique los verdaderos alcances de la ley en cuanto a la responsabilidad que le compete a cada una de las distintas jurisdicciones.

Añadió, que las provincias son parte integrante del sistema y resultan indispensables para una eficiente implementación de la normativa vigente. A la vez que destacó, que el derecho a la salud no sólo se encuentra contemplado en la Constitución Nacional sino también en las provinciales, por lo que cabía inferir que las acciones destinadas a su protección constituían una responsabilidad compartida con las provincias -incluyendo la obligación de llevar a la práctica la implementación de la lucha contra el VIH/S.I.D.A.-.

Asimismo, sostuvo que la responsabilidad de los estados provinciales en materia de salud no fue delegada a la Nación y que el sistema de salud pública en nuestro país tiene una organización de tipo federal y compartida, por lo que los efectores sanitarios (hospitales y centros de salud) no dependen del Estado Nacional sino de las provincias y municipios.

Argumentó luego, que de la ley 23.798, se extrae que la Nación no puede controlar el desenvolvimiento de las redes hospitalarias ajenas a su competencia y que no existe un sistema asistencial adecuado que permita cumplir con lo decidido por el a quo.

En otro orden de ideas, el recurrente sostuvo que el caso reviste gravedad institucional, pues el decisorio afecta la política de salud que lleva a cabo en el marco de la ley específica así como también la organización de la distribución del crédito asignado por el Presupuesto Nacional.

7º) Que previo a todo examen, es menester analizar la viabilidad de la acción de amparo en el “sub lite” y si las asociaciones presentantes tienen legitimación para deducirla.

Resulta oportuno mencionar, que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Carta Magna. En tal sentido, esta Corte ha dicho en reiteradas oportunidades que “tiene por objeto una efectiva protección de derechos” (Fallos: 321:2823).

En la especie, el hecho denunciado (falta de provisión oportuna de la medicación requerida por los enfermos de SIDA) no fue negado por el Ministerio de Salud, aunque sí que esta omisión pudiera serle imputada.

Cabe traer a la memoria, que los derechos que las asociaciones accionantes consideraron menoscabados son: el derecho a la vida, a la dignidad, seguridad e integridad de las personas.

Asimismo, el derecho a la salud contemplado en nuestra Carta Magna en virtud de la incorporación de los tratados internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad; la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el art. 25, dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12, prescribe que entre las medidas que los estados parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental deberían figurar “...la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;” (inc. c) y, “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (inc. d).

Cuadra agregar a esta lista, la afectación de la calidad de vida de la población infectada por el virus VIH, dado que la falta de respeto del derecho a la salud (equilibrio físico psíquico y emocional) acarrea inexorablemente esta consecuencia.

De todo lo dicho, se extrae que la vía del amparo aparece como apta para la tutela inmediata que se debe deparar.

8º) Que en punto a la legitimación activa de las amparistas, es menester señalar que este tribunal en Fallos: 321:1352 (28), sostuvo que la Constitución Nacional —arts. 42, 43 y 86—, reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa.

En tal sentido, el 2º párr. del art. 43 de la Constitución Nacional —añadido en la reforma del año 1994—, determina que “podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

9º) Que surge con nitidez entonces, que una de las situaciones que el constituyente consideró, es aquella en que la afectación de los derechos comprometidos —por su naturaleza—, trae aparejadas consecuencias que repercuten en todos los que se encuentran en una misma categoría.

Resulta menester puntualizar, que los agravios a los que hace referencia el art. 43 de la Constitución Nacional tienen un efecto expansivo, de ahí que baste con que se conculquen o desconozcan ciertos derechos de uno solo de los del grupo para que ello incida categóricamente en el resto.

Lo manifestado, no implica negar capacidad procesal a cada uno de los enfermos, sino posibilitar —en atención a la peculiar naturaleza de los derechos afectados—, a una o varias asociaciones el ejercicio monopólico de la acción.

En el “sub lite”, existe un grupo de personas inevitablemente ligadas al estar infectadas por el virus del VIH. La falta de medicación en forma y tiempo oportuno, aparece como un agravio susceptible de lesionar sus sentimientos más profundos, convicciones, etc., además de implicar la violación de derechos esenciales —depende del caso de cada enfermo— en forma mediata o inmediata.

10) Que sentado lo expuesto y teniendo en cuenta que aún no se ha dictado ley alguna que determine los requisitos de registración y formas de organización de las asociaciones, cuadra admitir a las demandantes para la promoción del amparo, dado que según surge de los objetivos establecidos en sus estatutos y actas inscriptas ante la Inspección General de Justicia de la Nación, protegen a quienes padecen SIDA al resguardar derechos tales como a la vida, la salud y a la dignidad, así como también la satisfacción del bien común.

11) Que en el contexto indicado y antes de abordar el siguiente “thema decidendum”, corresponde señalar que la Constitución Nacional encarga al gobierno federal proveer lo conducente a la prosperidad del país, el adelanto y el bienestar de todas las provincias, en consonancia con el elevado propósito contenido en el Preámbulo de promover el bienestar general, encargo que está dado a la Nación (Fallos: 321:1052) y que el legislador nacional puede dictar normas sobre aspectos de las actividades interiores de los estados provinciales con el objeto de fomentar el bienestar general por encima de esos límites y en la medida en que a tales fines fuera necesario (Fallos: 239:343; 257:159, 270:11).

(28) **Nota de Secretaría:** Sentencia dictada en la causa “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo”.

12) Que lo dicho, resulta relevante dado que el propósito preeminente que inspiró el dictado de la ley 23.798 fue la protección de la salud pública (Fallos: 319:3040).

No hay que olvidar, que la problemática del SIDA no se circunscribe a una provincia en particular o a varias de ellas sino que afecta a la vasta extensión territorial de nuestro país.

13) Que el título de la normativa es: “Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (S.I.D.A.). Declaración de interés nacional, la lucha contra el mismo”.

El art. 1º por su parte, declara “de interés nacional a la lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar la educación de la población”.

14) Que la reseña efectuada, pone de manifiesto la intención del legislador de dar a la lucha contra el VIH el carácter de orden público así como también de resguardar ciertos valores básicos para asegurar la solidaridad social.

La doctrina de este tribunal —sentada en Fallos: 306:1047— conduce al análisis del debate parlamentario de la ley 23.798, donde se expresó que “Dadas las propiedades del virus, agente causal de la enfermedad, su largo período de incubación, y la gran cantidad de mutaciones a las cuales está sujeto, se hace difícil prever a corto plazo el desarrollo de sistemas de prevención adecuados. Por ello, deben adoptarse medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1/6/88, p. 861).

15) Que por su parte, el art. 3º de la normativa en estudio, prescribe que “Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo el territorio de la República. La autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a través de la Subsecretaría de Salud...”

Cuadra indicar, que esta decisión de dejar en manos del Ministerio de Salud y Acción Social —en ejercicio del poder de policía— la fiscalización y control de la aplicación de la norma, recalca el objetivo que inspiró su dictado, cual es afianzar la salubridad en todo el territorio nacional.

16) Que lo afirmado no implica desconocer que la ejecución de la ley “en cada jurisdicción estará a cargo de las respectivas autoridades sanitarias a cuyos fines podrán dictar las normas complementarias que consideren necesarias para el mejor cumplimiento de la misma y su reglamentación” (última parte del art. 3º). Criterio, que es reforzado por el art. 20, dado que allí se faculta a todas las autoridades sanitarias provinciales “para verificar su cumplimiento y el de sus disposiciones reglamentarias mediante inspecciones y/o pedidos de informes según estime pertinente, etc., y el art. 4º, que les ordena desarrollar programas destinados a su cumplimiento, promover la capacitación de recursos humanos, propender al desarrollo de las actividades descriptas en el art. 1º, etc.”

17) Que para comprender el rol asignado a las provincias por la ley 23.798, debe recordarse que el funcionamiento institucional de nuestro Estado federal requiere de una estructura orgánica (Estado central y estados miembros), los que en muchos casos tienen intereses comunes sobre un mismo tópico por lo que resulta necesaria una adecuada coordinación de funciones.

En tal sentido, esta Corte ha dicho que las provincias pueden sancionar leyes adjetivas que instrumenten las fundamentales dictadas por la Nación (Fallos: 320:89), así como también que frente a la forma federal adoptada por la Constitución, la regla y no la excepción es la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias (Fallos: 310:2733).

18) Que los arts. de la ley 23.798 deben interpretarse teniendo en cuenta que en principio cabe inclinarse por aquel sentido que concilie a todas las disposiciones entre sí y las armonice con el resto del ordenamiento jurídico (Fallos: 300:1080 —entre otros—).

De acuerdo a ello y lo expresado en los considerandos anteriores, cuadra concluir que los responsables directos y primarios en la adopción de las medidas dispuestas en los arts. 3º, 4º y 20 (indispensables para que los enfermos de SIDA puedan recibir una atención digna, lo cual implica la provisión oportuna de las drogas que necesitan), son los gobiernos locales.

El Estado Nacional por su parte, si bien no aseguró la erradicación de la enfermedad —dado que cuando está en juego la ciencia médica el “resultado” tiene un valor relativo—, sentó las bases para luchar contra ella y se comprometió a organizar los esfuerzos para lograrlo. Es decir, que asumió una tarea de coordinación en la implementación del Programa Nacional de Lucha contra el SIDA.

Se deduce en consecuencia, que en los casos en que exista un incumplimiento concreto y probado de los gobiernos locales (vgr. falta de entrega en tiempo y forma de la medicación), el Gobierno Nacional debe responder frente a los damnificados.

Ahora bien, su obligación en tales supuestos es subsidiaria de la que les compete a las provincias, por lo que no existe óbice alguno para que luego de cumplida les efectúe el reclamo pertinente a éstas.

19) Que el razonamiento expuesto, guarda concordancia con el objeto que persigue la ley 23.798 que es establecer un sistema eficiente que garantice la protección y recuperación de los enfermos de SIDA.

Ello así, porque reafirma que el derecho a la salud si bien es autónomo, deriva del derecho a la vida y no se reduce a la abstención de daño sino que trae aparejado la exigencia de prestaciones de dar y hacer, las que fueron delimitadas a los diferentes niveles de gobierno en el texto legal, por ser la lucha contra el SIDA un tema —común de todos ellos—, que requiere un tratamiento adecuado y eficaz a fin de proyectar los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral así como también, asegurar el debido respeto de los derechos humanos y la libertades fundamentales —elementos imprescindibles de toda democracia—.

20) Que como puede notarse, esta Corte debió arrojar luz respecto a la normativa en juego y determinar el papel del Estado nacional para el logro de fines tales como el afianzamiento de la salubridad en consonancia con los más altos principios fijados en la Carta Magna y los tratados internacionales. Tarea que no fue sencilla, pues la ley 23.798 versa sobre una cuestión de múltiples aristas, que ofrece las más variadas interpretaciones —entre otras razones— por la posibilidad de participación directa y efectiva de los estados provinciales en las decisiones de alcance nacional en la materia.

21) Que de acuerdo a este orden de pensamiento, se observa que los argumentos del Ministerio de Salud y Acción Social fueron el resultado de una hermenéutica de la norma que resultaba previsible, dada la amplitud de sus disposiciones y las variadas formas que puede

presentar el poder de policía cuando es ejercido de manera concurrente (arts. 104 y 107 de la Constitución Nacional).

22) Que lo expresado “ut supra”, conduce a sostener liminarmente —como obiter—, que no puede en principio afirmarse que los funcionarios del Estado Nacional hayan actuado con dolo o culpa en el cumplimiento de sus funciones, vale decir con falta de preocupación, descuido o desidia o bien intencionalidad delictiva ya que no prescindieron de la ley como si no existiera o retardaron indebidamente su cumplimiento, sino que la interpretaron de un modo —que es opinable— pero no arbitrario o infundado.

Por ello, y lo dictaminado en sentido concordante por el señor Procurador General de la Nación, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada con los alcances indicados. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase. ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S. NAZARENO Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario, parcialmente concedido a fs. 614, es inadmisilible (art. 280 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador General, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y remítanse. JULIO S. NAZARENO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

Responsabilidad del Estado - Derecho a la salud - Programa Médico Obligatorio - Menores.

Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. 24/10/2000 - Fallos: 323:3229.

Antecedentes:

La madre de un menor, que padecía una disminución de sus defensas inmunológicas de-
dujo acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, la Secretaría de Progra-
mas de Salud y el Banco de Drogas Antineoplásicas para que cesara la privación de la entrega
de medicamentos para su hijo con menoscabo de los derechos a la vida y a la salud, garantiza-
dos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El juez de grado hizo lugar al amparo y condenó al ministerio en cuestión a entregar el
medicamento, sin perjuicio de las acciones que pudiera realizar para que la provisión la efec-
tuaran los organismos pertinentes.

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba confirmó la sentencia de grado.

El ministerio demandado interpuso recurso extraordinario, cuyo rechazo dio lugar a la queja. La Corte por mayoría confirmó la sentencia apelada.

El juez Belluscio, en disidencia, declaró inadmisibile el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja (art. 280 CPCCN).

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Obligación del Estado respecto al derecho a la salud.** (Considerandos 15 y 16).
- b) **Derecho a la salud y compromisos internacionales. Menores.** (Considerando 21).
- c) **Coordinación de tareas entre el Estado Nacional, provincias, obras sociales y Ministerio de Salud y Acción Social.** (Considerandos 23, 25, 26 y 27.)
- d) **Programa Médico Obligatorio. Obras sociales.** (Considerandos 31 y 33).

Estándar aplicado por la Corte:(29)

- El derecho a la vida y a la salud de los niños está resguardado por los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN, art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25, inc. 2º, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

- A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida que es el primer derecho de la persona humana reconocido por la Constitución Nacional—, debe ser garantizado por la autoridad pública con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepa (30).

- Promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad es un compromiso internacional asumido por el Estado Nacional del cual no puede desligarse bajo pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas que participan en un mismo sistema sanitario; más aun cuando lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado

(29) **Nota de Secretaría:** En el mismo sentido, ver “Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E.” (Fallos: 329:2552).

(30) **Nota de Secretaría:** Ver “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro” (Fallos: 328:4640). En igual sentido: “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” (Fallos: 329:4918).

por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (31).

- La función rectora que ejerce el Estado Nacional en el campo de la salud y la labor del Ministerio de Salud y Acción Social — fijar las políticas sanitarias y por ley 23.661 (32) llevar a cabo la política de medicamentos— son evidentes para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda (33).

- La existencia de una obra social que deba cumplir el Programa Médico Obligatorio no puede redundar en perjuicio de los afiliados y menos aun de niños, pues si se acepta la interrupción de la asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquélla, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo, carecería del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

- La ley 24.901 (34) creó un sistema de prestaciones básicas “de atención integral a favor de las personas con discapacidad” dejando a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 (35) la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1º y 2º) y de acuerdo al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que no han dado siempre adecuada tutela asistencial.

Texto del Fallo: (36)

Dictamen del Procurador Fiscal

Suprema Corte:

Contra la sentencia de la Sala B Secretaría Civil N° II de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba obrante a fs. 82/84 de los autos principales (foliatura a la que se referirán las siguientes citas), confirmatoria del fallo dictado por el Sr. Juez Federal de Primera Instancia de Río Cuarto a fs. 51/57, interpuso el Sr. Fiscal General ante el citado tribunal, en representación

(31) **Nota de Secretaría:** En sentido similar: “Passero de Barrera, Graciela Noemí c/Estado Nacional s/ amparo”, (Fallos: 330:4160).

(32) **Nota de Secretaría:** Creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud. Ver, en sentido similar: “Passero de Barrera, Graciela Noemí c/Estado Nacional s/ amparo” (Fallos: 330:4160).

(33) **Nota de Secretaría:** Ver “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro” (Fallos: 328:4640). En un sentido similar: “Passero de Barrera, Graciela Noemí c/ Estado Nacional s/Amparo” (Fallos: 330:4160).

(34) **Nota de Secretaría:** Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad.

(35) **Nota de Secretaría:** Ley de Obras Sociales.

(36) **Nota de Secretaría:** Dictamen del señor Procurador Fiscal disponible en www.csjn.gov.ar

del Estado Nacional, el recurso extraordinario agregado a fs. 85/90 vta., cuya denegatoria origina esta presentación directa.

En virtud de que el Ministerio Público Fiscal asumió la representación de la parte demandada (Ministerio de Salud y Acción Social —Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas—), actuando en defensa de ella en las dos instancias anteriores e interponiendo en su nombre el recurso extraordinario antes citado, opino que corresponde extender al sublite, en lo pertinente, las razones expuestas al dictaminar en las causas: S.C. P.475,XXXIII, “Prodelco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo” (ítem X), del 5 de noviembre de 1997 (Fallos: 321:1252); S.C. M.148, L.XXXII, “Instituto Nac. de Obras Soc. y de la Administración Nac. del Seguro de Salud, recurso de queja en los autos caratulados: Mutual del Personal de Agua y Energía c/ Adm. Nac. del Seguro de Salud y otro”, del 29 de Mayo de 1998 (con sentencia de V.E. de fecha 23 de febrero de 1999); y S.C. A. 138, L.XXXIV, “Agropecuaria Ayui S.A. s/ amparo” del 16 de noviembre de 1998 (con sentencia de V.E. de fecha 30 de junio de 1999); entre otras.

Las circunstancias señaladas condicionan mi intervención en esta vista, toda vez que, como se señaló en el precedente “Prodelco”, dictaminar favorablemente sobre la materia en recurso implicaría duplicar el ejercicio recursivo por parte del Estado, quebrando la igualdad procesal de las partes; y hacerlo en sentido contrario de los intereses estatales implicaría desconocer el mandato otorgado, por imperio de la ley, a este Ministerio Público (v. Fallos: 321, página 1285).

Por las razones expuestas, con el propósito de mantener el principio de unidad de acción de esta institución y de no incurrir en desmedro del derecho de defensa de la contraparte, habré de limitarme a sostener el recurso extraordinario deducido por el Sr. Fiscal General ante la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, y la queja a que dio lugar su denegatoria. Buenos Aires, 11 de abril de 2000. FELIPE DANIEL OBARRIO.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 24 de octubre de 2000.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el niño Adelqui Santiago Beviacqua nació el 26 de junio de 1996 con un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas -enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita—, cuyo tratamiento depende de una medicación especial (de nombre comercial “Neutromax 300”) que le fue suministrada sin cargo por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, hasta el 2 de diciembre de 1998, fecha en que ese organismo puso de manifiesto a sus padres que entregaba el fármaco “por última vez” (fs. 2/9 y 11).

2º) Que frente al peligro inminente de interrupción de dicho tratamiento, la madre del menor —con el patrocinio letrado del defensor público oficial ante el Juzgado Federal de Río Cuarto— dedujo acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, la Secretaría de Programas de Salud y el referido Banco de Drogas Antineoplásicas, con el fin de hacer cesar el acto lesivo que privó de la prestación necesaria para el niño con menoscabo de los derechos

a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos (fs. 20/22).

3º) Que al contestar el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986, el procurador fiscal ante la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba —en representación de la demandada— sostuvo que el hijo de la actora sufría una enfermedad no oncológica, por lo que no era obligación del Banco de Drogas Antineoplásicas proveer el medicamento requerido; que su entrega había obedecido a razones exclusivamente humanitarias, y que la interesada debía acudir a los servicios de su obra social, a cargo del Programa Médico Obligatorio para la protección de las personas que dependen del uso de estupefacientes, según lo dispuesto en la ley 24.455 y la resolución 247/96 MS y AS, o bien solicitar un subsidio en la Secretaría de Desarrollo Social pues el Estado Nacional sólo tenía responsabilidad subsidiaria en esa materia (fs. 46/49).

4º) Que el magistrado hizo lugar al amparo y condenó al Ministerio de Salud y Acción Social a entregar las dosis necesarias del remedio prescripto, sin perjuicio de las gestiones que pudiera realizar para que su provisión se efectuara mediante los organismos a que había hecho referencia la demandada. A tal efecto, ponderó los informes oficiales acerca de las características de la enfermedad y la imposibilidad económica de la familia de pagar el elevado costo del medicamento, el certificado de discapacidad expedido por el Centro Nacional de Reconocimientos Médicos y el diagnóstico de los especialistas en hematología y oncología del Hospital Regional de Río Cuarto y del Hospital Italiano de Córdoba, que demostraban tanto la gravedad de la patología, como la urgencia de mantener el tratamiento del niño en forma permanente e ininterrumpida (fs. 3/10, 13/14, 16/19, 42 y 51/57).

5º) Que el juez concluyó que las razones dadas para suspender la asistencia al paciente y hacer recaer esa responsabilidad en la obra social o en la autoridad pública local, resultaban incompatibles con las obligaciones primarias puestas a cargo del Estado Nacional como garante del sistema de salud y que el acto atacado lesionaba los derechos a la vida, a la dignidad personal y al bienestar general protegidos por el preámbulo y por los arts. 33 y 42 de la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6º) Que dicho pronunciamiento fue confirmado por la Sala B de la cámara federal ya mencionada (fs. 82/84). A los fundamentos dados en la instancia anterior, la alzada agregó que:

a) Los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por los arts. 14, 14 bis, 18, 19 y 33 de la Ley Fundamental y los tratados internacionales de jerarquía constitucional, conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario.

b) El principio de actuación subsidiaria que rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1º, ley 23.661), y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de provisión de los individuos o pequeñas comunidades.

c) La obra social para el Personal de Entidades Deportivas y Civiles (OSPEDYC) a que pertenece la actora, no está en condiciones de asumir la regular cobertura de la medicación necesaria para el tratamiento del niño, habida cuenta de que la Asociación de Clínicas y Sanatorios del Sur de Córdoba (ACLISA) ha suspendido el convenio con dicha obra social por falta de

pago de las prestaciones y la entidad “Córdoba Farmacéutica Coop. Ltda.” ha rescindido el contrato a partir del 11 de marzo de 1999, por lo que los afiliados de aquélla se encuentran sin la debida cobertura médica y asistencial.

ch) Frente a la actuación deficiente de la entidad médica sindical, la situación de precariedad laboral y económica de la familia y el estado de extrema urgencia que reviste el suministro del remedio requerido, es el Estado Nacional —mediante el ministerio demandado— el que debe intervenir subsidiariamente para dar adecuada tutela a los derechos del menor, sin perjuicio de que efectúe los trámites necesarios para lograr que esa asistencia sea realizada de modo regular y efectivo por los organismos que correspondan.

7º) Que contra esa decisión, la vencida interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo dio lugar a la presente queja. Funda su agravio principal en que el fallo ha trasladado indebidamente a la Nación la responsabilidad de atender la dolencia del menor y ha liberado a la obra social y a la autoridad local de las obligaciones legales que pesaban a su cargo, lo que contradice el principio de actuación subsidiaria del Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio y las facultades reservadas de las provincias en materia de salud (arts. 17, 18 y 121 de la Constitución Nacional; fs. 85/90 vta.).

8º) Que, en tal sentido, la recurrente aduce que en la condena se ha soslayado considerar la vigencia de la ley federal 24.455 y el deber de la obra social de cumplir el Programa Médico Obligatorio (resolución 247/96 MS y AS); que no existe sustento legal para obligar a actuar al Estado Nacional en defecto de esa entidad, y que la carga impuesta por el a quo compromete los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud, de acuerdo con lo previsto en la ley 24.156 —de administración financiera— en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el ministerio tiene que proteger.

9º) Que la apelante solicita también la descalificación de la sentencia por falta de fundamento normativo y arbitrariedad en la consideración de aspectos conducentes, pues no ha valorado adecuadamente que la atención del niño había sido prestada sólo por razones humanitarias, no legales, y que la obra social había expresado su disposición a entregar el medicamento, lo que implicaba haber regularizado su relación con la actora.

10) Que los agravios que se refieren a la arbitrariedad en la apreciación de las constancias de la causa sólo reflejan meras discrepancias con el criterio de la cámara basado en el examen de cuestiones de hecho y prueba que son ajenas —como regla y por su naturaleza— a la instancia del art. 14 de la ley 48, aparte de que no logran desvirtuar el juicio del a quo relativo al estado de desamparo asistencial en que dejaba al menor la decisión de interrumpir la medicación en razón de no contar con efectiva cobertura de su obra social.

11) Que más allá de los reparos que suscitan las afirmaciones formuladas respecto a que la mencionada entidad sindical habría asumido su responsabilidad en la entrega del medicamento (conf. fs. 36/41, 65/67, 70/71 y 87), las cuales aparecen en contradicción con la postura asumida por la propia apelante, que pretende desligarse de sus obligaciones frente al incumplimiento de dichas entregas (fs. 87/88 vta.), lo resuelto sobre ese tema se basó en la prueba documental que daba cuenta de la falta de atención médica y farmacológica en que se encontraba el menor a raíz de haber sido suspendidos o rescindidos —desde el año 1999— los convenios que vinculaban a la obra social con las asociaciones sanitarias locales (fs. 73/75), tema que la demandada ha pasado por alto en su crítica al fallo pues se ha limitado a negar el estado deficitario de aquella organización sin hacerse cargo, como es debido, de los resultados de la referida prueba.

12) Que, por otra parte, no es plausible considerar que mediaran razones de “comodidad” en el procedimiento que siguió la actora en resguardo de la salud de su hijo, pues si hubiese tenido asegurada la asistencia que requería —como supone la demandada— no habría debido acudir a un amparo judicial para lograr la entrega del medicamento que podía obtener regularmente de su propia obra social.

13) Que tampoco resultan admisibles las objeciones relativas a la omisión de la alzada de considerar la ley federal 24.455, que incorporó entre las prestaciones que deben dar las obras sociales a sus afiliados, la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos derivados del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y la drogadicción. El medicamento indicado para tratar la deficiencia del sistema inmunológico del niño nada tiene que ver con los aspectos a que hace referencia esa legislación cuando incluye —en el programa obligatorio— la rehabilitación de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes (art. 1º, incs. b) y c), por lo que el ámbito de aplicación de la norma invocada es ajeno al caso.

14) Que, en cambio, es formalmente procedente el recurso extraordinario con relación a los agravios de la parte que cuestionan la responsabilidad asignada al Estado Nacional frente a la situación que compromete la vida y la salud del niño, lo cual involucra la interpretación de normas federales y la decisión ha sido contraria a los derechos que en ellas ha fundado la apelante. Corresponde señalar que esta Corte, en la tarea de esclarecer la inteligencia de las disposiciones superiores en juego, no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en debate (Fallos: 308:647; 314:1834; 318:1269, entre otros).

15) Que el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

16) Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” del 1º de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten).

17) Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.

18) Que ese último tratado reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

19) Que los estados partes se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2º, inc. 1). En lo que concierne al modo de realización en estados de estructura federal, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto (conf. Naciones Unidas. Consejo Económico Social. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informes iniciales presentados por los estados parte con arreglo a los arts. 16 y 17 del Pacto. Observaciones. Suiza -E/1990/5/Add.33—, 20 y 23 noviembre de 1998, publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de esta Corte en “**investigaciones**” 1 (1999), págs. 180 y 181).

20) Que, asimismo, la “cláusula federal” prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar “de inmediato” las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado (art. 28, incs. 1º y 2º). La Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23, 24 y 26).

21) Que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño, ya citada).

22) Que, al respecto, la ley 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción “integradora” del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de *conducción general del sistema* y las sociedades intermedias consoliden “su participación en la gestión directa de las acciones” (art. 1º). Su objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a

los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...” (art. 2º).

23) Que el Ministerio de Salud y Acción Social, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y es también el organismo designado en la ley 23.661 para llevar a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde “*articular y coordinar*” los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (arts. 3º, 4º, 7º, 15, 28 y 36).

24) Que la misma ley establece que las prestaciones serán otorgadas de acuerdo con los planes nacionales de salud, los que deben asegurar “la plena utilización de los servicios y capacidad instalada existente”. El Fondo Solidario de Redistribución es el instrumento destinado a dar apoyo a los agentes y jurisdicciones adheridas, equiparar niveles de cobertura obligatoria y asegurar la financiación de programas en favor de sus beneficiarios (arts. 24 y 25).

25) Que la Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles —a que pertenece la actora—, está comprendida entre los agentes sindicales que integran el referido Sistema Nacional del Seguro de Salud y, en tal carácter, su actividad se encuentra sujeta a la fiscalización de la actual Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, bajo la órbita del ministerio demandado, que debe disponer medidas concretas para garantizar la continuidad y normalización de las prestaciones sanitarias a cargo de las obras sociales y, en especial, el cumplimiento del Programa Médico Obligatorio (conf. arts. 1º, inc. a, 3º, 15, 27 y 28, ley 23.660; 2º, 9º, 15, 19, 21, 28 y 40, *in fine*, ley 23.661; decretos 492/95 —arts. 1º, 2º y 4º— y 1615/96 —arts. 1º, 2º y 5º—; resolución 247/96 MS y AS).

26) Que, por otra parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba garantiza para todos sus habitantes el derecho a la vida, atribuye al gobierno local facultades para regular y fiscalizar el sistema de salud, integrar todos los recursos y concertar la política sanitaria con el gobierno federal, las provincias, sus municipios y demás instituciones sociales públicas y privadas, y conserva la potestad del poder de policía provincial en materia de legislación y administración atinente a dicho sistema (arts. 19, inc. 1º, y 59).

27) Que lo expresado pone en evidencia la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (véanse, asimismo, en este sentido, las “Políticas Sustantivas e Instrumentales” de la Secretaría de Salud, aprobadas por decreto 1269/92).

28) Que la decisión de prestar asistencia al menor, adoptada oportunamente por la autoridad nacional hasta que resolvió interrumpir la entrega de la medicación (fs. 11), había atendido a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño, lo que se ajustaba a los principios constitucionales que rigen en esta materia y a las leyes dictadas en su consecuencia, según han sido examinadas anteriormente.

29) Que las constancias del expediente indican que el suministro del fármaco fue realizado por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas a solicitud de la Secretaría de Desarrollo So-

cial de la Presidencia de la Nación —Coordinación Córdoba—, que hizo mérito de la gravedad del caso y de la falta de protección en que se hallaba la familia del menor, lo que dio lugar a la resolución de su cobertura hasta que se regularizara la asistencia de la afiliada mediante la obra social a la que pertenecía (fs. 10/12, 42, 46/46 vta. y 67).

30) Que la prolongación de ese estado —puesto de manifiesto en las actuaciones que llevaron al a quo a concluir que la afiliada no había recibido tratamiento sanitario efectivo por aquella entidad— priva de sustento a los planteos de la parte que pretenden negar una obligación de ayuda al menor en defecto de la obra social, toda vez que subsisten al presente las razones “exclusivamente” humanitarias que dieron lugar a la entrega del remedio, las cuales, por otra parte, no pueden ser entendidas sino como reconocimiento de la responsabilidad de la demandada de resguardar la vida del niño.

31) Que la existencia de una obra social que deba cumplir el Programa Médico Obligatorio —resolución 247/96, MS y AS, ya citada—, no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, pues si se aceptara el criterio de la recurrente que pretende justificar la interrupción de su asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

32) Que, además, el niño se halla amparado por las disposiciones de la ley 22.431, de “protección integral de las personas discapacitadas” —a que adhirió la Provincia de Córdoba— y ello obliga también a asegurarle los tratamientos médicos en la medida en que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o los entes de obra social a los que esté afiliado (conf. certificado de fs. 6; arts. 1º, 3º y 4º, ley 22.431 y ley provincial 7008), lo cual corrobora la sinrazón del acto de la autoridad pública que amenazó con grave riesgo sus derechos a la vida y la salud.

33) Que por ley 24.901 se ha creado un sistema de prestaciones básicas “de atención integral a favor de las personas con discapacidad” y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (arts. 1º y 2º). Empero, frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el sub examine a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación.

34) Que la resolución de la alzada ha sido suficientemente explícita en cuanto ha asignado a la demandada responsabilidad subsidiaria y ha dejado a salvo sus atribuciones para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y oportunidad que el caso exige, sin liberar al gobierno provincial o la obra social de sus obligaciones legales, y es inconcebible que puedan invocarse perjuicios derivados de las gestiones encomendadas en la sentencia, cuando es el Estado Nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud del niño y de asegurar la continuidad de su tratamiento.

35) Que, finalmente, en cuanto a la objeción basada en el art. 121 de la Constitución Nacional, aparte de que ese planteo importa invocar agravios de terceros, la apelante no ha demostrado que la decisión de mantener el tratamiento afecte el principio de federalismo o ponga en

crisis las facultades reservadas por los gobiernos locales en la organización de su sistema de salud. No obstante ello, este pronunciamiento ha dejado establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales.

Por ello, oídos el señor Defensor Público Oficial y el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance fijado en los considerandos que anteceden y se confirma la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINE O'CONNOR — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LOPEZ — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se desestima esta presentación directa. Intímese al recurrente para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el art. 286 del código citado, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, tómesese nota por Mesa de Entradas y, oportunamente, archívese, previa devolución de los autos principales. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO.

Interrupción de embarazo - Feto anencefálico - Vida embrionaria - Derecho a la salud psíquica y física.

T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. 11/01/2001 - Fallos: 324:5.

Antecedentes:

Una mujer en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico —enfermedad clínica extrema que excluye su viabilidad extrauterina— inició amparo a fin de que se autorice a la dirección del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” para inducir el parto o a practicar cesárea.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al revocar la sentencia de la cámara, admitió la acción de amparo incoada. El asesor general de incapaces del Ministerio Público de esta Ciudad interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido.

La Corte, por mayoría, a la que se sumó el juez Bossert en un voto concurrente, confirmó la sentencia recurrida.

En disidencia, el juez Nazareno sostuvo que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la decisión en crisis, y rechazar el amparo interpuesto, al entender que el *nasciturus* anencefálico tenía derecho a la vida que no cedía ante el invocado por su madre.

El juez Petracchi, en un voto disidente, postuló que se declare inadmisibile el recurso intentado, al sostener que la ponderación entre la salud de la madre y la vida del *nasciturus* se sustentaba autónomamente en legislación común nacional (art. 86 segundo párrafo, inc. 1º, C.P.) que no había sido atacada de inconstitucional.

El juez Boggiano, también en disidencia, declaró procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia y rechazar la demanda. El argumento se fundaba en las limitadas o nulas posibilidades de sobrevivida después del nacimiento para justificar el parto anticipado, desconocía el valor incommensurable de la vida de la persona por nacer, porque suponía que su existencia tiene un valor inferior a la de otra que tuviese mayores expectativas, e inferior aún a las del sufrimiento de la madre o de su núcleo familiar.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Protección de la vida embrionaria:** (Mayoría: Considerandos 6º a 9º y 11 a 13; Voto del juez Bossert: Considerando 14; Disidencia del juez Nazareno: Considerandos 8º a 10; Disidencia del juez Boggiano: Considerandos 2º a 6º).
- b) **Derecho a la salud psicológica y física de la madre** (Mayoría: Considerandos 10 y 12; Voto del juez Bossert: Considerando 14; Disidencia del juez Nazareno: Considerando 10; Disidencia del juez Boggiano: Considerando 7º).

Estándar aplicado por la Corte:

- La autorización de inducción al parto de una persona en estado de gravedad de un feto anencefálico, cuando se realiza cumplido el plazo suficiente de gestación que hubiera permitido el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir —que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana—, y cuando entre las cargas impuestas a los médicos que intervendrán se les señala que deberán cumplir todas las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria”, tiene pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción (37).

- Frente a lo irremediable del fatal desenlace del embarazo debido a la patología de la anencefalia del *nascituris* y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, por lo que debe hacerse lugar al pedido de ella de inducción al parto (38).

(37) **Nota de Secretaría:** La tutela del derecho a la vida desde la fecundación, fue analizada por la Corte Suprema en la causa “Portal de Belén” (Fallos: 325:292), donde la mayoría sostuvo que corresponde hacer lugar al amparo en el que se había solicitado se ordene prohibir la fabricación, distribución y comercialización de un fármaco que produce efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, toda vez que la vida comienza con la fecundación.

(38) **Nota de Secretaría:** El criterio fue reiterado por la Corte Suprema, en la causa: “B., A.” (Fallos: 324:4061). El recurso fue considerado admisible por la mayoría del Tribunal, más allá de que se había producido el parto, en virtud de sostener que “dada la rapidez con que se produce el desenlace de estas situaciones, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se

Texto del Fallo:**Dictamen del Procurador General**

Suprema Corte:

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hizo lugar al recurso de amparo interpuesto por S. T., el Asesor General de Incapaces, interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

Persigue el recurso de amparo que las autoridades del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá”, autoricen a efectuar a la actora las prácticas médicas necesarias para poner fin a su embarazo, ya que según sus manifestaciones, su prosecución le significaría un tormento, afectando su salud mental. Ello debido a que el feto no posee calota craneana ni desarrollo de la masa encefálica, careciendo de posibilidades de vida extrauterina, o en su caso, de que ésta se pueda extender por más de doce horas.

-I- La magistrada a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7, rechazó el amparo interpuesto (fs. 104/106), disposición que fuera confirmada por la Cámara de Apelaciones del fuero (fs. 127/136).

La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, que previa vista a la asesoría tutelar (fs. 172/174) y al fiscal (fs. 175/178), hizo lugar al recurso, revocó la sentencia y autorizó a la dirección de la maternidad “Sardá” para que induzca el parto o eventualmente practique la intervención quirúrgica de cesárea a S. T. (fs. 179/235).

En la sentencia, por el voto de la mayoría, luego de soslayar los requisitos formales propios del recurso de inconstitucionalidad, en virtud de las características del tema en decisión, se descartan los elementos típicos del delito de aborto, para el caso de efectuarse la práctica requerida, toda vez que la acción médica no presupondría ni se dirigiría a la muerte del feto, sino que ésta se produciría inevitablemente por sus propias condiciones de inviabilidad. Por ello se tacha de estéril la discusión suscitada en las instancias anteriores en torno a la existencia o no de condiciones válidas para efectuar un aborto justificado.

En segundo término, el fallo pone en duda la “condición de humanidad” del nasciturus con anencefalia, por lo cual faltaría otro de los requisitos para agotar el tipo penal de aborto.

Respecto de la deficiencia del feto, con abundante cita de doctrina médica y basándose en las manifestaciones de los médicos intervinientes, destaca que el niño no tendrá ninguna posibilidad de vida autónoma —que además sólo sería vegetativa— fuera del vientre materno y su alumbramiento necesariamente le acarreará la muerte en el término de pocas horas.

Entiende que el concepto de salud comprende además del perjuicio físico visible o destacable, también aquellos daños psíquicos —u orgánicos no percibibles— y, los que pudieran afectar a la madre y a su entorno familiar.

le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (conf. Fallos: 310:819)”.

Afirma que la colisión entre los derechos en juego, se da entre una vida indefectiblemente destinada a cesar y el daño que pueda sufrir la madre. En este sentido la provocación del parto no traerá como consecuencia un agravamiento en el riesgo para la salud del feto, sino que su muerte ocurrirá necesariamente, ya sea que se espere el tiempo normal del embarazo o se adelante su gestación.

En base a la doctrina que se denomina “autodeterminación procreativa,” es decir, la capacidad de decisión sin injerencias extrañas que tienen los procreadores en ciertas circunstancias del embarazo, que se haya dentro del ámbito de privacidad de las personas, estimó que la decisión del hospital era ilegítima, por cuanto exigió una condición previa -la autorización judicial- que no correspondía. Añadió, en este sentido que esa prerrogativa encuentra amparo en las normas constitucionales argentinas.

Hace referencia también al sufrimiento de la madre, porque una vez establecido que el feto es inviabile, ello no busca con su acción provocar su muerte, ya que el nacimiento prematuro no incidirá en su posibilidad nula de supervivencia, motivo por el cual no existirían conflictos de derechos entre ambos.

El único derecho a considerar según esta opinión, es el derecho a la salud del que habría sido desprovista la madre en virtud de la negativa de los directivos del hospital, sin que ello implique un desconocimiento o una denegación de los derechos del niño. En este sentido, lo solicitado por la amparista, contribuiría a atenuar su padecimiento y el de su familia y a mitigarlo en el futuro. Argumento sostenido con profusas citas relativas a la protección de los derechos de la mujer.

Por último, se destacó la opinión de los médicos que, si bien se negaron a inducir el parto por considerar esta acción antijurídica, afirmaron sin más que una vez nacido no se le prestaría al niño asistencia neonatológica.

-II- El asesor general de incapaces al interponer recurso extraordinario federal (fs. 239/264), luego de explayarse respecto de la existencia de los requisitos de admisibilidad formal de la vía intentada, sostiene que el superior tribunal porteño, al sustentar su posición, flexibiliza en extremo la estructura normativa vigente, para así prestar autorización a “la inducción de un parto prematuro” cuando en rigor de verdad, se autoriza la práctica de un aborto encubierto.

Indicó, con sustento en la Convención de Derechos del Niño (ley 23.849), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054) y la legislación nacional, en cuanto establecen la condición de persona desde el momento de la concepción, que debe prevalecer el derecho a la vida de la persona por nacer, ya que y conforme se advierte de las constancias de autos, no corre peligro la vida de la madre; preguntándose entonces, por qué decidió el órgano jurisdiccional la muerte anticipada de su representado.

Arguyó, en respuesta a los fundamentos de la sentencia, que el derecho al resguardo integral de la familia plasmado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, no define un interés propio de la familia considerada como persona jurídica, sino que representa el interés de cada uno de sus componentes, y en consecuencia, al no privar un interés sobre otro, la protección de la vida del por nacer representaría un resguardo más acabado de la familia en su conjunto.

Ante la confrontación entre el derecho de la salud de la madre y el derecho a la vida del niño, debe prevalecer este último, habida cuenta que existen otras soluciones terapéuticas para

preservar la salud psíquica de la madre. Nada permitiría legitimar la muerte de una persona el favor de cuidar la salud mental de otra.

Alega que la protección de la vida de la persona por nacer desde el momento de la concepción, se integra con el reconocimiento de su dignidad, con la consecuyente prerrogativa de no ser discriminado, por no nacido o por enfermo.

-III- A fs. 340/344, opina el representante del ministerio público de la defensa ante el Tribunal, indicando ante todo, una grave deficiencia que sobrelleva el pleito, cual es la ausencia de un curador ad-litem que tutele los intereses del nasciturus, indudablemente contrapuestos a los de sus progenitores, para luego desarrollar acabadamente sus argumentos dirigidos a la admisión del recurso extraordinario y la revocación de la sentencia que admite la interrupción del embarazo.

-IV- Estimo que la gravedad de los hechos en estudio, en los que se ven afectados derechos de raigambre constitucional y la premura que requiere su solución para no tornarlos ilusorios, aconsejan la habilitación del receso judicial tal como lo solicitaran la amparista y el recurrente (fs. 339 y 345 -s/f-).

Por otra parte, considero que las cuestiones a debatir constituyen caso federal suficiente, por apartarse la sentencia de los antecedentes normativos y jurisprudenciales que, sobre el tema, invoca; incurriendo en este sentido en una flagrante violación de derechos fundamentales.

De todas formas, el Tribunal ha reconocido que en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, de cuya efectiva vigencia depende una adecuada convivencia social, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tal elevada función (Fallos: 257:132; 260:114; 295:376 y 879; 298:732; 300:1102, entre otros).

Circunstancias que, a no dudarlo y según mi modo de ver, concurren en la especie.

-V- Normas de carácter interno e instrumentos internacionales a los que la República ha adherido u otorgado rango constitucional, prescriben la existencia jurídica de la persona desde el momento mismo de su concepción.

Los artículos 63, 70 y 264 del Código Civil establecen que la tutela de las personas como sujetos capaces de adquirir derechos, comienza desde la concepción en el seno materno.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción” (artículo 4.1).

La Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 1º) reconoce el “derecho intrínseco a la vida” que tiene todo niño concepto que en la Argentina es sancionado por la ley 23.849.

Y en el Preámbulo de la Convención se destaca que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Por otra parte, en nuestro derecho positivo, ya fuere su fuente interna o internacional, también se tutela a la persona, y al niño en particular -entendido siempre con el criterio amplio del Preámbulo de la Convención- contra cualquier tipo de discriminación que en su perjuicio se pudiere ejercer.

Así, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre establece que: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; y “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna” (artículos 1º y 2º), precepto contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” “Toda persona tiene 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”. “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículos 1, 2.1. y 3).

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella... sin discriminación alguna... de raza, color,... nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 1.1).

Reproducción de disposiciones legales que no considero ociosa, no sólo porque en torno a ellas se desarrolla la argumentación del recurrente sino, y principalmente, porque en los votos de la mayoría se niega la pertinencia de estas citas, ya sea -según afirman- porque el eje de la cuestión no transita por la discusión relativa al delito de aborto, ya fuere porque no existe “persona” cuyos derechos se deban tutelar —por la ausencia de rasgos humanos en el nasciturus—, o simplemente porque al carecer el niño de viabilidad extrauterina, no se puede considerar que exista vida.

Hecha esta salvedad, cabe volver a las premisas normativas que estableciendo la existencia de la persona desde el momento mismo de su concepción, determinan la condición de humanidad del nasciturus como sujeto merecedor de la tutela de sus derechos mediante los más altos resguardos.

Sentado ello, no caben dudas que todo niño -siempre otorgando al vocablo la acepción amplia contenida en la Convención que tutela sus derechos- o inclusive toda persona -en el sentido que le asignan los otros instrumentos internacionales transcritos- es merecedor de las garantías y protecciones que se desprenden de la naturaleza humana y de su condición de tal, desde su concepción.

De una forma tan completa y acabada que no se permita desvirtuarlas.

Así lo consigna la Convención de los Derechos del Niño. En su artículo tercero establece expresamente que el interés del niño debe privar sobre toda otra consideración, imponiendo a toda institución pública o privada que en los asuntos concernientes a ellos deben guardar en forma primordial el interés superior del niño.

Omisión de la sentencia, cuya verdadera magnitud descalificante como construcción jurídica válida se torna nítida, en cuanto se advierte que el Tribunal, sin desmayar jamás en otra interpretación, ha establecido que “la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a éstos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte” (Fallos 322:2701).

Objetivo de resguardo que, reitero, se encuentra presente en forma permanente y pacífica cuando V.E. aborda el tema, conforme surge, por ejemplo entre muchos otros, de Fallos 320:1291

y 322:328 “la Corte tiene establecido que debe privar la evidente finalidad tuitiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75 inc. 22º de la Ley Suprema)”.

Tesitura que esta Procuración General ha compartido y en algunos casos, sustentado, reafirmando la prevalencia del interés superior del niño por sobre toda otra consideración en los Fallos 318:1269; 322:1349, 2701; 323:91, 376, 379 y 854 y Competencias N° 851. XXXV resuelta el 7 de marzo de 2000; N° 827.XXXV resuelta el 4 de abril de 2000; N° 1.XXXVI resuelta el 22 de abril de 2000; N° 363.XXXVI resuelta el 2 de agosto de 2000; 854.XXXVI resuelta el 24 de agosto de 2000; N° 780.XXXVI resuelta el 5 de septiembre de 2000; N° 835 XXXVI resuelta el 14 de septiembre de 2000; N° 930.XXXVI resuelta el 10 de octubre de 2000 y N° 1140.XXXVI resuelta el 24 de octubre de 2000.

De tal forma y a mi modo de ver, el derecho que nos rige no tan sólo es claro en cuanto extiende su protección a la vida y a los derechos de la persona desde el momento de su concepción en el seno materno hasta la muerte, sino que en su estadio prenatal, y luego durante su niñez y juventud -período en que se lo considera niño- debe atenderse en forma privativa a su interés.

El derecho del niño a la vida, no se adscribe a una entelequia (“...desde la concepción...”) sino que responde -y debe responder, para no ser totalmente desconocido- a una realidad concreta y dinámica. Es que la vida, para ser eficazmente defendida por tan sabias instituciones, no puede ser interpretada a través de cortes sagitales que la estratifican. La vida, dentro de nuestra magnitud humana -gigantesca dentro de su pequeñez—, es, por el contrario, una sucesión de instantes, que conformarán o no, segundos, días, años o, en fin, décadas. Por eso, para cada uno de nosotros, la vida es cada instante, cada segundo, cada día..., y todos igualmente valiosos porque cada uno de esos momentos contiene en su íntegra plenitud ese concepto: vida.

Es por ello que su tutela legal, para ser real y efectiva, debe llegar también, a cada año de vida, a cada día de vida, a cada segundo de vida, a cada instante de vida...

Y como el individuo vive ya, como persona, en su vida intrauterina, también cabe extender, a cada instante de esa vida prenatal, la preferente protección legal a que me refiero.

Porque, siempre según mi modo de ver, es claro también, que esa protección se acentúa conforme es mayor la indefensión de la persona, ya fuere por su minoridad o por no haber nacido aún. Así lo establece el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando explica que el niño requiere una especial tutela, “por su falta de madurez física y mental”.

De tal forma, que en nada afecta a la plena vigencia de sus derechos la alegada “inviabilidad” del nasciturus, ya que su sola condición de niño, sin importar cuál fuere la extensión de su vida extrauterina, lo hace merecedor de esas protecciones. Ellas deben estar presentes, so pena de incumplirlas, en cada uno de sus breves, y quizá únicos, instantes de vida luego de nacer.

Por ello la doctrina del Tribunal de Fallos 302:1284 (considerando 8º), afirma que este derecho fundamental -el de la vida- es innegable a toda persona sobre la base de criterios relativos a su “viabilidad”, ni aun cuando los pronósticos médicos prevean una vida efímera, ya que esa circunstancia no la hace de por sí inmerecedora de protección; no obstante ello, no puedo dejar de contemplar que la decisión de los padres de procrear un hijo, representa

asumir una gran responsabilidad, que si bien se sitúa originariamente frente a perspectivas felices, encierra, como toda decisión humana, infaustos, que pueden o no acaecer.

Y esta última reflexión sirve de hincapié respecto de otra de las afirmaciones de la sentencia en crisis, en cuanto confronta el derecho a la vida del por nacer y el de la integridad psico-física de su madre.

En Fallos 302:1284, V.E. caracterizó el derecho a la integridad corporal como un derecho de igual naturaleza a la vida, pero secundario respecto de ésta. Y en la colisión entre ambos optó por la vida, como primordial, por entender que estas garantías tienen una jerarquía de preeminencia que, cuando se ven enfrentadas, se deben hacer compatibles. Así lo ha hecho el Tribunal en innumerables oportunidades, como por ejemplo, en Fallos: 306:1892.

Sentado lo expuesto, y considerando que en este caso podría existir una confrontación entre dos derechos constitucionalmente protegidos, estimo que resulta de aplicación la doctrina invocada, salvando las diferencias fácticas, ya que están igualmente en juego, por un lado el derecho a la vida (del por nacer y del receptor del órgano), y por otro lado el derecho a la integridad (de la madre y de la donante).

En conclusión y toda vez que el Tribunal optó por el derecho preeminente, lo mismo cabe decidir, en mi opinión, si el daño alegado por la actora fuera posible de subsanar por otros medios que no requieren vulnerar las garantías del menor que, como se dijo, deben prevalecer.

Aún desde posiciones que pueden aparecer como más extremas que la esbozada en el fallo recurrido, se efectúan interpretaciones que preservan el máximo valor humano, y ello desde culturas y tradiciones tal vez disímiles a la nuestra. Así, a partir de "Roe vs. Wade", 410 US 113, continuando en "Doe vs. Bolton", 410 US 179 y sus consecuentes "Conneticut vs. Menillo", 423 US 9; "City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health", 462 US 416; "Planned Parenthood Association of Kansas City, Mo. vs. Ashcroft", 462 US 476; "Simopoulos vs. Virginia", 462 US 506; "Thornburgh vs. American College of Obstetricians and Gynecologist", 476 US 474; "Mazurek vs. Armstrong", 117 S Ct. 1865; el máximo tribunal norteamericano encontró como ineludible, en todo caso, la aquiescencia o consejo médico, o si se quiere el asesoramiento técnico, para admitir la interrupción del embarazo.

Precisamente, el Dr. Ricardo Illia, ha manifestado su falta de conformidad con toda práctica anticipada al parto normal, pero solamente por entender que no sería acorde a las previsiones legales, al margen de sus otras opiniones personales, así véase, al respecto, el acta labrada en ocasión de la audiencia que celebrara la Cámara Contenciosa Administrativa y Tributaria, en cuanto el doctor manifiesta: "...desde el ejercicio de la medicina no puede adoptar esa decisión en virtud del marco legal". En cuanto a la situación en particular el propio facultativo señala: "...en orden al daño psicológico concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura..." (fs. 61).

Finalmente, debo asumir posición dando respuesta al tema que considero más delicado entre los que son traídos a decisión del Tribunal.

Esto es, tachar de fenómeno al hijo que engendra la amparista S. T., negándole de tal forma su humanidad y con ello los derechos inherentes a toda persona.

Indudablemente, la deficiencia de que adolece el nasciturus se encuentra entre aquellas que son extremas y que por cierto impiden su viabilidad.

Es indudable, que establecer categorías de humanidad, podría conducir hacia el más peligroso sendero discriminatorio, porque sin duda, la más temible de las discriminaciones (peor aún que la racial, religiosa, sexual o política) es aquella en que se permite afirmar o negar al hombre, su propia condición de hombre. Advuértase, que tan difuso es el estrecho límite que se transita cuando se pretende decidir la humanidad de un individuo, que en la misma sentencia en crisis, luego de afirmar innumerables veces que el feto descerebrado carece de las características básicas del humano, se reconoce que el niño por nacer cumple con algunas actividades cerebrales, toda vez que vive a merced de funciones vitales imposibles de concebir sin algún atisbo cerebral (punto II, 2; fs. 186).

Es por ello que me pronuncio por la defensa de la vida de quien presenta signos de humanidad, aunque fueren mínimos, porque no puedo dejar de contemplar que ante nosotros se encuentra un ser que, además de cumplir con funciones vitales básicas, podría en alguna medida sentir, aunque fuere, dolor; sensación que lo ubica a nuestro lado, junto a nosotros, como congénere.

-VI-

Dicho esto, cabe insistir sobre la necesidad de que cualquier decisión administrativa o judicial no pueda significar un debilitamiento de la vigencia normativa del derecho a la vida, incluso desde la misma concepción. Posiblemente la vigencia absoluta de este derecho sea el vértice desde el cual colocar el prisma para observar todo el sistema de protección internacional de los derechos humanos.

Ello, sin embargo, no debe ser entendido, de ningún modo, como una exigencia estatal de que la protección del derecho a la vida se ejecute siempre a través del sistema jurídico penal. Las diferentes instancias estatales y la propia legislativa deben evaluar, en el marco de todos los sistemas de control formal e informal, punitivos y no punitivos, cuál es el que ofrece mayores niveles de protección del derecho a la vida.

Es por eso que, en lo que respecta a la regulación del ilícito de aborto o interrupción artificial del proceso de gestación, las diferentes legislaciones nacionales en todo el mundo han tenido la libertad de regular el conflicto sin perjuicio de la vigencia indiscutida en los pactos internacionales de protección de los derechos humanos desde el mismo iluminismo de ese derecho fundamental.

Ello explica que incluso para la regulación de las diferentes eximentes (más allá de la correspondiente ubicación sistemática en el sistema del hecho punible), los países, por ejemplo europeos, han utilizado el sistema del plazo o de las indicaciones, de acuerdo a propias evaluaciones político criminales (ver, por ejemplo, "La reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española", Silvina Bacigalupo/Helmut Gropengiesser, Buenos Aires, 1999).

La cuestión ha sido siempre compleja teniendo en cuenta que se trata de una combinación de dificultosa medición en la que intervienen bienes e intereses jurídicos de diversa índole y puestos en crisis con diversa intensidad, como la vida del feto, la integridad física de la mujer, y su propia autodeterminación, etc., etc.

El caso sometido a examen en esta instancia adquiere diferentes matices si se considera o no que se configura el supuesto del artículo 85 del Código Penal.

Si así fuera, el paso inmediato posterior debería ocuparse de comprobar la posibilidad de que se den los presupuestos objetivos de alguna de las justificantes previstas en la propia regulación del Código Penal Argentino.

Teniendo en cuenta los extremos más arriba reseñados, el caso sub-examine podría ser uno de los que en el derecho comparado se denominan como “indicación eugenésica”. Es decir supuestos en los cuales no es punible, como lo establece el artículo 417 bis del Código Penal Español (Texto anterior, pero normativa vigente por imperio de la disposición derogatoria única 1. a) CP): “el aborto practicado por un médico, y bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto”.

Como afirma Muñoz Conde, “las razones que avalan esta indicación son más discutibles que las anteriores -el autor español se refiere a otras indicaciones del Código Penal Español-. Evidentemente no pueden fundarse en las dificultades sociales que este tipo de seres pueden tener si nacen, sino en la propia situación excepcional en que se encuentra una embarazada que sabe que puede tener un hijo, antes deseado, en esas condiciones, lo que excede de lo que es normalmente exigible”. Precepto en total consonancia con una tendencia despenalizadora que se advierte en Europa continental dentro de la cual cabe citar como ejemplo a la Ley Alemana de Asistencia a la Embarazada y a la Familia (SFBG) del 27 de julio de 1992, ley que tomó como lema de instalación normativa el siguiente: “ayuda en lugar de pena” (Hilfe statt Strafe).

Claro que, en la legislación nacional, tal indicación no se encuentra prevista. Y aunque lo estuviera, posiblemente tampoco sería aplicable teniendo en cuenta la exigencia temporal exigida en la eximente y no es posible entonces el aborto eugenésico porque no lo autoriza la ley penal.

Ahora bien, teniendo en cuenta otras características del episodio analizado y las propias manifestaciones de quien acude al sistema de justicia solicitando la autorización más arriba mencionada, el supuesto de hecho podría estar encuadrado dentro de lo que se denomina como “aborto terapéutico”. Eximente ésta sí prevista en la legislación nacional y regulada en el artículo 86 inciso 1, que autoriza (posiblemente mediante una justificación en el nivel sistemático de la antijuridicidad) la realización del aborto cuando es ejecutado por un médico diplomado, mediando el consentimiento de la mujer embarazada y encontrándose vigente la finalidad de interrumpir el proceso de gestación para evitar un grave peligro para la vida o salud de la madre, si es que el peligro no puede ser evitado por otros medios.

En el caso, según puede verse se corre el peligro, según se afirma, de una lesión a la integridad mental de la madre, teniendo en cuenta que de no producir la interrupción del proceso de gestación se estaría obligando a la mujer a continuar con un embarazo indefectiblemente destinado al fracaso.

Más allá, por supuesto, que algunos de los elementos de la eximente sean tenidos en cuenta para la solución de este caso, tomando en consideración que toda causa de justificación es la solución más racional a un conflicto de valores insolucionable por otra vía y que otorga

una buena tendencia ética y político-criminal, en el caso aquí analizado, y particularmente para una de las hipótesis posibles: la inducción o adelantamiento del parto, no se verifican los extremos de la vigencia del tipo objetivo del aborto -artículo 85 del Código Penal-.

Como ya se ha afirmado en otras instancias, aquí no se trata de dirigir la interrupción, como lo exige el tipo subjetivo del artículo 85 del Código Penal, a la muerte del feto.

El caso ofrece como dato lamentable del conflicto una situación de riesgo para el producto de la gestación que implica la segura muerte en momento inmediatos posteriores al parto, por lo cual mal podría estar incluido en el dolo como conocimiento y voluntad la producción de un suceso fáctico que de modo natural ya está incluido dentro del universo de las causalidades inevitables.

Se trata sólo de un caso en el cual a la capacidad limitada del ser humano desde el punto de vista fáctico y la mucho más reducida aptitud del jurista desde el punto de vista normativo, sólo les queda reservado un rol deslucido en la administración —ni siquiera evitación— de los riesgos en juego.

En este sentido, ante el altísimo porcentaje de riesgo en el feto, sólo se debe reducir al máximo el riesgo de lesión a la integridad física de la madre. Todo aborto, definido como ilícito penal, requiere la incorporación del riesgo de muerte por un agente que se coloca como autor o como partícipe del hecho, es por ello que, en este caso no es posible inferir que se trate de un caso subsumible en el artículo 85 del Código Penal: de producirse la muerte del producto de la gestación la totalidad del riesgo que desemboca en el curso lesivo provendrá de causas naturales ajenas al propio adelantamiento, o, por lo menos, el grado de lo todavía no definible para la vida del feto es tan ínfimo que no podría explicar ser atribuido a ninguna persona.

Para decirlo en términos dogmáticos: frente a un resultado que de todos modos se producirá, pierden sentido el tipo subjetivo que perfecciona la tipicidad e incluso la totalidad de la imputación objetiva ya que deja de tener explicación el curso lesivo. Para decirlo en términos absolutamente claros: no se trata de un supuesto de aborto.

Todo ello permea de racionalidad, ética y jurídica, a la solicitud de la madre y legitima la autorización judicial para el adelantamiento del parto.

Sin perjuicio de todo ello, cobra sentido la previsión de la posibilidad de que quien sea el médico diplomado ejecutor del acto tenga la posibilidad fáctica y jurídica, con todas sus consecuencias normativas en los diversos ámbitos, de acudir a una “objeción de conciencia”, teniendo en cuenta el grado de sensibilidad que puede provocar el acto autorizado.

-VII- Por todo lo expuesto, opino que corresponde no hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto. Buenos Aires, 8 de enero de 2001. Nicolás Eduardo Becerra.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 11 de enero de 2001.

Vistos los autos: “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”

Considerando:

1º) Que contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, al revocar la de la cámara de apelaciones, admitió la acción

de amparo incoada, interpuso el asesor general de incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el recurso extraordinario que fue concedido en fs. 269/270. El defensor oficial se expidió en fs. 340/344 y el señor Procurador General de la Nación lo hizo en fs. 348/358.

2º) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente, por hallarse en juego la interpretación de normas federales (arts. 14, 14 bis, 18, 19, 33, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre los Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ley 23.849 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño; la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, tratados de jerarquía constitucional) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente sustenta en dichas normas.

3º) Que el a quo autorizó a la dirección del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la amparista, quien se halla en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico, enfermedad clínica extrema que excluye -según informes médicos evaluados por la Corte local- su viabilidad extrauterina. La sentencia recurrida impone al hospital la obligación de informar el resultado de la intervención médica dentro de las 24 horas de realizada y exige que sea llevada a cabo “conforme con las normas y protocolos médicos correspondientes con las reglas de la *‘lex artis’* y según el criterio que determine el equipo terapéutico responsable, el cual deberá actuar en todo momento y dentro de los límites de lo posible, desde el punto de vista técnico médico, con el mayor respeto hacia la vida embrionaria...”

4º) Que cabe señalar, en primer término, que la virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el del embarazo de la actora. El transcurso íntegro de ese período vital tornaría inoficioso un pronunciamiento de este tribunal, a la vez que sería susceptible de concretar el daño actual o inminente en que se sustenta esta acción de amparo. Esas circunstancias imponen al Tribunal la adopción de una decisión con la máxima urgencia, máxime frente a la comprobación de que cuestiones de competencia han provocado dilaciones incompatibles con el inevitable término del proceso de gestación de un ser humano.

Esa problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica al advertir que las cuestiones relacionadas con el embarazo —o su eventual interrupción— jamás llegaban al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, pues su tránsito por las instancias inferiores insumía más tiempo que el que lleva el decurso natural de ese proceso. Ante esa evidencia, optó por decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaía su pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del tribunal fuese expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro (“Roe v. Wade”, 410 U.S. 113 - 1973).

5º) Que esta Corte ha asumido la imperiosa necesidad de pronunciar su decisión tempestivamente al habilitar la feria judicial para dar oportuna respuesta a la petición sub examine. Ello, porque en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible, que indefectiblemente concluirá con el alumbramiento del “nasciturus”, a diferencia de lo acontecido en la causa “Bahamondez” (Fallos: 316:479), en la que cuando se dictó el pronunciamiento se hallaba superada la crisis, dentro del cuadro clínico que había suscitado el conflicto.

6º) Que resulta necesario definir la cuestión a resolver, para examinar la suerte de los agravios invocados en el recurso extraordinario.

Coincide esta Corte con el a quo en que, en las actuales circunstancias, la petición de amparo no implica la autorización para efectuar un aborto y que la sentencia en recurso no contempla siquiera tal posibilidad.

En efecto, resulta evidente que no se persigue una acción que tenga por objeto la muerte del feto y que el pronunciamiento apelado ordena preservar especialmente su vida, en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla. No deja lugar a dudas la expresa indicación que en tal sentido consta en la sentencia (punto tercero de su parte resolutive), en cuanto exige ajustarse a las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria”.

No es ajeno a esta conclusión el avanzado estado del embarazo de la amparista, que desde el punto de vista científico autoriza a calificar el eventual nacimiento como “prematuro”, pero no ya como “inmaduro” (ver declaración del doctor Illia, especialista en la materia, en fs. 59 vta.) y, menos aún, como un medio con aptitud para causar la muerte de la persona por nacer, por la insuficiencia de su evolución. El mismo profesional médico califica como nula la viabilidad del feto fuera del vientre materno, a cuyos efectos declara que no existe diferencia en cuanto a su posibilidad de sobrevivida, entre inducir el parto en ese momento o esperar el íntegro transcurso de los nueve meses de gestación, pues “al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen, no podrá subsistir con autonomía”, de modo que diagnostica “el fallecimiento indefectible”.

7º) Que, en el marco descripto, cabe examinar el agravio deducido en favor del “nasciturus”, que, en las palabras de su representante legal, sintetiza dramáticamente la situación: “...se advierte con claridad que no corre peligro la vida de la madre, y que durante su situación intrauterina, tampoco lo corre mi representado. ¿Entonces por qué decidió el órgano jurisdiccional su muerte anticipada?”. (fs, 250).

En idéntico sentido se ha expresado el Defensor Oficial subrogante ante esta Corte, al mantener el recurso federal. (fs. 340/344).

8º) Que, por penoso que ello sea, es menester admitir que los diagnósticos médicos no prevén posibilidades de sobrevivida extrauterina. Y resulta innegable que el alumbramiento debe producirse en forma necesaria, inevitable y -al presente- dentro de muy breve tiempo.

Así, el valor defendido por el recurrente, aunque no puede ser medido —ninguna vida humana es mensurable—, se define como una supervivencia intrauterina durante escasos días, frente a una muerte inmediata después del parto, científicamente considerada inevitable.

Resta examinar si, en esa situación, adelantar el nacimiento adelanta realmente la muerte del defendido.

9º) Que, según los informes obrantes en la causa, adelantar o postergar el alumbramiento, en esta etapa de la gestación, no beneficia ni empeora la suerte del “nasciturus”. Es que su eventual fallecimiento no sería consecuencia del hecho normal de su nacimiento, sino de la gravísima patología que lo afecta. Es de la naturaleza de este mal que exteriorice su máxima dimensión en la separación del feto de su madre, pues el abandono del seno materno es, precisamente, la circunstancia que revela su ineptitud para la vida autónoma.

No cabe suponer que la preservación de la vida imponga la postergación artificiosa del nacimiento, para prolongar la única supervivencia que le es relativamente asegurada: la intrauterina. Aún esa postergación —de ser factible— llegaría inevitablemente a un fin, pues terminado el ciclo natural, el niño debe ser expulsado del útero materno, proceso irreversible de la subsistencia de la especie humana.

10) Que, en esas condiciones, coexiste la frágil e incierta vida intrauterina del “nasciturus”, con el sufrimiento psicológico de su madre y de su familia entera, que ve progresivamente deteriorada su convivencia en función de un acontecimiento dramático, que se extiende y agrava sin dar margen para la elaboración del duelo (ver informe psicológico de fs. 12/14, valorado con las limitaciones que se expresan en la sentencia recurrida).

11) Que el nacimiento no es, en el caso, un medio para causar la muerte del feto. Así lo aseveran los informes médicos que obran en la causa y lo ratifica el dictamen de la Comisión de Bioética del establecimiento hospitalario implicado (ver fs. 58); el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita.

El alumbramiento sólo pondrá en evidencia que no puede sobrevivir en forma autónoma, sin que la solución que aquí se adopta afecte la protección de su vida desde la concepción, tal como lo establecen el art. 2º de la ley 23.849 —aprobatoria sobre la Convención de los Derechos del Niño— y el art. 4º, Convención Americana sobre los Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—. Todavía se encuentra vivo dentro del vientre de otra persona, su madre, de quien se diferencia desde aquel momento y no a partir de su nacimiento. En el caso, la madre carece de medios científicos para salvar la única vida de que goza su hijo, más allá de haber llevado su embarazo a un término que autoriza válidamente a inducir su nacimiento, sin que de ello resulte agravamiento de su mal. Si el niño nace con vida y logra sobrevivir, por sobre el umbral de la ciencia, el adelanto de esa circunstancia no modificará sus posibilidades. Si fallece, como se anuncia, será por sufrir la grave dolencia que lo afecta, no por haberse dado cumplimiento al paso necesario y natural de la vida que consiste en la separación de su madre por efecto del parto.

Las causas y efectos de los hechos que conducen al fallecimiento —calificado como inevitable— son parte de un proceso biológico cuyo curso no puede ser alterado por medios científicos ni —ello es evidente— por sentencia judicial alguna.

12) Que numerosas razones conducen a aceptar la solución dada por el a quo a un caso que —como bien se dice en la sentencia— los jueces quisieran no tener que resolver.

En efecto, se verifica la situación paradójica de que, con el alumbramiento, aún rodeado de las máximas precauciones que puede proporcionar la ciencia médica, acontecerá la muerte del “nasciturus”. Llegar a ser un individuo en el mundo exterior significa cruzar un umbral que, en la especie, resulta insuperable pues el mero hecho de atravesarlo provocará el deceso.

Y de esa suprema contradicción, que conjuga la vida y la muerte, fluyen los sentimientos confusos que el caso guarda.

Pero para dejar atrás la confusión es preciso afirmar que en la decisión a la que se arriba en el fallo nada hay que altere el curso natural de las cosas: concepción, vida en el seno materno, transcurso de un período de gestación más que suficiente para la formación del ser humano completo y viable, su alumbramiento sin riesgos para el hijo y madre, y la preservación del

derecho a la vida de ambos durante el curso de este proceso mediante instrucciones precisas del tribunal a quo en ese sentido.

El suceso escapa de todo control científico o jurídico ya que la vida del niño sólo perdurará durante el mantenimiento en el seno de la madre, que concluye al cumplirse un plazo infranqueable: el ciclo normal de gravidez.

Por ello, la conservación de la vida del niño se identifica con el transcurso normal de un embarazo de duración suficiente para el nacimiento sin riesgo. Y ese ciclo está aquí cumplido.

Frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia supra.

Así, la vida del niño por nacer está protegida por todos los medios científicos que convienen a su muy delicado estado, sin que se adopte medida alguna con aptitud para agravar su patología o para impedir o dificultar la supervivencia extrauterina que suceda al acontecimiento natural del parto. Por otro lado, y como elemento esencial de esta decisión, se ampara la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica —ya afectada por los hechos, que hablan por sí mismos— constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección.

13) Que debe exponerse, como resumen de lo aquí señalado, que no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es —para excluir la protección de su vida— persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida.

En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación.

Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura —dentro del margen de toda situación vital— el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir.

No sólo ello: entre las cargas impuestas a los médicos que intervendrán, se les señala que deberán cumplir todas las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria”.

Esta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción, con gestación de plazo suficiente —que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana—, cuyo resultado no depende de la acción humana, sino de la trágica condición de este niño por nacer: su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales.

Por las razones expuestas precedentemente, sin compartir las que se desarrollan en la sentencia en recurso, y oído el señor Procurador General, se confirma la decisión recurrida en cuanto a los alcances de la resolución dictada a fs. 233/235. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. JULIO S. NAZARENO (*en disidencia*) — EDUARDO MOLINE O’CONNOR — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CESAR. BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disiden-*

cia) — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — GUILLERMO A. F. LOPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

1º) Que S. T. requirió al Director del Hospital Municipal Infantil Ramón Sardá —mediante nota del 2 de noviembre de 2000— que se le realizara un “parto inducido u otra acción terapéutica que resulte indicada” ante la constatación realizada por personal de ese nosocomio en el sentido de que era portadora de un feto que no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia).

2º) Que ante la negativa del personal del hospital a realizar esa medida, la peticionante promovió acción de amparo ante el Juzgado N° 7 Contencioso y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para obtener “la autorización para anticipar el parto o interrumpir el embarazo” en virtud del riesgo que amenaza a su salud física y psíquica y ante la existencia de gravísimas malformaciones del feto que subsistirán cuando éste nazca.

3º) Que la fiscal de primera instancia no cuestionó la competencia del tribunal (dictamen del 15 de noviembre) y el asesor tutelar solicitó ser tenido por parte en representación de los derechos humanos del niño cuya personalidad humana se reconoce desde la concepción (conf. art. 2º de la ley 23.849 aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño) y en tal carácter solicitó el rechazo de la acción de amparo y reclamó que se prohibiera a la demandada —Secretaría de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— la realización de cualquier tipo de maniobra técnica abortiva sobre la actora.

4º) Que la juez de primera instancia —mediante pronunciamiento del 16 de noviembre— se declaró incompetente para entender en las actuaciones, sin perjuicio de lo cual destacó que no se presentaba en el caso una situación de peligro que hiciera necesaria el dictado de una medida precautoria.

5º) Que apelada la decisión por la fiscal de primera instancia, la cámara declaró la competencia del mencionado fuero y citó a la actora, al asesor tutelar, al Director del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá y al Jefe de Obstetricia de esa institución a una audiencia que fue celebrada el 27 de noviembre y en la cual se expusieron los diversos puntos de vista de los convocados respecto a la posibilidad de interrumpir el embarazo de la demandante. La alzada dispuso posteriormente —resolución del 28 de noviembre— que el amparo habría de ser sustanciado y decidido por ese tribunal lo que fue revocado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la resolución del 14 de diciembre que dispuso que la causa fuera resuelta por el juzgado de primera instancia.

6º) Que la magistrada de primera instancia consideró que no se había demostrado que la falta de interrupción del embarazo pudiera poner en grave riesgo a la salud de la madre por lo que desestimó la acción de amparo. Esa decisión fue confirmada por la alzada que entendió —en lo sustancial— que el feto es objeto de protección expresa en el ordenamiento jurídico nacional y que tampoco surgía la existencia de un grave peligro para la salud o para la vida de la madre.

7º) Que la demandante dedujo recurso de inconstitucionalidad que fue concedido por la cámara y que fue admitido por el Tribunal Superior de Justicia mediante decisión del 26 de

diciembre donde se hizo lugar a la acción de amparo y se autorizó a la dirección del hospital citado para que procediera a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la actora.

8º) Que el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dedujo recurso extraordinario contra dicho pronunciamiento que —según sostiene— lesiona el derecho a la vida de la persona por nacer al no ponderar la normativa vigente que reconoce la existencia de la personalidad humana desde la concepción, con independencia de su viabilidad.

9º) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente, por hallarse en juego la interpretación de normas federales (arts. 14, 14 bis, 18, 19, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; ley 23.849 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño; la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, tratados de jerarquía constitucional) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente sustenta en dichas normas.

10) Que la amparista es una mujer de treinta y cinco años de edad, casada y con una hija de 12 años de edad, que ha sido atendida en el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá donde el 17 de octubre de 2000 le fue realizada una ecografía obstétrica que determinó que el feto —con edad gestacional de 19 semanas— no presentaba “desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia)” (ver informe de fs. 7).

Conocida esta circunstancia, pidió mediante nota del 2 de noviembre de 2000 que se le realizara un parto inducido. Ante la negativa del nosocomio, promovió acción de amparo el 14 de noviembre de 2000.

11) Que el Comité de Bioética del mencionado hospital informó el 27 de noviembre de 2000 que el feto comprometido con anencefalia tiene viabilidad nula en la vida extrauterina. Ese parecer fue reafirmado en la audiencia celebrada en la misma fecha ante la cámara por el Subdirector del Hospital doctor Ricardo Horacio Illia; conforme al acta que obra en autos, éste señaló que “la viabilidad nula que menciona el informe de la Comisión supone el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno, al cabo de minutos u horas, menos de 12 horas. No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de sobrevida entre inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses. El feto se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto a lo referido al encéfalo, remedando una situación usual. Ocurre que al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía. En ningún caso un recién nacido de estas circunstancias recibe tratamiento neonatológico, por la imposibilidad de vida extrauterina, ni siquiera vida vegetativa. Nadie lo reanimaría... El proceder solicitado por la actora constituiría una evacuación precoz, que podría llevarse a cabo ante una indicación al respecto. Este embarazo, tiene que quedar absolutamente claro, que nazca hoy, o dentro de un tiempo, no existen posibilidades de sobrevida. Señala que la interrupción del embarazo anterior a las 20 semanas es aborto, pero actualmente la actora lleva un embarazo de 26 semanas. Actualmente se trataría de un parto inmaduro y, a partir de la semana 28 sería prematuro, lo que en este caso no cambia el resultado”.

12) Que para oponerse al pedido de la actora, el representante tutelar afirma que el feto tiene vida, es persona humana y tiene, al menos, derecho a subsistir hasta que se produzca el parto por el proceso natural de gestación.

13) Que el recurrente no ha tachado de arbitrariedad las consideraciones formuladas por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de modo que han quedado firmes los juicios de hecho allí formulados en torno a las características del feto anencefálico, su absoluta carencia de viabilidad ya que morirá a las pocas horas de nacer sea que el parto se produzca ahora o a los nueve meses de gestación, y los peligros para la salud psíquica y física de la madre por la continuación del embarazo.

Resulta, entonces, indiscutible en esta instancia que el feto tiene viabilidad nula en la vida extrauterina, que la inducción del parto en este caso representaría un nacimiento prematuro (no ya como inmaduro, ver explicación del doctor Illia en la audiencia citada), que existe un peligro o daño para la salud de la demandante por la continuación de un embarazo de esas características, caracterizado como “daño psíquico” y que el objetivo del anticipo del parto es evitar un mal mayor en la salud de la madre gestante.

14) Que el planteo del recurrente, más allá de los términos en que se lo formula, no implica la pretensión de salvar la vida del niño, ni la de hacer posible una asistencia médica que establezca en su beneficio probabilidades de viabilidad; los informes y declaraciones coincidentes de los profesionales médicos y las conclusiones unánimes de la ciencia sobre la anencefalia descartan de manera absoluta posibilidades de esa índole. Lo que, entonces, concreta y sustancialmente pretende el recurrente es prolongar la vida intrauterina de un feto que, desdichada e irremediamente, morirá a las pocas horas de nacer.

La letra y el espíritu de la Convención de los Derechos del Niño y otros textos invocados no amparan sin más esta pretensión, como si implicara la defensa de un valor absoluto, ya que de otro modo estarían vedados, en todos los casos, la inducción de parto y la cesárea destinados a evitar algún riesgo a la salud de la madre o del “nasciturus”, aun cuando ya se haya cumplido el período mínimo de gestación.

En este caso, la muerte del niño ocurrirá irremediamente a las pocas horas de nacer, cualquiera sea el momento en que se produzca, medie o no inducción de parto, como consecuencia de la anencefalia.

El feto ya ha cumplido ocho meses de gestación, término que, de no mediar la citada afección, permitiría un nacimiento con vida y en plenas condiciones de viabilidad.

De manera que, en el presente caso, la causa de la muerte del niño será la anencefalia y no la inducción del parto.

Ello conduce a advertir que el simple objetivo de prolongar la vida intrauterina del “nasciturus” no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con “viabilidad nula en la vida extrauterina” (del informe del Comité de Bioética del Hospital Ramón Sardá), sufrimiento que no sólo ha sido avalado en autos por la declaración del médico doctor Ricardo Illia en la audiencia del 27 de noviembre de 2000 quien expresó, entre otros conceptos, “en orden al daño psicológico, concuerda con la actora en que esto tiene visos de tortura”, sino que el más elemental sentido común permite comprender. Además, las expresiones de la actora vertidas en esa audiencia, que describen con sobriedad, sin patetismo, aspectos de su vida cotidiana, su prolongada aspiración de tener un segundo hijo, la alegría inicial y la desesperación que sobrevino revelan —sin que quede lugar a una réplica seria, respetuosa de la condición humana, más allá de la retórica— la magnitud del drama que la actora y su familia están viviendo.

Ese grave daño psíquico de la actora —que sin duda han de padecer quienes componen su grupo familiar, incluida su hija de doce años— representa una lesión a su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional (conf. art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), art. 12. incs. 1º y 2º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que impone a los estados partes adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica y el art. 12 inc. 2º del mismo tratado en cuanto dispone que los estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario; también el art. 10 inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4 inc. I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ley 153, art. 3º de dicha Ciudad.

15) Que, conforme a lo antes expresado, no estamos ante un pedido de aborto ni una sentencia que lo autorice. El a quo sólo ha autorizado la inducción del parto de acuerdo a las reglas de la *lex artis* “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria” (punto 3º de la parte resolutive).

El aborto requiere la interrupción del embarazo de un feto vivo con resultado de muerte del feto (por todos: Soler, “Tratado de Derecho Penal”, p. 110, ed. 1945).

La inducción del parto prematuro no tiene como objetivo la muerte del feto sino el nacimiento con vida, sin perjuicio de que luego, en un breve lapso, la anencefalia produzca la muerte del niño.

16) Que por lo dicho, en este caso, en el que ninguna sentencia puede aportar felicidad, sólo mantener o poner fin a un intenso sufrimiento, el tribunal debe proteger el derecho de la madre a la salud frente a la pretensión de prolongar, sin consecuencias beneficiosas para nadie, la vida intrauterina del feto.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso interpuesto y se confirma la sentencia. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. GUSTAVO A. BOSSERT.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S. NAZARENO

Considerando:

1º) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revocó la sentencia de la instancia inferior, admitió la acción de amparo deducida en autos y, en consecuencia, autorizó a la Dirección del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” a que le indujera el parto, o bien, le practicara la intervención quirúrgica cesárea a la actora quien se halla en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico que tiene nulas probabilidades de vida extrauterina. Contra tal pronunciamiento (fs. 179/235) el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, interpuso el recurso extraordinario federal (fs. 239/264) que, previo traslado a los interesados, le fue concedido (fs. 269/270).

2º) Que el recurso es formalmente admisible pues —según se verá seguidamente— se han puesto en tela de juicio la inteligencia y aplicación de normas de jerarquía constitucional y la

decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en aquéllas (art. 14 inc. 3º de la ley 48).

3º) Que las excepcionales y dramáticas circunstancias de hecho que rodean el presente caso y autorizan a la habilitación de la feria judicial pueden sintetizarse del siguiente modo: La señora S. T., casada con el señor L. A. y madre de una hija de doce años, quedó embarazada, mas casi al quinto mes de gestación tuvo conocimiento —mediante una ecografía obstétrica que se le practicó (fs. 7/11)— de que el feto no presentaba desarrollo de la masa encefálica ni calota craneana, lo que constituía un diagnóstico de anencefalia por lo que no era viable la vida extrauterina una vez producido el parto (ver informe de fs. 58 y expresiones del médico obstetra doctor Ricardo Horacio Illia, efectuadas en la audiencia de fs. 59/61, en especial, fs. 59 vta.). Frente al cuadro de situación descripto la madre concurrió al Hospital Materno Infantil “Ramón Sarda” y solicitó que le realizaran “un parto inducido o lo que el médico estime como el medio más adecuado para dar fin a este embarazo que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer a la vez, el anuncio mismo de la muerte” (conf. nota de la actora y de su cónyuge obrante a fs. 3/6, en particular fs. 3, tercer párrafo). Las autoridades de dicho nosocomio se negaron a practicarle a la peticionante la intervención quirúrgica solicitada lo que motivó que aquélla promoviera una acción de amparo ante la justicia contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra la institución hospitalaria citada a fin de obtener la autorización judicial correspondiente para **“anticipar el parto o interrumpir el embarazo, en virtud del riesgo que amenaza mi salud física y psíquica, y ante la existencia de gravísimas malformaciones en el feto que descartan su nacimiento con vida”**, ello con fundamento en el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. escrito de demanda, fs. 16, primer párrafo, y 19 vta. las negritas pertenecen al original).

4º) Que la jueza de primera instancia rechazó la demanda (fs. 135/138).

Para decidir del modo indicado la magistrada juzgó que la pretensión deducida debía encuadrarse en la hipótesis del aborto terapéutico previsto en el Código Penal, dado que “la interrupción del embarazo que aquí se solicita —en la medida en que se sustenta en la existencia de grave peligro para la salud de la madre— debe entenderse amparada en lo dispuesto por el inc. 1º del mentado art. 86... puesto que de no ser así, lo que en definitiva se estaría peticionando al juzgado sería una autorización para delinquir” (fs. 136, último párrafo).

Desde tal perspectiva consideró que los elementos aportados a la causa no autorizaban a concluir en la existencia de un “grave riesgo para la salud de la madre” —tal como impone la norma penal citada— ello sin perjuicio de tener presente el dolor de los padres frente a la terrible situación que enfrentaban. En consecuencia, concluyó que la negativa de las autoridades de la entidad hospitalaria a practicar la intervención quirúrgica pedida por la amparista no constituía una conducta arbitraria ni ilegítima en los términos del art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5º) Que la cámara confirmó la decisión de primera instancia por mayoría de dos votos contra uno (fs. 127/137). El vocal preopinante coincidió con la amparista en que para proceder a la interrupción del embarazo no era necesaria la inminencia de un daño grave e irreversible sino tan sólo de un “peligro grave” para la vida o la salud de la madre; empero, juzgó que no existía constancia alguna en la causa que acreditara tal extremo lo que determinaba el rechazo de los agravios de la apelante.

Por otro lado, el restante magistrado que contribuyó a formar la decisión agregó que a pesar de que el carácter de persona humana del anencefálico, el “valor de su existencia y

de la protección que aquél merece ha sido controvertida desde la época de Paulus” (fs. 133 vta.) semejante cuestión había sido superada en la actualidad ya que la humanidad del ente por nacer no quedaba subordinada a la inexistencia de patologías ni a su sobrevida; señaló que a tal conclusión llegaban no sólo la doctrina nacional más autorizada sino también las convenciones internacionales —como por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica— de rango constitucional que ratificaban el criterio de nuestro codificador en punto a que la existencia de las personas y la protección jurídica de éstas comenzaba desde la concepción en el seno materno. Por ello, entendió que la pretensión deducida en el amparo sólo podía tener favorable acogimiento en caso de estado de necesidad el cual no se configuraba en la especie.

6º) Que el tribunal superior local revocó el fallo de la cámara por mayoría de cuatro votos contra uno (fs. 179/235).

Los argumentos expuestos por los miembros que integraron la decisión mayoritaria son, en términos generales, los siguientes: 1º) que la autorización judicial pedida en el amparo no constituye un aborto en los términos de la ley penal (fs. 188/190); 2º) que sentado lo anterior “no tiene sentido examinar si se trata de un ‘aborto justificado’, como proponen las sentencias antecedentes”, pues el acto es “externo al Derecho penal, no abarcado por él, en fin permitido desde este punto de vista (CN, 18 y 19)” (fs. 191, último párrafo); 3º) que los fallos anteriores confunden la definición de aborto como figura penal “con la mera interrupción voluntaria del embarazo”(fs. 192); 4º) que la anencefalia “representa, entre las patologías fetales, un carácter clínico extremo. La ausencia de los hemisferios cerebrales —vulgarmente, de cerebro y de cráneo— constituye la ‘representación de lo subhumano’ por excelencia...” por faltarles el mínimo de desenvolvimiento biológico exigido para el ingreso a la categoría de ‘humanos’ para afirmar más adelante “Es el cerebro el que permite o posibilita la personalización de la humanidad” en los términos del art. 70 del Código Civil (fs. 192, último párrafo y 193); 5º) que “muchos moralistas católicos de renombre tienen posición tomada a favor de esta operación quirúrgica en el caso específico de la anencefalia, pues no son seres humanos” (fs. 193, segundo párrafo); 6º) que la discusión no se centra en el comienzo de la vida humana sino “con otros elementos que nos permitirían, eventualmente, definir aquello que es vida humana frente a procesos embriológicos fallidos”(fs. 194); 7º) que el art. 86, inc. 1º del Código Penal “no exige que el daño sea grave, sino tan sólo, diagnosticable” (fs. 196, tercer párrafo); 8º) que le asiste razón a la amparista en virtud del principio de autodeterminación procreativa de los padres respecto del cual el a quo expresó que “la Corte Suprema de los EE.UU. (casos “Roe v. Wade”... y “Doe v. Bolton”...), acudió a ese derecho, que se denomina derecho a la privacidad, para decidir acerca de ciertas etapas del embarazo en las cuales dominan la decisión de los padres...” (fs. 198); 9º) que “a la fecha no existe un verdadero conflicto entre el derecho a la vida del nasciturus y la protección de la vida de la madre gestante. Todo ello en razón de que la inducción del parto o eventual cesárea...no afectaría la vida del nasciturus”(fs. 205); 10) que el derecho positivo no sostiene la tesis acerca de la prevalencia automática del derecho a la vida de la persona por nacer frente a los derechos de su madre dado que la solución no es tan simple” (fs. 206); 11) que “Ser mujer es la condición sin la cual lo que le sucede no le sucedería: ser la portadora de una gestación condenada al fracaso. Se trata, entonces, de transferir la discusión del feto anencefálico a la mujer embarazada, al riesgo de su vida, de su salud, a cómo está hoy y a cómo estará, y reflexionar acerca de si podrá o no podrá, en el futuro, cumplir con los deberes y asumir las responsabilidades que tiene para sí misma, para con su familia y muy especialmente para con su hija” (fs. 206, último párrafo y 207); 12) “¿Por qué negar o impedir un parto anticipado en aras de la salud materna, si ello no entraña ningún perjuicio para el niño, que ya está condenado a morir y sí conlleva un beneficio para la madre y la familia?” (fs. 214); 13) Que la negativa de las autoridades hospitalarias es arbitraria porque la amparista

acompañó un informe psicológico que expresa que ya sufre un daño en su salud psíquica y, además, porque el director del nosocomio al contestar el pedido de informes de rigor no sólo no rebate las conclusiones del dictamen sino que reconoce la existencia de esa lesión a la salud psíquica al igual que las declaraciones efectuadas ante la cámara (fs. 224).

7º) Que en el remedio federal el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma expresa que, a pesar del entrecruzamiento de líneas argumentales de distinta naturaleza, esto es, científicas, filosóficas y jurídicas en las que se funda el fallo impugnado **“Nada se dice del derecho de vivir por el tiempo que la gestación de la persona por nacer demande”** (fs. 254 punto 4.3, las negritas y el subrayado pertenecen al original).

Semejante planteo —escueto pero suficientemente claro en punto a las cuestiones constitucionales que involucra— implica que, a juicio del apelante, la demandada no ha obrado arbitraria ni ilegítimamente y que, por lo tanto el amparo debe ser desestimado. En tales circunstancias, y en atención a los fundamentos dados por el a quo reseñados en el considerando anterior, se impone liminarmente dilucidar los siguientes interrogantes: 1º) ¿es el organismo viviente que anida en el vientre de la actora, a pesar de la patología que padece, una persona por nacer?; 2º) en caso afirmativo ¿tiene derecho a la vida?; y si en efecto lo tiene, ¿debe prevalecer sobre el que ha invocado la madre para fundar el amparo?

8º) Que para dar respuesta a la primera de las preguntas formuladas es preciso tener en cuenta que, a pesar de la máxima de Javoleno que reza “Omnis definitio in iure civile periculosa est” (Digesto, 50, 17, 202) y a la advertencia de Freitas en sentido análogo (ver nota al art. 495, Código Civil), la ley define a las personas como “todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones” (art. 30, cód. cit.) al tiempo que prescribe que “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible” (art. 51 cód. cit.) y, además, que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre” (art. 70, cód. cit.).

La disposición transcrita en último término es inequívoca en punto a que la protección legal de la persona humana comienza desde su concepción; y no son menos explícitas otras normas, pero de rango constitucional, que serán consideradas más adelante (vgr., art. 75 inc. 23, Constitución Nacional; art. 4º del Pacto de San José de Costa Rica, art. 6.1., Convención sobre Derechos del Niño y art. 2º de la ley 23.849).

Queda claro, pues, que se “es” persona desde la concepción en el seno materno, y siempre y cuando se tengan “signos característicos de humanidad” (art. 51 cit.), expresión esta que ha suscitado críticas por parte de algunos autores (ver Llambías J.J., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 5ª edición, T. I, pág. 249, número 320), pero cuyo cabal significado corresponde establecer en el “sub examine”.

A tal fin conviene tener presente, en primer lugar, que al abordar este aspecto el a quo adhirió, bien que de un modo elíptico pero no por ello menos claro, a la interpretación histórica de la norma aludida; así le dio el sentido que hace siglos los romanos le atribuían según el cual, persona es todo ser que no sea “ni monstrum ni prodigium” (ver fallo recurrido, fs. 193, punto 2 y fs. 194; asimismo art. 70 del Código Civil y su nota). Empero, es evidente que dicho criterio permite juzgar al individuo sólo a partir del momento del parto y desde el punto de vista de su forma física exterior con el más grosero de los subjetivismos, concluyendo que “un miembro de

más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho” y que “Parece que la cabeza debe presentar las formas de la humanidad” (nota al art. 70 cit. y fallo apelado, en particular, fs. 194), lo cual, sumado a la fórmula ni “monstrum” ni “prodigium” pone de manifiesto la precariedad científica de que adolece al tiempo que revela el tipo de mentalidad mágica a la que es afín, esto es, una apta para creer en trasgos y criaturas espectrales mas quizá incapaz para reconocer a un ser humano de una raza distinta como persona. Semejante interpretación justifica las críticas efectuadas al art. 51 por la “forma pueril” con que el codificador alude allí al hombre (conf. Llambías, obra y lugar citados); por lo demás, es deficiente desde el punto de vista lógico porque opera por exclusión sobre las excepciones en lugar de hacerlo por definición sobre los principios; dicho de otro modo, hace depender la distinción de casos excepcionales mas no de los supuestos generales que se presentan a diario. En suma, no se sabe qué es un “monstrum” ni lo que es un “prodigium”, pero lo peor de todo es que no se sabe lo que es una persona pues, lo único cierto es que **“Los textos no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana”** (nota al art. 70 antes referido, última parte, las negritas no pertenecen al original).

Probada la ineficacia de la hermenéutica examinada, y dado que el derecho es una idea práctica que se nutre de la realidad es preciso acudir a las ciencias que estudian la realidad biológica humana, esto es, la genética, para establecer cuáles son “los rasgos característicos de humanidad” aludidos en la disposición que se procura inteligir.

Dicha disciplina —en sus conceptos elementales, comprensibles para cualquier persona medianamente ilustrada— nos enseña que la secuencia del ácido desoxirribonucleico, identificado bajo la conocida abreviatura “ADN” “es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética” en el que existen “secuencias denominadas ‘únicas’ que codifican para las proteínas” (Chieri, Primadora, “Genética Clínica”, López Libreros Editores, Buenos Aires, 1988, págs. 34 y 42); se trata de lo que se ha dado en llamar “el corazón mismo de todos los procesos vitales”, se transmite de generación en generación según el proceso físico-químico descubierto por Crick y Watson; es un hecho científico que la “construcción genética” de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues **“El ADN del ‘huevo’ contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles”** (conf. Salet, Georges, biólogo y matemático, en su obra “Azar y certeza” publicada por Editorial Alhambra S.A., 1975, ver págs. 71, 73 y 481; la cual fue escrita en respuesta al libro “El azar y la necesidad” del premio nobel de medicina Jacques Monod).

En una línea afín de pensamiento, modernamente se sostiene que “Hoy se sabe que las células vivientes constituidas por una cinta doble de ADN, están estructuradas por un determinado número normalmente par de cromosomas. También se sabe con certeza que ese número cromosómico varía según las distintas especies animales. Los cromosomas de los antropoides se parecen a primera vista a los de los seres humanos, pero hay particularidades típicas de cada especie. Una rápida mirada a través del microscopio electrónico permite distinguir eficazmente los cromosomas de un chimpancé, de un gorila, de un orangután, y, por supuesto, de un hombre. A tal punto que, actualmente, en el campo de la imprevisible genética la especie se define por el número cromosómico celular. La especie humana, y solamente ella, tiene en sus células 46 cromosomas (23 procedentes de la vía paterna y 23 de la materna); esa larga molécula de ADN de dos metros de largo (si se la desplegara totalmente) es el único vínculo que une a los hijos con sus padres, y a éstos con sus progenitores, y así hasta los orígenes. Ninguna prueba de laboratorio (estudiando los célebres fósiles) existe para demostrar que, en esos orígenes, hayan existido verdaderos hombres con un número cromosómico diverso al de los actuales” (conf. Basso Domingo “Justicia original y frustración moral” Abeledo Perrot,

2000, págs. 20 y 21, ver nota 52 en págs. 21 concorde con Curtis Helena, "Biología" 4ª ed., Medicina panamericana, México 1985, págs. 267 y sgtes.; Martínez Picabea de Giorgiutti, E. "Aproximación a la problemática actual en biogenética", Celam, Bogotá 1985; Diccionario Médico Salvat, 3ª ed., Barcelona, 1990; Thompson, J.S. — Thompson M.W. "Genética Médica", 3ª ed., Salvat, 1985).

De ello se deduce que el ADN humano o genoma humano identifica a una persona como perteneciente al género humano y, por ende, constituye un signo "característico" e irreductible de humanidad en los términos de la ley (art. 51, Código Civil). Es en función de esta realidad científica que tanto genetistas como juristas y aún filósofos coinciden, con ligera diferencia de matices, en adoptar medidas tendientes a proteger la dignidad del genoma humano; y que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) haya creado el Comité Internacional de Bioética, instancia internacional destinada a la reflexión sobre las investigaciones en biología y genética y a las aplicaciones experimentales de éstas, en cuyo seno se han propiciado estudios e iniciativas tendientes a fijar pautas para evitar la manipulación genética (ver la conocida Declaración Universal sobre el Genoma Humano en el contexto de las iniciativas propiciadas por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, en Gaceta Médica de Caracas, volumen 106, N° 1, enero-marzo de 1998, Caracas, Venezuela).

A esta altura del desarrollo argumental no pueden existir dudas sobre el carácter de persona humana del organismo viviente que la amparista alberga en su vientre ya que, obvio es decirlo, tanto ésta como su cónyuge son humanos y, por ende, son aptos para transmitir esa condición a sus hijos.

Aún más, las constancias de la causa demuestran que, tal como se anticipó reiteradamente al reseñar los antecedentes del "sub lite", la actora ha engendrado "un feto que se mantiene en un ritmo de crecimiento, excepto en lo referido al encéfalo" (fs. 59 vta); tales son las expresiones del doctor Ricardo Horacio Illia quien, además de ser subdirector del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, "es médico obstetra con especialidad en embarazo de alto riesgo (fs. 59)" y está interiorizado de la situación física de la amparista por lo que sus dichos deben ser valorados en función de sus conocimientos científicos y experiencia en la materia (doctrina de Fallos: 310:2278). Por otro lado, la ecografía practicada a la madre revela la existencia de un proceso vital en desarrollo ya que sus resultados ilustran sobre la normalidad de la cinética cardíaca, la actividad de los movimientos fetales, al tiempo que informan que el líquido amniótico es adecuado para la edad gestacional.

De ello se desprende que el individuo tiene vida y cumple con un proceso de gestación afectado por la patología que padece, pues "al carecer de cerebro y de todas las estructuras que de él dependen no podrá subsistir con autonomía" (expresiones del doctor Illia, fs. 59 vta. cit.). En esta materia es preciso tener en cuenta la opinión de especialistas respecto de la anencefalia quienes sostienen que ella "es una alteración congénita de la que resulta la ausencia de hemisferios cerebrales y estructura ósea del cráneo... se produce en la instancia de cierre de la porción superior del tubo neural motivando la ausencia o destrucción del cerebro que es sustituido por una masa rudimentaria de tejido mesenquimático y ectodérmico... El proceso patológico se inicia tempranamente entre los días 17 y 23 del desarrollo fetal" ("Obstetricia y Ginecología Latinoamericanas" N° 4, año 1988, vol. 56, año 56, pág. 232, primera columna, el subrayado no pertenece al original); en sentido análogo, los expertos en genética clínica ubican a la anencefalia entre los desórdenes diagnosticables prenatales que se presentan en el segundo trimestre de la gestación (conf. Chieri Primadora, op. cit. págs. 364 y 365).

Es decir, que la patología es ulterior a la concepción, esto es, posterior al momento en que ha comenzado a existir la persona, de lo que se deduce que el organismo viviente en cuestión es una persona por nacer que padece un “accidente” (art. 51, Código Civil) —la anencefalia— que no altera su condición (art. 63, *cód. cit.*). Ha de entenderse, entonces, que la inexistencia o malformación del cerebro humano no transforma a las personas en productos “subhumanos” como sugiere el *a quo* (ver fs. 192, último párrafo y 193); en efecto, tal como lo expresó en su oportunidad uno de los juristas más sobresalientes del país que integró este tribunal: una conclusión semejante parte de una premisa materialista no declarada: la que “afirma que nada hay en el mundo que no sea materia o que no dependa de la materia” por lo que “El espíritu mismo no sería sino la parte del alma que piensa, la cual se halla asentada en el cerebro: ‘el cerebro segrega pensamientos como el hígado segrega bilis,’ proclamaba Condillac, un eminente filósofo materialista del siglo XVIII. El hombre, en suma, es solamente un animal que, por la evolución, ha perdido o debilitado algunos de sus instintos... Los actos humanos, como los hechos de los animales, no son libres: el libre arbitrio, o sea, la supuesta libertad humana, es una ilusión. El bien y el mal que realizamos no son frutos visibles de virtudes y vicios, sino consecuencias del estado físico de salud o enfermedad... La concepción materialista sitúa al hombre, sin reserva alguna, en la escala zoológica, simplemente como un animal más evolucionado que sus hermanos inferiores” lo que es “repugnante a cualquier doctrina, religiosa o filosófica, del hombre como ser espiritual” (conf. Orgaz, Alfredo, disertación pronunciada el 17 de abril de 1977 publicada en el libro “Las Personas Humanas Esencia y Existencia” en el que se recopilan escritos y conferencias del jurista citado bajo la dirección de Matilde Zavala de González, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2000, págs. 62 y 63). Llama la atención que estas palabras —que contribuyen a refutar los argumentos del *a quo* que se examinan— pertenezcan a uno de los autores que más firmemente creía en que la persona humana comienza con el nacimiento y no con la concepción (ver su crítica al art. 70, Código Civil en su obra “Derecho Civil Argentino, Personas Individuales”, Editorial. Depalma, 1946, págs. 31 y sgtes., en particular, pág. 34, punto 3).

Va de suyo que la alusión a “moralistas católicos de renombre” que “tienen posición tomada a favor de esta operación quirúrgica” por considerar que en el cerebro se “localiza” la “humanidad” (fs. 193, segundo párrafo), en modo alguno, conmueve las conclusiones precedentes toda vez que el problema debe resolverse dentro del marco jurídico y no religioso; mas si de moralistas católicos de renombre se trata, cabe consignar que Santo Tomás enseña claramente tres cosas que contrarían al sacerdote paulista citado como referencia (fs. 193, segundo párrafo), a saber: que el alma no es cuerpo; que el entendimiento no es un sentido y que el alma intelectual “excede la condición de la materia corporal” (Tomás de Aquino, Suma contra los gentiles, Libro II, Club de Lectores, Buenos Aires, 1951, versión directa del texto latino, capítulos LXV, LXVI y LVIII, págs. 189 a 197).

Por lo hasta aquí expuesto corresponde concluir que el ser anencefálico es una persona por nacer en los términos de la ley civil (art. 63, Código Civil).

9º) Que sentado lo anterior, ¿tiene la persona por nacer anencefálica derecho a la vida?

Las particularidades del caso y el tratamiento que los jueces de las instancias inferiores le han dado a esta cuestión, reformular el interrogante en los siguientes términos: ya que de acuerdo a los diagnósticos médicos el “nasciturus” morirá indefectiblemente después de nacer, ¿tiene derecho a vivir en el vientre de la madre durante todo el período que dure el embarazo hasta el parto espontáneo?

Una primera aproximación al tema consiste en examinar las normas jurídicas que protegen el primero y más fundamental de los derechos del niño sin el cual todos los restantes resultarían meramente retóricos.

Así, en primer lugar, cabe tener en cuenta que el art. 75, inc. 23, segundo párrafo, de la Constitución Nacional dispone que “Corresponde al Congreso... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia” (el subrayado no pertenece al original).

Concorde con ello, el art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, denominado Pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional (art. 75 inc. 22, de la Constitución Nacional), prescribe: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” (el subrayado no pertenece al original).

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, de igual jerarquía que la anterior (conf. norma citada) expresa que “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida,” que “garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6.1 y 2 el subrayado no pertenece al original); además impone que “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación” (art. 19) y que se “adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños” (art. 24.3.). La ley 23.849, aprobatoria de esta Convención, dispone en su art. 2º “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones:... Con relación al art. 1º de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (art. cit., tercer párrafo, el subrayado no pertenece al original). Esta reserva fue efectuada en consonancia con el principio de libre determinación de los pueblos en virtud del cual “Todos los pueblos... establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” (art. 1º, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 1º, Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; concordemente ver art. 29, inc. d —normas de interpretación—, Pacto de San José de Costa Rica).

En armonía con las disposiciones transcritas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) prescribe que “No se impondrá la muerte...a las mujeres en estado de gravidez”.

De las disposiciones constitucionales transcritas —existen otras concordantes que las complementan— surge que el constituyente le confirió al niño el status jurídico de persona desde la concepción en el seno materno protegiendo su vida sin efectuar distingo alguno, por lo que existe sólo una respuesta al interrogante planteado y ella es la afirmativa.

La conclusión que antecede es el resultado del examen del texto por lo demás inequívoco en punto a los derechos que confiere y a las circunstancias en que lo hace (Fallos: 120:372; 200:165; 299:167, entre muchísimos otros); lo contrario importaría prescindir, nada más y nada menos, que de la voluntad del constituyente (doctrina de Fallos: 297:142; 299:93; 301:460).

Sin embargo es necesario efectuar algunas precisiones.

En primer lugar, que el “nasciturus” anencefálico tenga derecho a la vida no sólo es un imperativo que deriva de la letra de las disposiciones trascritas sino de la armonización de éstas con el resto del ordenamiento constitucional vigente en materia de derechos humanos (doctrina de Fallos: 306:721; 307:518 y 993); ello es así, debido a que no existe una sola norma en ese ámbito que, en lo concerniente al derecho en cuestión, efectúe algún distingo limitándolo, por ejemplo, a cierto tipo de infantes con determinadas características fenotípicas, fisonómicas o, en suma, distinguibles desde el campo de la ciencia médica; tampoco se advierte que la protección de la vida de los niños esté restringida a una clase determinada de situaciones o bien que, lisa y llanamente esté excluida en casos como el que aquí se juzga.

Con tal comprensión no corresponde que los jueces creen —so pretexto de llenar vacíos legales inexistentes— situaciones de excepción que reduzcan el ámbito subjetivo del derecho aludido; y ello, no sólo porque si así obraran estarían desbordando el cauce dentro del cual la Constitución les impone que ejerzan su función, sino porque además, incurrirían en una exégesis parcializada de los tratados internacionales de derechos humanos lo que es contrario a normas hermenéuticas expresas; así, por ejemplo está prohibido “permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que lo previsto en ella” al tiempo que está vedado “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados” (conf. art. 29, apartados a y b, Pacto de San José de Costa Rica).

Por lo demás, cualquier magistrado que restringiera irrazonablemente el derecho a la vida negándose, por ejemplo, a personas que padecen patologías físicas —tal lo que sucede en autos— incurriría en una discriminación arbitraria. En este sentido el art. 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, **sin distinción alguna**, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, **los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño**, de sus padres o de sus representantes legales” (art. cit., las negritas no pertenecen al original), lo cual concuerda con el principio de igualdad consagrado por nuestra Ley Fundamental y reafirmado por tratados de rango constitucional (conf. arts. 16 de la Constitución Nacional, 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24 del Pacto de San José de Costa Rica; 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

Llama la atención que, en este orden de consideraciones, ninguno de los votos que conformaron la mayoría del fallo recurrido haya dedicado una sola línea a la hermenéutica de las normas constitucionales aludidas, sea para darles un sentido distinto del que tienen, sea para confrontarlas con otras de igual rango y concluir en su inaplicabilidad.

Sin embargo, corresponde tratar aquí uno de los argumentos expuestos por el vocal preopinante al que adhirieron los restantes miembros del tribunal a quo. Se trata del que se refiere a la calificación jurídica de la autorización pedida por la actora; el magistrado concluye en que no es aborto porque ya que dicho delito es una figura de resultado, para que él se configure es preciso el “resultado de muerte” “ordinariamente del feto, intrauterinamente (expulsión de restos), en ocasiones de una persona viva que muere en razón de la expulsión prematura. He aquí el elemento faltante... La muerte debe ser el producto de la expulsión prematura” más “Tanto la Sra. T., como los médicos que practiquen eventualmente la operación, anticiparán la

vida exterior del nasciturus, no la inmolarán” (fs. 189, punto 4, y fs. 190). Cabe aquí formular una reflexión: es un hecho comprobado por el diagnóstico de los médicos intervinientes agregado al expediente que una vez que el recién nacido sea separado del cuerpo de su madre tendrá una sobrevida corta (vgr. ver informe del Comité de Bioética del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” obrante a fs. 58); así corresponde citar al testigo experto doctor Ricardo Horacio Illia quien “Señala en forma categórica la ausencia de viabilidad. Ningún anencefalo sobrevive más del término de tiempo (sic) antes señalado, con un máximo de 12 horas”. En tales circunstancias el vocal referido omitió pronunciarse sobre el nudo de la cuestión, esto es, si el anticipo del parto —que implicaba exponer a una muerte segura a una persona recién nacida— constituía una violación a las claras normas constitucionales involucradas; aún más, omitió ponderar si, frente a ese interrogante la conducta de las autoridades del nosocomio era arbitraria.

Es que, conviene resaltarlo, quien adelanta un evento anticipa sus consecuencias; si a los nueve meses la persona anencefálica que nace por parto espontáneo tiene una sobrevida aproximada de doce horas, resulta evidente que la inducción del parto a los, digamos, seis meses, determinará la muerte del sujeto a los seis meses y doce horas. Lo que la sentencia recurrida no trata es la afectación del derecho del “nasciturus” a seguir viviendo durante el lapso diferencial apuntado; y los argumentos dados por el sentenciante referidos a que “de todas maneras morirá” encubren una elíptica pero segura condena a muerte por anticipado, ello, con apoyo en la “exigua cantidad de tiempo” que la persona anencefálica tiene de vida, como si tal circunstancia afectara sustancialmente la calidad de persona o la protección jurídica de ésta. Para exponerlo crudamente y así contrastarlo con las normas constitucionales examinadas: en el fallo subyace la siguiente fórmula “si la persona anencefálica ha de morir de todas maneras, entonces, que muera cuanto antes”.

En un segundo nivel de reflexión es menester ocuparse aquí del argumento del tribunal superior local relativo a que el pedido de la amparista es “externo al Derecho penal, no abarcado por él, en fin permitido desde este punto de vista (C.N. 18 y 19)” (fs. 191, último párrafo).

Sobre el particular cabe poner de relieve dos aspectos que conciernen, por un lado, al contenido de la pretensión y, por el otro, al principio de reserva previsto en el art. 19 de nuestra Ley Fundamental.

En lo relativo al primer asunto, debe tenerse en cuenta que el amparo fue promovido “para dar fin a este embarazo” ya que “Tanto mi esposo como yo somos conscientes que la intervención médica que solicitamos puede ser resuelta de otro modo, es decir en lugares ‘privados’ que no requieren autorización judicial alguna; **pero no elegimos el camino ilegal...**” (escrito de demanda de fs. 15 vta., párrafos cuarto, parte final y sexto) lo que claramente implica la intención, a todo evento, de abortar.

En lo que respecta al principio de reserva, cabe recordar que conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, las “acciones privadas” están exentas de la autoridad de los magistrados cuando “de ningún modo” ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. “La expresión subrayada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales —en el sentido indicado— en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que ‘de algún modo,’ cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que ‘de algún modo’ trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible

del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente” (Fallos: 313: 1333, considerando 11). La cabal interpretación del artículo citado desvirtúa la decisión apelada, pues no se advierte por qué razón debería quedar excluida de la autoridad de los magistrados la conducta encaminada a exponer a un recién nacido a una muerte prematura, aunque el desenlace fuera fatal de todas maneras en el supuesto del parto espontáneo. Debe decirse, enfáticamente porque el caso lo requiere, que el reconocimiento constitucional del derecho a la vida no está sujeto a condiciones; el constituyente no ha establecido que la vida de una persona —nacida o por nacer— que ha de morir indefectiblemente puede quedar expuesta a lo que decidan sus allegados en lo relativo a su terminación anticipada. Las situaciones dramáticas a que da lugar la aceptación de este principio y las alegaciones de sesgo ideológico o sentimental no deben desviar la mira del juez cuando disposiciones de rango constitucional le imponen la preservación del “primer derecho de la persona humana” (Fallos: 310:112, considerando 4º).

El desarrollo de los conceptos hasta aquí expuestos permite comprender la negativa de los médicos a practicarle a la actora la intervención quirúrgica en cuestión pues ello, lejos de significar una contradicción —como erróneamente sostuvo el a quo— importó el reconocimiento de la existencia de un ser humano severamente afectado por la patología descrita, pero humano al fin y con derecho a vivir durante todo el tiempo que la naturaleza permita.

10) Que resta discernir si el derecho a la vida del “nasciturus” debe ceder ante el que invoca la madre para interrumpir el embarazo.

Para ello, es preciso destacar que la actora fundó su petición, en síntesis, en el derecho a la salud pues “cuando a una mujer se le niega la posibilidad de acceder a un aborto terapéutico se violan derechos humanos fundamentales; su realización por parte del servicio público de salud, en casos de peligro en la salud de la mujer integra el derecho a la salud física y psíquica” (escrito inicial, ver fs. 16, quinto párrafo, concorde con las expresiones de su nota de fs. 3/6, en particular, fs. 3/4); asimismo, agregó que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostiene que “En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre”(fs. 18 vta., 6º párrafo); por último, estimó estar amparada por “Los tres principios establecidos por el Informe Belmont”, estos son, a) “Autonomía,” el cual consistiría en la “libertad personal de elegir como se quiera”, b) “Beneficencia” entendida como “1) no hacer daño; extremar los posibles beneficios y minimizar los posibles riesgos” y c) “Justicia”, es decir “la imparcialidad en la distribución de los riesgos y de los beneficios” (fs. 17/17 vta.).

Las expresiones transcritas, que concuerdan en líneas generales con el resto de las argumentaciones enunciadas a lo largo de este pleito por la actora, trasuntan más una consulta que una pretensión procesal.

En efecto, ellas no son otra cosa que la forma encubierta de pedirle a un juez lo que le ha negado, y sólo puede darle, un médico. El Código Penal, al penalizar el aborto (art. 86), contiene, entre otras cosas, prescripciones dirigidas, fundamentalmente, a los médicos; son éstos y no los jueces quienes están capacitados para determinar cuándo existe “un peligro para la vida o la salud de la madre que no puede ser evitado por otros medios” a fin de llevar a cabo el aborto denominado terapéutico (art. citado, inc. 1º); y si los médicos se niegan a practicarlo es porque desde el punto de vista científico no se dan las circunstancias que lo

ameritan. Tal es lo que sucede en autos, los profesionales de la medicina interiorizados del cuadro obstétrico que la actora presentaba constataron la inexistencia de peligro para la vida o la salud de ella, lo que motivó que se negaran a inducirle el parto. Es preciso recordar que el doctor Illia, experto al que se ha hecho referencia, interrogado por el Asesor Tutelar sobre la petición de la demandante expresó que “desde el ejercicio de la medicina no puede adoptar esa decisión en virtud del marco legal... ningún galeno de la República tomaría tal decisión” (fs. 60 vta. última parte y fs. 61).

Es cierto que la situación se complica cuando lo que se invoca es la preservación de la salud “psíquica”, “mental” o “psicológica” ya que todas estas expresiones presentan contornos semánticos difusos. Lo que hay que distinguir, por un lado, es el daño a la salud psíquica y, por otro, el sufrimiento; el primero podría —siguiendo los criterios y recomendaciones del Comité de Bioética de UNESCO y de la Organización Mundial de la Salud— en determinadas circunstancias comprobadas ser equiparado al riesgo para la salud física a los fines de decidir sobre la procedencia de un aborto terapéutico; el sufrimiento, empero no, pues ninguna persona está exento de él mientras viva; está en la raíz de la condición humana y a veces los jueces pueden atemperarlo y hasta eliminarlo, pero al hacerlo deben sopesar otros derechos y otros intereses.

En lo concerniente al amparo deducido y después de las reflexiones que anteceden cabe preguntarse ¿Puede un juez decidir una pretensión como la deducida en esta causa?

La negativa fundada en la ley (art. 2º, ley 27) y la jurisprudencia (vgr. “Heypburn’s case”, 2 Dallas, 409; “Muskrat v. United States” 219, U.S., 346, y Fallos: 2:253; 103:58, entre otros) autorizan a una respuesta negativa, mas ella pecaría de ser excesivamente rigurosa. Sin embargo aunque se aceptara que el órgano jurisdiccional es competente para evacuar consultas de esa índole, habría que —por lo menos— proveerle los elementos objetivos necesarios para convencerlo de que la interrupción del embarazo no viola la ley; y es precisamente en este aspecto en el cual se aprecia la endeblez de la posición de la actora y la legalidad del obrar de la demandada. En efecto, salvo un informe de tres fojas sin firma —en el que sólo una de ellas se refiere al sufrimiento que padece la actora bajo el rótulo “Que es el daño psíquico” (fs. 13)—, no existe en la causa constancia alguna que autorice a juzgar que la vida o la salud física o psíquica de la madre se encuentran en peligro.

Las consideraciones de los magistrados al respecto no son otra cosa que un conjunto de generalidades que ya fueron reseñadas y que confunden sufrimiento humano con peligro para la salud psíquica. Es evidente que una situación dramática como la que vive la actora tiene que producirle sufrimiento y frustración, inclusive a su grupo familiar. Sin embargo los jueces no pueden autorizar la interrupción de una vida por el sufrimiento que una enfermedad mortal cause; y si no pueden hacerlo para aliviar el dolor del que padece la enfermedad, mucho menos como remedio a favor de aquellos que no la sufren. Con menor razón aun debe ceder el derecho a la vida por motivos eugenésicos; la experiencia estadounidense en tal dirección es aleccionadora al tiempo que patética (ver Tribe, Lawrence “Abortion The Clash of Absolutes”, W. W. Norton & Company, New York London, 1992, en particular “the thalidomide and rubella cases” en “Two tragic episodes” p. 37, ver también el caso “Doe vs. Bolton” en págs. 5, 42 y 140).

En lo que respecta al sub judice el derecho de la madre a obtener la paz a la que aspira debe integrarse correlativamente con el de la persona por nacer pues esa es la regla hermenéutica a la que corresponde atenerse toda vez que “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social

y política del hombre... Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan” (conf. Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Es que, como con acierto expresa Ihering “Nadie existe sólo para sí, como tampoco por sí sólo; cada uno existe por y para los otros, sea intencionadamente o no...La vida es una respiración incesante: aspiración, espiración; esto es tan exacto como la vida física, en la intelectual. Existir para otro, con reciprocidad casi siempre, constituye todo el comercio de la vida humana. La mujer existe para el hombre, y éste a su vez para la mujer; los padres existen para los hijos; y éstos para aquéllos” (von Ihering, Rudolf “El fin en el derecho”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 40 ver el punto “La vida en sociedad: cada uno por los otros y para los otros). Los conceptos expuestos no tienen otro propósito que el de dar acabada respuesta a las posiciones de las partes determinando que no existe un derecho absoluto e incausado a la propia determinación o a la autorización de una medida tan extrema como la que aquí se solicita, máxime cuando ni siquiera se han acreditado los supuestos de hecho que la tornarían procedente desde el propio punto de vista de la amparista.

En suma, respecto del interrogante planteado no surge del expediente constancia alguna que respalde la pretensión deducida. Ello implica que la conducta de la demandada no ha sido arbitraria y que el amparo debe ser rechazado.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia apelada y, por no ser necesaria mayor sustanciación, se rechaza la demanda de amparo. Notifíquese en el día y, oportunamente, remítase. JULIO S. NAZARENO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que S. T. promovió acción de amparo contra el Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” de la ciudad de Buenos Aires por “violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida materializado en la negativa del Hospital a realizarme una inducción al parto” (fs. 15) .Relató que es casada y que de esa unión nació una hija en 1988, quiso tener otro hijo y quedó embarazada. El 17 de octubre de 2000 se le practicó una ecografía y allí les fue comunicado un diagnóstico terrible: el feto no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anencefalia). Señaló que ella y su marido pidieron a las autoridades del Hospital que se le realizara un parto inducido o lo que el médico estimara como el medio más adecuado para dar fin al embarazo “*que nos condena a ver una panza que crece haciendo crecer, a la vez, el anuncio mismo de la muerte*”.

Las autoridades del Hospital no hicieron lugar a la petición, aduciendo que era imprescindible una orden judicial que la autorizara. La actora sostiene que se lesiona, por esa decisión administrativa, su derecho a la salud, que debe ser preservado tanto en su aspecto físico como psíquico y subraya que, al ser la anencefalia (falta o desarrollo incompleto del cerebro) fatal en un porcentaje del 100% “*el obligarme a proseguir —en estas circunstancias— con el embarazo, constituye un peligro cierto para mi salud e integridad física y psíquica, que no puede evitarse sino con la interrupción del mismo*” (fs. 17).

Por esa y otras consideraciones análogas, finaliza pidiendo que se condene al mencionado Hospital para que proceda a inducirle el parto o, eventualmente, a practicarle la operación quirúrgica de cesárea, fijándose un plazo perentorio para el cumplimiento. (fs. 20).

2º) Que a fs. 25/30 se presenta el Asesor Tutelar del fuero Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pidiendo que se tenga por asumida la representación autónoma de la persona por nacer y se rechace “in limine” la pretensión de la actora.

3º) Que, después de diversas tramitaciones que no hacen al fondo del asunto y que —fundamentalmente— se relacionaron con problemas de competencia, finalmente fue dictada sentencia por la señora jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Tributario N° 7, de la Ciudad de Buenos Aires. En dicho fallo, se rechazó la acción de amparo, sin costas.

4º) Que esa decisión fue confirmada por la alzada (fs. 127/137), sentencia contra la cual la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de la Ciudad (fs. 141/142), el que fue concedido el 22 de diciembre de 2000.

5º) Que el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires se pronunció el 26 de diciembre de 2000 y, por mayoría (4 votos a 1), decidió lo siguiente:

A) Hacer lugar al recurso, revocar la resolución apelada y, consiguientemente, admitir la acción de amparo promovida por la actora;

B) Autorizar a la dirección del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la señora S. T. La intervención deberá ser comunicada al juzgado de primera instancia interviniente, como así también si existiera alguna causa que impidiera la interrupción del parto.

C) La autorización se extiende a los profesionales que deban realizar la intervención, la cual se realizará conforme a la “lex artis”, debiéndose actuar con el mayor respeto hacia la vida embrionaria.

D) Si existiera alguna objeción de conciencia, la demandada procederá a efectuar los reemplazos o sustituciones que correspondan.

E) La actora deberá conocer y consentir la intervención solicitada.

6º) Que a fs. 239/264 el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del a quo.

En su escrito manifiesta, en lo sustancial, que:

A) “La sentencia del Tribunal Superior ha sustentado su decisión flexibilizando en extremo la estructura normativa vigente para así prestar autorización a lo que la sentencia llama ‘la inducción de un parto prematuro’ cuando en realidad se autoriza la práctica de un aborto encubierto”.

B) El asesor sostiene que “conmueve la actuación de este Ministerio Público Tutelar la defensa del derecho de vivir para la persona por nacer dentro del vientre materno en tanto la naturaleza no provoque el proceso de alumbramiento ya que, como se dijo, de adelantarse el parto se aceleraría la muerte de mi representado”.

C) En la sentencia apelada “se lesiona gravemente el derecho a la vida de un niño por nacer” y “su derecho a no ser discriminado por no nacido o por enfermo frente a otros niños por nacer que no padecen enfermedad alguna o frente a sus padres sanos”.

D) “El daño psíquico de una persona, por más atendible que resulte, no puede servir de instrumento de admisibilidad para que una autoridad judicial decida sobre la vida de otra persona distinta”.

E) En su opinión, nos hallaríamos “frente a un supuesto de eutanasia involuntaria impuesta al paciente siendo realmente discriminatorio que una autoridad —aun judicial— legitime la muerte de una persona en razón de la salud psíquica de otra, determinando a través de su decisión un estándar de calidad de vida como condición de nacimiento de un niño”.

7º) Que el recurso fue concedido a fs. 269/270. El a quo señaló que “si bien el recurrente no efectúa una crítica concreta y pormenorizada de cada uno de los argumentos expuestos en la sentencia, sí expone agravios suficientes de carácter constitucional referidos a los derechos a la vida y a la salud, nucleares para la resolución del caso”.

8º) Que para un correcto examen del “sub lite” han de precisarse qué puntos y circunstancias han sido admitidos por todas las partes y han quedado fuera de discusión. Ellos son:

I) El feto anencefálico tiene viabilidad nula (“cero”), lo cual supone “el fallecimiento indefectible del feto luego de la separación del seno materno al cabo de minutos y horas, menos de 12 horas” (conf. audiencia del 27 de noviembre de 2000).

II) No existe diferencia en cuanto a la posibilidad de supervivencia entre inducir el parto ahora o esperar a los 9 meses (conf. audiencia citada).

III) No ha sido cuestionado por el apelante el grave daño psicológico que sufre la actora. Al respecto, el recurrente se limita a proponer —como alternativa— que se le brinde asistencia psicológica a la madre a fin de superar las etapas de duelo por la pérdida. Debe subrayarse que en los votos que conformaron la mayoría del fallo del a quo se enfatizó la gravedad del daño psíquico que sufre y sufrirá la actora, conclusiones éstas no impugnadas por el recurrente.

IV) Las normas de derecho común en las que el Tribunal Superior fundó su decisión (en especial, los arts. 85, inc. 2º, primera alternativa, y 86, segundo párrafo, inc. 1º del Código Penal) no han sido tachadas de inconstitucionalidad.

9º) Que también ha de tenerse presente que, de acuerdo a conocida jurisprudencia, esta Corte debe atender a las circunstancias existentes al momento del dictado de su pronunciamiento aunque ellas fueren sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (Fallos: 311:1680 y sus citas).

Desde esta perspectiva, cabe destacar que —de conformidad con las constancias de autos— la actora se encuentra en el último tramo de su embarazo, más precisamente cursa el octavo mes de gestación.

10) Que conviene comenzar afirmando que —tal como lo subraya el juez Maier, en el voto al que en este punto adhieren los restantes jueces que forman la mayoría del fallo apelado— no estamos en presencia de un pedido de aborto. En efecto, el mencionado delito supone que la muerte del feto se produzca intrauterinamente o bien como consecuencia de la expulsión prematura. En el “sub examine”, por el contrario, el adelantamiento del parto no estaría dirigido sino a anticipar el momento del nacimiento, y dicho adelantamiento, según consta, en nada modificaría la viabilidad del “nasciturus”. La muerte se producirá, en todo caso, por motivos ajenos al alumbramiento mismo, atribuibles únicamente a la anencefalia que, desgraciadamente, la ciencia médica no se encuentra hoy en condiciones de modificar.

Resulta obvio que en circunstancias normales un nacimiento provocado en el octavo mes de gestación no plantea riesgos relativos a su viabilidad. El argumento del recurrente, según el cual el feto morirá como consecuencia del adelantamiento del parto, es una falacia causal: el feto morirá por su anencefalia, nazca cuando nazca, y no por el alumbramiento que sólo será una mera ocasión del fallecimiento y no su verdadera causa. El reclamo incondicional del derecho a permanecer en el útero materno formulado por el apelante —sostenido también en la disidencia del juez Casás—, en tanto estimado como el único medio para prolongar la vida del niño, llevaría a la conclusión absurda de advenir que tanto los médicos como la madre estarían obligados a postergar artificialmente el momento de la expulsión en cuanto fuera posible, pues ésta “causaría” la muerte.

11) Que el recurrente se limita a declamar en forma abstracta la prioridad del derecho a la vida del “nasciturus” frente al derecho a la salud de la madre. Esta contraposición, a la que no dudo en considerar efectista, persigue el indudable propósito de otorgar prioridad absoluta al primero, desconociendo la entidad del segundo. De este modo, omite algo fundamental: que el resultado de la ponderación entre ambos bienes ya fue consagrada por el legislador en el art. 86, segundo párrafo, inc. 1º, del Código Penal, que, conviene reiterar una vez más, no fue cuestionado en su constitucionalidad. Dicha norma —que es regla en el derecho comparado— establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (39). La permisión del llamado “aborto terapéutico”, tradicional en el derecho occidental, derecho que por cierto no podría ser calificado como indiferente a la protección del derecho a la vida, establece una causa de justificación y no de mera disculpa, que da una solución al conflicto de intereses en pugna en casos mucho más extremos que el que aquí se examina. En efecto, lo autorizado por la norma es el aborto mismo, tipo penal que, como ya se dijo, es completamente ajeno al “sub lite”. En autos sólo se reclama el adelantamiento del parto en un momento de la gestación en que dicho adelantamiento, por sí mismo, no es idóneo para producir la muerte en la generalidad de los casos, en que no se trata de un feto anencefálico.

12) Que resulta especioso hablar, como lo hace el apelante, de que se trata de un caso de “eutanasia involuntaria”. En primer lugar, ello implica una “contradictio in adjectio”, pues, de tratarse en el caso de una eutanasia, ella sería, por definición, voluntaria. Pero, además, la eutanasia, persigue poner fin a la vida de una persona, finalidad que está ausente en la acción pretendida, donde sólo se persigue el adelantamiento del parto. El uso de la expresión “eutanasia involuntaria”, en realidad, traiciona a quien la profiere, en tanto no puede dejar de reconocer que el propósito buscado por la madre no es matar a su hijo, sino poner fin a un embarazo que tiene “visos de tortura”, como lo reconoció el subdirector del Hospital Sardá (fs. 61) (40)

13) Que de lo expuesto resulta que las consideraciones del apelante concernientes a normas de jerarquía constitucional omiten tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional, razón por la cual carece el recurso del requisito de relación directa e inmediata que debe existir

(39) Con relación a las fuentes y concordancias del art. 68 del C.P. conf., por todos, Moreno, Rodolfo (h), “El Código Penal y sus antecedentes”, t. III, Buenos Aires, 1923, pág. 416.

(40) En la expresión utilizada por la jueza Ruíz, del Tribunal Superior de la Ciudad, se trata de madres con verdaderos “féretros ambulantes”, con cita de Suplicy, Marta, Progeto de lei numero 1956/96. Autoriza a interrupção da gravidez nos casos previstos na presente lei. Diario da Câmara dos deputados, 1996, junho 6: 17850, Brasil.

entre las cuestiones federales propuestas y lo decidido por el pronunciamiento (conf. Fallos: 321:1415, considerando 7º). En consecuencia, procede declarar su inadmisibilidad.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara inadmisibile el recurso extraordinario, con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que los hechos relevantes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada y los agravios de las partes se encuentran adecuadamente expuestos en el dictamen del señor Procurador General de la Nación, al que corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible porque, en el caso, se ha desconocido a la persona por nacer su derecho a la vida, previsto en nuestra Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en la ley civil (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; art. 4.1., Pacto de San José de Costa Rica; art. 6º, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 2º, ley 23.849 y títulos III y IV de la sección primera, del libro primero, Código Civil).

3º) Que, además, ese desconocimiento carece de fundamentos suficientes, lo que hace procedente la apelación e impone revocar la sentencia y rechazar la demanda de amparo. En primer lugar, no se ha indicado motivo alguno en beneficio del ser en gestación que justifique adelantar su alumbramiento; en segundo término, interrumpir el embarazo no supone darle vida —como se alude en la sentencia—, sino anticipar el momento de su muerte, debido a que la enfermedad que padece —anencefalia— provocaría el deceso inmediato o, a lo sumo, dentro de las doce horas siguientes.

4º) Que, en tales condiciones, la anticipación del parto privaría a la criatura de su perspectiva de seguir viviendo en el seno materno hasta el día de su alumbramiento natural. La autorización de ese adelantamiento, conferida en la sentencia, supone convalidar una conducta cuyo inexorable desenlace es la muerte del ser en gestación. Permite, en definitiva, poner fin a una vida y coloca a los médicos en el trance de atentar contra el ideal de esa profesión, que exige luchar contra el dolor y la muerte hasta el último momento posible. Es por ello que no puede calificarse de ilegítima la denegación u omisión de los médicos de acceder al pedido de la actora.

5º) Que el hecho de que la criatura sólo cuente con la posibilidad de sobrevivir extrauterinamente por un lapso no superior a doce horas, no cambia las cosas, porque la vida de la persona por nacer no se protege únicamente bajo la condición de que pueda alcanzar algún grado de autonomía vital. No hay en las normas que rigen el caso previsión alguna en ese sentido: todo ser humano desde el momento de su concepción se considera niño para la República Argentina (art. 2º, ley 23.849 y art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional), tiene derecho a que se respete su vida, de la cual no puede ser privado arbitrariamente (art. 4.1, Pacto de San José de Costa Rica), y los estados parte “garantizarán en la máxima medida posible” su “supervivencia” y “desarrollo” (art. 6.2., Convención sobre los Derechos del Niño). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé que las personas por nacer adquieren derechos irrevocablemente si nacieren con vida “aunque fuera por instantes” (art. 70), y sin que a ello obste que “tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno” (art. 72).

6º) Que tampoco se ha demostrado en autos que sean necesarios esfuerzos terapéuticos extraordinarios para mantener el curso normal del embarazo, esto es, esfuerzos de tal entidad que, en determinadas circunstancias, podrían justificar dejarlos de lado ante la evidencia de que sólo prolongan una existencia penosa o precaria postergando sin razón el derecho a morir en paz.

7º) Que el sufrimiento de la madre —principalmente de ésta— es, sin duda, profundo; tampoco se duda de que pueda requerir ayuda psicológica o psiquiátrica para superar el trance. Ayuda que, por lo demás, no podría consistir en dejarla librada a su autonomía irrestricta para elegir cualquier cosa, pues cuando todas las alternativas son igualmente posibles, ya nada es vinculante, y así ninguna elección es superior a cualquier otra. La autonomía se tornaría entonces en el absurdo de tener que elegir y, empero, no tener ninguna elección válida que hacer (Philip Rieff, “The triumph of therapeutic: uses of faith after Freud”, New York, 1966, pág. 93). Y no es atendible, para mitigar esta situación anímica, que se prive a la criatura de las pocas semanas de vida que le quedan. Hacerlo, configuraría un arbitrario desconocimiento del derecho fundamental a la vida, que, en el caso, es superior al alegado por la madre y por tal motivo debe prevalecer sobre éste.

8º) Que, por último, el argumento que se funda en las limitadas o nulas posibilidades de sobrevida después del nacimiento para justificar el parto anticipado, desconoce el valor incommensurable de la vida de la persona por nacer, porque supone que su existencia tiene un valor inferior a la de otra que tuviese mayores expectativas, e inferior aún a las del sufrimiento de la madre o de su núcleo familiar.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, por no ser necesaria mayor sustanciación, se rechaza la demanda de amparo. Con costas por su orden. Notifíquese en el día y, oportunamente, remítase. ANTONIO BOGGIANO.

Contratos — Medicina prepaga — Ley defensa del consumidor — SIDA.

*Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios.
13/03/2001 — Fallos: 324:677.*

Antecedentes:

El actor trabajó en relación de dependencia para una empresa durante un período gozando de los beneficios del sistema de medicina prepaga prestado por la demandada. Luego el desempeño del reclamante se tercerizó cumplimentando su prestación a través de otra empresa no obstante lo cual, la empleadora, como parte de la prestación, continuó abonando la cobertura de salud. Posteriormente, pese a no acreditarse vínculo contractual entre el actor y la empresa, ésta continuó pagando la cobertura sanitaria hasta la fecha en que comunicó a la demandada el cese de su relación. El actor pretendió pagar la siguiente cuota personalmente frente a lo cual Omint S.A. adujo que gozaba de las prestaciones en virtud de su relación con la

empresa y que finalizado el vínculo laboral cesó su derecho a la cobertura sanitaria, negándose a admitir una nueva inscripción a título personal.

Tanto primera instancia, como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmaron el rechazo de la pretensión. El amparista dedujo recurso extraordinario, que denegado dio lugar a la queja.

La Corte Suprema con remisión al dictamen del señor Procurador General revocó la sentencia apelada e hizo lugar a la demanda, condenando a Omint S.A. a reincorporar al actor al servicio médico prepago.

Los jueces Belluscio, Petracchi y Bossert, en disidencia, declararon inadmisibile el recurso extraordinario, que había originado la queja, en base al art. 280 CPCCN.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Medicina prepaga – Actividad comercial.** (Mayoría: Remisión al dictamen del Procurador General, Punto IV; Voto del juez Vázquez: Considerando 6°).
- b) **Contratos — Medicina prepaga.** (Mayoría: Remisión al dictamen del Procurador General Punto V; Voto del juez Vázquez: Considerandos 9°, 10 y 11).
- c) **Medicina prepaga – Ley de Defensa del Consumidor.** (Mayoría: Remisión al dictamen del Procurador General Punto V; Voto del juez Vázquez: Considerando 13).
- d) **Medicina prepaga – Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.** (Mayoría: Remisión al dictamen del Procurador General Punto VI; Voto del juez Vázquez: Considerandos 12, 13 y 15).

Estándar aplicado por la Corte:

- Si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga se encuadra en el marco formal de los negocios comerciales (arts. 7 y 8, inc. 5° del Código de Comercio) que tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, (arts. 3° Declaración Universal de los Derechos Humanos; 4° y 5° Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22 Constitución Nacional) también adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que puedan desconocer un contrato, con la consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (art. 1°, ley 24.754 (41)).

- Los contratos de medicina prepaga son contratos innominados o atípicos (art. 1143 Código Civil), definidos como “correspectividad de larga duración” —pagos anticipados verificados durante el transcurso del tiempo, para proteger al beneficiario de riesgos futuros en su vida y/o en su salud—.

(41) **Nota de Secretaría:** Régimen aplicable a la medicina prepaga.

La duración del convenio es su nota relevante ya que la satisfacción de la finalidad perseguida dependerá de la continuidad de la asistencia médica.

- Las empresas de medicina prepaga obtienen mayores réditos en los comienzos de la relación, en que los pacientes pagan, con bajo nivel de consumo de servicios —que se ve garantizado por la exclusión de patologías previas y períodos de carencia— y, con el transcurso del tiempo, dado el natural envejecimiento y las enfermedades, es donde adquiere relevancia la “correspectividad” que impone el reproche de toda conducta frustratoria de la “previsión” ínsito en estos contratos lo que importa una contradicción a la causa de estos convenios de medicina prepaga.

- Si bien los cálculos probabilísticos se han perfeccionado a tal punto que el alea de las empresas de medicina prepaga se ha reducido, circunstancia vinculada con el 2º párrafo del art. 1198 del Código Civil, se suma el hecho de que se trata de una figura contractual “de adhesión” y “de consumo” puesto que si bien se adhiere a las cláusulas predisuestas de una empresa, existe un servicio prestado para un destinatario final, siéndole aplicables las disposiciones de la ley 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor— cuya hermenéutica ordena que en las operaciones de consumo se esté al que favorezca al consumidor, criterio extendido igualmente a los contratos.

- Ataño a las entidades de medicina prepaga la cobertura de los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de quienes padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), ley 24.754, y que es en razón de su importante función social que resultan beneficiadas con la exención de pago de ciertos tributos, de lo que no gozan otras empresas comerciales cuyo objeto no tiene esta proyección social.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

I. La sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, denegó el recurso extraordinario intentado por el accionante con fundamento en que las cuestiones de hecho y de derecho procesal y común son ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48; que el planteo recursivo no excede de la mera discrepancia con lo decidido por el tribunal y que no le corresponde al mismo juzgar la eventual arbitrariedad de su propia sentencia (v. fs. 1086 del expediente principal).

Contra dicho pronunciamiento viene en queja el actor, quien, tras reproducir las razones del principal —cuya copia acompaña— critica la denegatoria con apoyo en que las cuestiones resueltas son de orden constitucional pues —dice— el alcance que se le confiere al art. 504 del Código Civil vulnera las garantías consagradas en los arts. 16, 18, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (cita el art. 14 inc. 2º de la ley 48).

Dice, además, que no se exponen debidamente las razones del rechazo de la apelación extraordinaria, lo que lo torna arbitrario. Insiste, por último, en que reviste igual carácter la apreciación probatoria y normativa verificada en la causa (ver fs. 64/68, cuaderno respectivo).

II. En lo que aquí interesa, procede destacar que el reclamante trabajó en relación de dependencia para la empresa ISC Bunker Ramo Argentina S.A., entre abril de 1992 y junio de 1993; período en el cual gozó de los beneficios del sistema de medicina prepaga que presta la demandada (Omint S.A. de Servicios) como un anexo de su remuneración y en virtud de un acuerdo celebrado entre las dos empresas que no conoció de instrumentación escrita.

Entre julio de 1993 y enero de 1995 —sucesivos contratos de por medio— el desempeño del reclamante se tercerizó, motivo por el que su prestación se cumplimentó a través de Ewix Software S.R.L. —de la que el actor sería socio gerente— no obstante lo cual, como parte de la prestación a cargo de la ex empleadora, ésta continuó abonando a Omint S.A. la cobertura de salud del accionante.

Con posterioridad a enero de 1995 y pese a no acreditarse la existencia de vínculo contractual alguno entre el actor e ISC Bunker Ramo Argentina S.A. ésta continuó pagando la cobertura sanitaria del reclamante hasta finales de agosto de 1997, fecha en que comunicó a Omint S.A. el cese de su relación con el hoy quejoso al final de dicho mes.

Al pretender el actor abonar personalmente la cuota correspondiente a septiembre de 1997, la demandada alegó que aquél gozaba de las prestaciones de Omint S.A. en virtud de su relación con ISC Bunker Ramo Argentina S.A., motivo por el que, finalizada tal vinculación, cesó su derecho a la cobertura sanitaria, negándose, por otra parte, Omint S.A. a admitir una nueva inscripción, esta vez, a título personal del ahora amparista.

Tanto el juez de grado (v. fs. 914/924) como la alzada —que confirmó el rechazo de la pretensión de amparo resuelta por el inferior— apreciaron, en lo substantivo, concluido el convenio originario celebrado entre ISC Bunker Ramo y Omint S.A., que es facultad de la accionada aceptar (o no) la propuesta de afiliación que a título personal efectuó el actor, extremo —adujeron— que se desprende del carácter “provisorio” del recibo otorgado y de la referencia a la aprobación de la solicitud contenida en la nota que obra al pie de ese instrumento (v. fs. 1052/1053).

Contra dicho pronunciamiento, dedujo recurso extraordinario el amparista (v. fs. 1057/1064), el que fue contestado por la contraria (v. fs. 1069/1082) y denegado por el a quo (v. fs. 1086), dando lugar a la presente queja; escrito que —reitero— obra a fs. 64/68 del cuaderno respectivo.

III. La presentación extraordinaria del actor, en la que reprocha arbitrariedad en el pronunciamiento, puede sintetizarse en los siguientes agravios: a) Que la sala omite apreciar la conducta de la accionada y de la ex empleadora en los términos del art. 512 del Código Civil. En particular, lo que corresponde inferir de la baja fuera de contexto e intempestiva del actor, operada —señala— el mismo día en que éste cursó su nota de reclamo; b) Que la sala no valora con similares parámetros el empeño probatorio de ambas partes. Así —afirma—, mientras aprecia con sumo rigor la nota cursada por quien, en definitiva, es un lego en la materia y hace hincapié en la falta de acompañamiento del contrato individual entre el actor y la accionada; tolera, empero, su ausencia, en el caso de la ex empleadora y Omint S.A., y prescinde, aun, del informe contable en cuanto dice que las condiciones generales constituyen la prueba de la vinculación; c) Que la sala soslaya que resulta indiferente para la suerte del reclamo que se concluya existente una relación directa entre el actor y demandada o una estipulación a favor de un tercero, puesto que en ambos casos resulta injustificada la resolución operada; d) Que se otorga una irrazonable preeminencia a la subsistencia de la relación laboral por sobre el abono de la cuota, pese a que aquélla se extinguió en 1993 y, en cambio, nunca se alteró la ecuación

económica del acuerdo, pese a modificarse la relación originaria; y, e) Que se prescinde de que los contratos de medicina prepaga —convenios de adhesión encuadrables en la ley 24.240 de defensa del consumidor— y los restantes instrumentos inherentes a los mismos, deben ser interpretados de manera restrictiva, en sentido favorable a la conservación del acuerdo y a los derechos del consumidor, habida cuenta el desequilibrio existente entre las partes contratantes.

Finalmente, la quejosa invoca las garantías consagradas por los arts. 16, 18 y 43 de la Constitución Nacional, en consonancia con lo establecido por el art. 75, inc. 22, de su texto (fs. 1057/1064).

IV. Previo al abordaje estricto de la cuestión que nos convoca, estimo merece reiterarse aquí la observación vertida por el juez de grado, quien destacó entre los elementos que contribuyen a problematizar el presente caso, tanto la ausencia de normas específicas referidas a los contratos de medicina prepaga, como respecto de aquéllos con estipulaciones a favor de terceros; agravado lo anterior por la circunstancia de que el acuerdo celebrado por la demandada fue instrumentado sólo verbalmente (v. fs. 77).

Puesto en otros términos, que esta causa, en rigor, presenta tanto indeterminaciones normativas como fácticas lo que, demás está decirlo, no empece a la necesidad de que se le provea de una adecuada solución, máxime encontrándose en serio riesgo el derecho a la salud de una persona, pero que sí acaso justifica o aconseja un abordaje no tan severa y estrechamente contractual del tema, sino uno que tome en cuenta la circunstancia concreta del actor y las particularidades del sistema en el que la relación se inserta, por sobre lo que atañe al riguroso encuadramiento de la vinculación en el marco formal de los negocios comerciales.

Y es que no debe olvidarse que si bien a la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga atañe esa índole (arts. 7º y 8º, inc. 5º, Código de Comercio), en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3º, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; 4º y 5º de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” y 42 y 75, inc. 22 de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1º, ley 24.754).

Es en ese contexto, por otra parte, que estimo que no se ha conferido a la causa y al derecho aplicable un tratamiento adecuado (v. Fallos: 308:2077, entre otros), sin que quepa extremar, a su turno, la apreciación de los requisitos formales del remedio, habida cuenta la índole de los derechos en juego y dado que, finalmente, se pretende el resguardo de garantías cuya interpretación ha sido confiada a esa Corte (v. Fallos: 311:2247, entre otros).

V. En la causa ha quedado acreditado que entre los meses de abril de 1992 y agosto de 1997 el actor, como parte de diferentes negocios contractuales celebrados con la empresa ISC Bunker Ramo Argentina S.A. e, inclusive, en un último período, aparentemente, en ausencia de ellos, gozó de los servicios médico-asistenciales intermediados por la demandada, de cuyo abono se hacía cargo la citada ex empleadora del accionante.

Si bien a juicio de ambas instancias ello fue así en virtud de una contratación concertada sin formalización escrita entre ambas empresas, lo cierto es que la relación subsistió pese a las sucesivas modificaciones habidas en las relaciones jurídicas que vincularon al reclamante

e ISC Bunker Ramo Argentina S.A., las que, vale la pena resaltarlo, ésta se habría abstenido de comunicar a Omint S.A., tanto como la última de indagar sobre ellas y su subsistencia.

Es en ese marco que, una vez detectado y luego confirmado a través de estudios médicos autorizados por la demandada la presencia del H.I.V. en el organismo del amparista, se notifica su baja del plantel de ISC Bunker Ramo Argentina S.A. (“inexplicablemente” dice el fiscal general en su dictamen a fs. 1049 vta.) y se le rechaza el abono de la cuota correspondiente al mes de septiembre de 1997, formalizada mediante un recibo provisorio, so pretexto de denegar el intento por el pretensor de una nueva afiliación.

Desde mi perspectiva, y no obstante dejar a salvo que, tanto por lo antes dicho como por lo que señalaré luego, entiendo ello de importancia relativa, aprecio verosímil, como lo sostuvieron ambas instancias, que pueda considerarse media en la causa —si bien con algunas particularidades— un contrato con una estipulación a favor de un tercero, a saber, el aquí pretensor o amparista (cfse. artículo 504 del Código Civil).

Sin embargo —siempre a mi entender— tanto el juez de grado como su alzada, han omitido considerar, en ese contexto, el problema relativo al carácter irrevocable de la aceptación por el beneficiario de tal estipulación —de lo que da cuenta la utilización de los servicios médicos— alcance, claro está, condicionado al pago por alguno de los interesados de las correspondientes cuotas, que hacen a la ecuación económica del contrato.

También, la razonabilidad de la conducta asumida por Omint S.A. en esas circunstancias, apreciada, empero —vuelvo a decirlo— desde un enfoque que supere el extremo rigor de un abordaje sólo limitado al examen de los aspectos formales de la cuestión.

Desde otra perspectiva, frente a la atipicidad de la relación jurídica que vinculó a los afectados y a la relativa indeterminación probatoria a la que ya se hizo referencia, no descarto la configuración de una relación directa entre actor y accionada a partir de una eventual gestión de negocios emprendida por la ex empleadora al contratar la prestación de los servicios médicos, luego ratificada por el tercero beneficiario, circunstancia que lo convertiría en parte contratante directa (art. 2304 del Código Civil).

Lo cierto es que —entiendo— existen una serie de rasgos particulares en la contratación de la medicina prepaga cuyo tratamiento resultaba ineludible en el caso, y que, es más, desaconsejarían una solución como aquélla a la que se ha arribado en el “sub iudice”.

En efecto, estos contratos innominados o atípicos (art. 1143 del C. Civil), aparecen definidos, entre otros rasgos, por lo que la doctrina ha denominado “correspectividad de larga duración”, la que determina que a través de pagos anticipados verificados durante el transcurso del tiempo, el beneficiario se proteja de riesgos futuros en su vida y/o en su salud. Dicho con otras palabras, la duración del convenio es su nota relevante ya que la satisfacción de la finalidad perseguida dependerá de la continuidad de la asistencia médica. Desde el punto de mira económico, en cambio, es una actividad que se apoya substancialmente en el ahorro de los clientes, es decir, en el empleo del capital anticipado por éstos.

En ese marco es que la curva de utilidad marginal que atañe a las parte es inversa, puesto que las empresas de medicina prepaga obtienen mayores réditos en los comienzos de la relación, en que los pacientes pagan, por lo general, con bajo nivel de consumo de servicios —lo que se ve garantizado, a su turno, por la exclusión de patologías previas y períodos de carencia— y más con el transcurso del tiempo, dado el natural envejecimiento y las enfermedades.

Y es también allí en donde podría adquirir relevancia la precitada noción de “corresponsabilidad” que, según mi parecer, impone el reproche de toda conducta frustratoria del elemento “previsión” ínsito en estos contratos, a punto tal de que importe su desconocimiento, apreciado en rigor, una contradicción a la causa misma de estos convenios de medicina prepaga.

Situados en este contexto es que no termino de apreciar qué relevancia podría revestir para esta cuestión que el contrato lo haya celebrado el propio actor o bien su ex empleadora en su beneficio, puesto que —siempre desde este punto de vista— subsistiendo la ecuación económica de la contratación —extremo asegurado a través del pago de su cuota por el amparista— tanto la economía como la finalidad particular del negocio resultarían salvaguardados.

Caso contrario, se obraría en desmedro de una relación de orden jurídico tipificada —lo señalo una vez más— por la permanencia y continuidad de las prestaciones médicas, lo que —insisto— habiendo cumplido el beneficiario por sí o por otro con la conducta a su cargo, supondría tanto como contrariar la índole del negocio jurídico subyacente y, con ello, las reglas de la interpretación vinculadas con los standards de la buena fe, moral y buenas costumbres (arts. 953, 1071 y 1198 del Código Civil). Apreciado desde otra perspectiva comportaría, además, el intento de colocar en cabeza del usuario, en desmedro de sus legítimos derechos, gran parte del riesgo empresario que Omint S.A. debería asumir como consecuencia de su actividad económica.

No es ocioso el señalar, por otra parte, más allá de que los cálculos probabilísticos se han perfeccionado a tal punto que el álea de estas empresas, como, en general, el de la actividad asegurativa, se ha reducido de modo muy importante, que la demandada no ha alegado ni evidenciado a este respecto —como bien lo resalta el fiscal general a fs. 1049 vta.— circunstancia alguna vinculada con el dispositivo del 2º párrafo del art. 1198 del Código Civil; a lo que se añade que se trata la presente de una figura contractual “de adhesión” y “de consumo”, puesto que amén de adherirse a las cláusulas predisuestas de una empresa, existe un servicio prestado para un destinatario final, siéndole aplicables, por ende, las disposiciones de la ley 24.240 (de Defensa del Consumidor) y la particular hermenéutica jurisprudencial y legal elaborada a propósito de esta materia. Ella ordena, respecto de la ley de defensa del consumidor y demás leyes aplicables a las operaciones de consumo se esté, de entre todos los sentidos posibles, al que favorezca al consumidor, criterio que se extiende igualmente a los contratos (v. arts. 3 y 37 de la ley 24.240).

Siempre a mi entender, el estudio de la cuestión efectuado por la sala a quo, omitió indebidamente ponderar los caracteres que se señalan, los que no cabe admitir puedan ser preteridos por la sentenciadora, en tanto que —debe decirse— resultan consustanciales al instituto cuyos alcances se encuentran aquí, precisamente, en debate.

VI. Para concluir, previo puntualizar que atañe particularmente a las entidades de medicina prepaga la cobertura de los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de quienes padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), en virtud de lo previsto por la ley 24.754, y que es en razón de su importante función social que resultan beneficiadas con la exención de pago de ciertos tributos, de lo que no gozan otras empresas comerciales cuyo objeto no tiene esta proyección social, destaco que el reclamante, tras revistar más de cinco años como beneficiario de la accionada y habiendo adquirido el virus del H.I.V., se ve impedido de contar con la asistencia médica intermediada por ésta, en virtud de las circunstancias de que se diera cuenta durante el desarrollo de este dictamen.

En este contexto no puede desconocerse que resultaría más que dificultoso —acaso imposible— para el pretensor, en su situación actual, contratar otra cobertura sanitaria de similares características, a lo que se añade —como, por otra parte, con vigor lo expresó en reiteradas ocasiones el accionante, inclusive, ante esta instancia (v. fs. 88)— que las características de esta patología imponen un tratamiento tanto regular como oportuno y sin dilaciones.

Es por ello y dado que, por lo antes expresado, no descarto que V.E., en ejercicio de las potestades que le confiere el art. 16, parte 2ª, de la ley 48, decida ingresar al fondo del asunto y resolver, en definitiva, la cuestión (v. Fallos: 316:713, y, recientemente, M.147.XXXIV. “Miranda de Rivero, Fanny E. c/ Carlos Buessan S.A.I.C. y otra”, del 2 de marzo del corriente año), que estimo necesario añadir las siguientes consideraciones.

El amparista, situado como consumidor en una posición de subordinación estructural y urgido ciertamente de tutela, acude por esta vía sumaria ante los tribunales de justicia postulando, en definitiva, que so pretexto de un argumento de autonomía contractual, la demandada le ha negado la cobertura médico-asistencial a la que se había comprometido.

Reclama, por este medio, la protección de su derecho a la salud, en el contexto de los llamados “derechos humanos de la tercera generación”, los que, como se vio, no se encuentran, al menos básicamente, declarados frente al Estado, sino, antes bien, respecto de los particulares, aun cuando —como se ha dicho— anudados a situaciones de subordinación negocial determinadas tanto por el hecho de la “adhesión” como del “consumo”.

Situados en este plano y en un marco de indeterminaciones tanto fácticas como normativas respecto de las cuales ya se prodigó detalle, y de una contratación, además, de naturaleza atípica a propósito de cuyos rasgos más destacados igualmente se hizo hincapié, es que estimo que asiste razón al actor en su pretensión de amparo jurisdiccional.

Ello es así porque, siempre en referencia a lo ya expresado, entiendo que no se evidencia razonable la negativa de continuidad prestacional de la aquí accionada, la que sólo cabe entender, frente a la ausencia de una prueba concluyente en contrario —que, a mi modo de ver, las circunstancias y la envergadura de los derechos en juego imponían— y frente al ofrecimiento cierto de resguardo del equilibrio patrimonial de la contratación, determinada sólo por el deseo de desentenderse del tratamiento de la dolencia contraída por el actor, antes que —como pretextó— por una decisión de autonomía negocial que, vuelvo a reiterarlo una vez más, las circunstancias de la causa autorizan a desmentir.

VII. En razón de lo expuesto y en tanto considero que el obrar de la demandada, en el marco en el que se inscribe, no resulta notorio posea suficiente razonabilidad, a lo que se añade que tampoco se advierte con la suficiente evidencia que exista argumento alguno de libertad contractual que obste a la pretensión del beneficiario de que se mantenga incólume su situación asistencial, en circunstancias en las que se provee al equilibrio patrimonial del negocio, es que entiendo que corresponde admitir la queja, declarar procedente la apelación federal y restituir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva decisión con arreglo a lo expresado. O bien, que en ejercicio de las facultades que confiere a V.E. el artículo 16, 2º párrafo, de la ley 48, dada la índole y urgencia que reviste el asunto, revoque la sentencia y, de estimarlo pertinente, se pronuncie sobre el fondo de esta cuestión, con el alcance que se indica. Buenos Aires, 17 de diciembre de 1999.

— NICOLAS E. BECERRA.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 13 de marzo de 2001.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint S.A. y Servicios”; para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que este Tribunal comparte los fundamentos expuestos por el señor Procurador General de la Nación en el dictamen de fs. 97/102 vta., al cual cabe remitirse para evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, se declara procedente la queja y se hace lugar al recurso extraordinario deducido. De conformidad con lo dispuesto por el art. 16 de la ley 48, se revoca la sentencia recurrida y se hace lugar a la demanda, condenando a Omint Sociedad Anónima y Servicios a reincorporar al actor al servicio médico prepago en los mismos términos y con el mismo alcance previstos en el contrato rescindido unilateralmente a partir del 1º de septiembre de 1997 y cuya vigencia fue mantenida cautelarmente hasta el dictado de la sentencia recursiva. Las costas se imponen, en todas las instancias, a la demandada vencida. Notifíquese y remítase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINE O’CONNOR — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (*en disidencia*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — GUILLERMO A. F. LOPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT (*en disidencia*) — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1º) Que la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que desestimó la acción de amparo interpuesta por Roberto E. Etcheverry a fin de que la prestadora médica prepaga Omint S.A. le restableciera la atención general, prestaciones y medicamentos para el tratamiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) que padece.

Contra esta decisión, el actor interpuso un recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja.

2º) Que, para así decidir, el tribunal a quo sostuvo que la empresa en la que trabajó el actor había contratado para su personal la cobertura ofrecida por Omint S.A., por lo que al cesar el vínculo laboral de aquél, correlativamente había concluido la asistencia médica así contratada, siendo facultad privativa de la prestadora aceptar continuar con ella o no hacerlo.

Concluyó, asimismo, que verificada tal circunstancia perdía toda virtualidad el argumento del actor consistente en afirmar la inexistencia de vínculo contractual alguno entre quien fue su empleadora y la empresa de medicina prepaga.

De otro lado, destacó la cámara que la postura del peticionante fue contradictoria, dado que en la demanda expresó que su trato con Omint S.A. era individual, mientras que en una nota manuscrita —que oportunamente le enviara— había dicho ser beneficiario de sus prestaciones a través de la empleadora.

Por último, señaló el tribunal a quo —como circunstancias corroborantes de la pertinencia del rechazo del amparo— que el actor no había acompañado ningún contrato que individualmente lo vinculara a la prestadora médica, a lo que se sumaba el hecho de tener en su poder la cartilla de condiciones generales, lo que no permitía inferir una relación autónoma con la prestadora, siendo lógico pensar, en cambio, que ella le fue entregada por su condición de dependiente de la empleadora contratante.

3º) Que contra esa decisión el actor interpuso recurso extraordinario que, al ser denegado, originó la interposición de la presente queja.

El recurrente imputa arbitrariedad a la decisión de segunda instancia. Afirma que la cámara omitió apreciar la conducta de la empresa demandada y de su ex empleadora conforme al art. 512 del Código Civil, especialmente en punto a que su baja fue intempestiva y operó el mismo día en que cursó una nota de reclamo. Señala, asimismo, que el tribunal a quo no valoró con similares parámetros el empeño probatorio de ambas partes; que no reparó en que independientemente de que se tratara de una relación directa o de una estipulación a favor de un tercero, en ambos casos resultaba injustificada la actitud de la prestadora médica; y que otorgó una irrazonable preeminencia a la subsistencia de la relación laboral sobre el abono de la cuota.

En otro orden de ideas, argumenta el actor que el fallo no tomó en cuenta que los contratos de medicina prepaga son convenios de adhesión, regidos por la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva, en sentido favorable a la conservación del acuerdo y a los derechos del consumidor habida cuenta del desequilibrio entre las partes. En tal sentido, afirma que esta omisión implicó violar abiertamente las garantías consagradas en los arts. 16, 18 y 43 de la Constitución Nacional, en consonancia con lo establecido por su art. 75, inc. 22.

4º) Que aun cuando los agravios propuestos se vinculan con cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas —como regla y por su naturaleza— al remedio del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para habilitar tal vía de excepción cuando, como ocurre en la especie, la sentencia se basa en afirmaciones dogmáticas y no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa, con menoscabo de las garantías constitucionales invocadas.

5º) Que, ante todo, cabe poner de relieve que el demandante trabajó en relación de dependencia para ISC Bunker Ramo entre abril de 1992 y junio de 1993, período en el cual gozó de los beneficios del sistema de medicina prepaga que presta Omint S.A. en virtud de un acuerdo —que no fue escrito— entre las dos empresas. Posteriormente, entre los meses de julio de 1993 y enero de 1995, Etcheverry prestó servicios a través de la firma Ewix Software S.R.L., no obstante lo cual su ex empleadora continuó abonando a Omint S.A. la cobertura médica contratada. Pese a no estar acreditado vínculo laboral alguno entre el actor y ISC Bunker Ramo, esta última siguió pagando la cobertura del actor hasta que éste comunicó el cese de su relación laboral en agosto de 1997.

Es relevante destacar, por otra parte, que en oportunidad en que el actor pretendió hacer efectivo el abono correspondiente al mes de septiembre, Omint S.A. le expresó que le había brindado sus prestaciones a través de ISC Bunker Ramo Argentina, motivo por el cual una vez que finalizó su vínculo con esa empresa, había cesado su derecho a la cobertura sanitaria. Le hizo saber, asimismo, que se negaba a admitir una nueva inscripción.

En fin, cabe tener presente también que en el mes de enero de 1997 el actor se enteró de que era portador asintomático del virus HIV, por lo que se realizó una serie de exámenes —entre enero y junio de ese año— que fueron cubiertos en un 100% por la prestadora médica.

6º) Que el argumento del tribunal a quo referente a que la posición del actor en el pleito fue contradictoria por haber manifestado, primero, que su afiliación a Omint S.A. se concretó por medio de su ex empleadora, y más tarde haber sostenido la existencia de una contratación suya directa e individual con la prestadora, resulta dogmático y sin apoyo en las constancias de la causa.

Que ello es así, porque Etcheverry no negó la intervención de ISC Bunker Ramo en su relación con la prepaga. Lo que objetó fue que tal hecho implicase desconocer que él era el beneficiario directo de sus servicios y que nada obstaba a que esa situación continuara si seguía abonando en forma particular la cuota.

En su caso, cabe observar que la cámara de apelaciones no reparó en que lo importante para la solución del caso no era determinar la naturaleza de la relación entre las partes, ya que independientemente de que se tratase de una relación directa o una estipulación a favor de un tercero, lo que debía dilucidarse era si la resolución de los beneficios de que gozaba el actor y la negativa a restablecerlos por parte de Omint S.A. vulneraba o no las disposiciones vigentes y derechos constitucionalmente comprometidos.

8º) Que, en ese orden de ideas, corresponde señalar preliminarmente que la única diferencia que hubiese existido entre una adhesión directa del actor a los servicios médicos de Omint S.A., y el modo como esa adhesión se presentó en los hechos —o sea, a través de ISC Bunker Ramo—, se vinculaba al modo en que se pagaba la cobertura sanitaria de Etcheverry, pero ello no desconocía que, en definitiva, la prestación contratada concernía individualmente al actor.

Por otro lado, no hay constancias en la causa de que lo pactado por ISC Bunker Ramo y Omint S.A. estuviese dirigido a dar cobertura únicamente a quienes se encontraban en relación de dependencia con la primera, surgiendo de autos que, por el contrario, al actor se le siguió pagando —en su nombre— la cobertura médica incluso en la época en que sus servicios resultaron tercerizados.

9º) Que, a esta altura, resulta fundamental tener en cuenta que los contratos de medicina prepaga —que son aquellos en los que una empresa especializada se obliga a prestar el servicio de asistencia médica a una persona o grupo de ellas recibiendo, como contraprestación, el pago de una suma de dinero que generalmente es periódico—, no están contemplados dentro de ninguna de las figuras previstas por los códigos de fondo o leyes especiales, siendo en consecuencia innominados o atípicos. La característica principal de estos negocios jurídicos es que, a través del ahorro consistente en pagos anticipados verificados en el transcurso del tiempo, los pacientes se protegen de riesgos futuros en su vida o salud. Es decir, el beneficiario se asegura de que si necesita los servicios prometidos, podrá tomarlos, aunque no tenga certeza de cuándo ni en qué cantidad, pudiendo ocurrir inclusive que nunca los requiera, en cuyo caso el gasto realizado se traducirá únicamente en la tranquilidad que le dio la cobertura durante todo ese tiempo.

10) Que, sentado lo expuesto, surge con nitidez que las notas características de estos contratos de adhesión estuvieron presentes en la relación de que tratan las presentes actuaciones, dado que independientemente de quién pagara la cobertura médica prometida al actor, lo real

y concreto fue que se le aseguró la atención médica para cuando ocurriese una eventualidad, enmarcándose el vínculo con elementos de previsión tendientes a la búsqueda de la seguridad y midiéndose la corresponsabilidad de las prestaciones en un lapso prolongado.

11) Que teniendo en cuenta tal contexto y las especiales características de la relación, cabe concluir que —contrariamente a lo afirmado por el a quo— la decisión unilateral de dejar sin efecto las prestaciones médicas prometidas y negar para lo futuro su restablecimiento, constituyó un acto de Omnit S.A. teñido de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

Que ello es así, porque si bien es cierto que en determinado momento la ecuación económica pareció alterarse como consecuencia de la decisión de ISC Bunker Ramo de dejar de abonar la cobertura contratada, el actor garantizó su equilibrio al manifestar que en adelante se haría cargo de su pago en forma personal.

12) Que, por otro lado, si se repara en que el amparista por ser portador del virus HIV requerirá atención médica especial de por vida, puede extraerse que la negativa de la prepaga obedeció a su intención de liberarse del riesgo empresario.

Este intento de la accionada de incumplir deliberadamente una obligación contraída, resulta reprochable desde todo punto de vista, máxime si se tiene en cuenta que en este tipo de empresas se realizan cálculos actuariales que permiten establecer —con bastante certeza— los riesgos como el aquí considerado y así calcular la cuota a cargo del beneficiario con un margen apreciable de ganancia para la prestadora médica.

13) Que a lo dicho se suma, todavía, la circunstancia de que el rechazo del actor implicó su total desprotección, puesto que, en los hechos, resulta imposible pensar que tiene posibilidades de acceder a una institución similar encontrándose ya instalada en él una enfermedad como el SIDA.

En este aspecto, cabe hacer hincapié en que la conceptualización del derecho como justicia y equidad imponía al tribunal a quo la necesidad de afirmar que valores tales como la salud y la vida están por encima de todo criterio económico

14) Que, por otro lado, no puede dejar de soslayarse que a pesar de que la actividad que realizan las empresas de medicina prepaga queda comprendida en la ley 24.240, la sentencia impugnada prescindió por completo de este texto legal.

En tal sentido, corresponde recordar que el art. 6° de la Ley de Defensa del Consumidor dispone que los “servicios (...) cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos (...) razonables para garantizar la seguridad de los mismos”, premisa que fue desconocida en el caso, pues la prestadora médica ignoró por completo que una de las características primordiales de su función es la protección de la salud.

Asimismo, el art. 3° de la misma ley determina, como criterio rector, que toda interpretación debe hacerse con el que más favorezca al consumidor, lo cual tampoco fue respetado por Omint S.A.

15) Que también resultaba fundamental para la solución del presente caso el análisis de la ley 24.754, en cuanto determina que las empresas o entidades que prestan servicios de medi-

cina prepaga deberán cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial, como mínimo, las mismas “prestaciones obligatorias” dispuestas para las obras sociales conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y sus respectivas reglamentaciones, ya que —entre sus obligaciones— se encuentra —a modo de una especie de seguro— la de brindar asistencia médica, psicológica y farmacológica a quienes padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (art. 1º de la ley 24.455).

En este punto, es importante poner de resalto que la citada ley representa un instrumento al que recurre el Estado a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que se tienen en consideración los delicados intereses en juego —integridad psicofísica, salud y vida de las personas— así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tiene a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial.

16) Que, por último, no es ocioso observar que dado que las empresas de medicina prepaga y las obras sociales tienen numerosos rasgos y objetivos en común, la accionada debió actuar haciendo extensivo a su caso lo determinado respecto a estas últimas en cuanto son consideradas agentes del seguro de salud (conf. leyes 23.660 y 23.661), a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica.

17) Que, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto, por lo que corresponde descalificar la sentencia apelada y, en los términos del art. 16, segundo párrafo de la ley 48, dictar el pronunciamiento de fondo que corresponde.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente la queja y se hace lugar al recurso extraordinario. De conformidad con lo dispuesto por el art. 16 de la ley 48, se revoca la sentencia recurrida y se hace lugar a la demanda, condenando a Omint S.A. a reincorporar al actor al servicio médico prepago en los mismos términos y con el mismo alcance previstos en el contrato rescindido unilateralmente a partir del 1º de setiembre de 1997, y cuya vigencia fue mantenida cautelarmente hasta el dictado de la sentencia recurrida. Las costas se imponen, en todas las instancias, a la demandada vencida. Notifíquese y remítase. ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO, DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisibile (art. 280, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General, se desestima la queja. Notifíquese y, oportunamente, archívese, previa devolución de los autos principales. AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — GUSTAVO A. BOSSERT.

Ley 24.455 (42) — Ley 24.754 (43) – Medicina prepaga – Prestaciones mínimas obligatorias – Costo exorbitante – HIV – Drogadicción.

Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social). 13/03/2001 — Fallos: 324:754

 **Antecedentes:**

El Hospital Británico inició un amparo contra el Estado Nacional sosteniendo la inconstitucionalidad de la ley 24.754 que extendió a las empresas de servicios de medicina prepaga la obligación de cobertura de prestaciones mínimas respecto de los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus HIV.

La Cámara Federal de la Seguridad Social, al revocar lo resuelto en la instancia anterior, hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de la norma. El Estado interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

La Corte Suprema —por mayoría— declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto por arbitrario el fallo apelado y rechazó la demanda, sosteniendo que no se demostró el perjuicio concreto que la normativa impugnada le ocasionaba a la actora.

Los jueces Fayt y Belluscio, en voto concurrente, compartieron los fundamentos del dictamen del señor Procurador General en torno a las falencias de fundamentación del decisorio impugnado y a que las leyes 24.455 y 24.754 eran una razonable expresión legislativa de las obligaciones estatales introducidas por el art. 75, inc. 22 de la CN de adoptar las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.

El juez Petracchi, concurriendo con la mayoría, remitió al dictamen mencionado en torno a la arbitrariedad del fallo apelado.

El juez Vázquez, en su voto concurrente concluyó que la cámara, al fallar prescindió del resto del ordenamiento jurídico y recurrió a criterios estrictamente mercantiles olvidando el significado que tiene la salud para las personas y desconociendo que es a la luz de las anteriores premisas que debió aplicar las reglas de hermenéutica en relación a la ley 24.754.

 **Algunas cuestiones a resolver:**

a) Ley 24.754 (44). Alcance. Prestaciones mínimas obligatorias. Drogadicción y contagio de virus HIV. Acreditación de un gravamen constitucional. (Mayoría:

(42) **Nota de Secretaría:** Prestaciones obligatorias que deberán incorporar aquellas recipiendarias del fondo de redistribución de la Ley N° 23.661.

(43) **Nota de Secretaría:** Ley que establece que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, determinadas “prestaciones obligatorias” dispuestas por las obras sociales.

(44) **Nota de Secretaría:** Véase el caso “Núñez de Zanetti” (Fallos: 331:1987), en el que la Corte, por mayoría confirmó la sentencia apelada y sostuvo que el elenco de prestaciones contempladas en el Programa Médico Obligatorio no hace “acepción de etiologías”, en cuanto no remite a la causa de las dolencias; por lo que corresponde rechazar los agravios de la entidad de medicina prepaga relativos a que la prestación reclamada comprendida en el Anexo II de la

Considerando 6º, Voto de los jueces Fayt y Belluscio: Considerando 2º —remisión al dictamen del Procurador General, acápite V y VI—, Voto del juez Petracchi, remisión al dictamen del Procurador General, acápite V).



Estándar aplicado por la Corte:

- No resulta suficiente sostener en abstracto argumentaciones en torno a la libertad de contratar, a la afectación del contenido estructural de contratos privados de cobertura médica y al “exorbitante costo económico” derivado de la cobertura de patologías como el SIDA y la drogadicción, sin ponderar en el caso examinado la falta de demostración por parte de la actora del perjuicio concreto que le ocasionaba la normativa impugnada, requisito ineludible para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

I. La sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, denegó los recursos extraordinarios deducidos por la representante del Ministerio Público Fiscal y por el Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), contra la sentencia de fs. 225/226. Sostuvo para ello, que los remedios reiteran asertos ya vertidos al cuestionar la sentencia de grado, y que expresan disconformidad con el decisorio, respecto —en ambos casos— de fundamentos que atañen a cuestiones de hecho, prueba, derecho común y procesal. Por último, que no se verifican en la causa los supuestos de gravedad institucional acusados, puesto que no se encuentran en juego las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno ni los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional.

Contra dicho pronunciamiento, se alza en queja la accionada, por razones que, en lo sustantivo, reproducen las expuestas en el principal. Puntualiza que la denegatoria omitió pronunciarse sobre la cuestión federal propuesta (confr. fs. 128/143 del cuaderno respectivo).

II. En lo que aquí interesa, la cámara a quo revocó la sentencia de la anterior instancia e hizo lugar al amparo interpuesto por el Hospital Británico de Buenos Aires contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), mediante el cual perseguía la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.754, por entenderla contraria a las garantías consagradas por los arts. 14, 17, 28 y 33 de la Constitución Nacional.

Para así decidir, adujo que la disposición cuestionada obliga a las entidades de medicina prepaga a cubrir riesgos de compleja cobertura institucional, como los derivados de la drogadicción y del contagio por virus H.I.V., lo que implica un aumento en el costo de la

resol. 201/2002 del Ministerio de Salud, debe ser consecuencia de otras prácticas médicas también comprendidas en aquél listado, para ser considerada deudora, pues ello supone una restricción que no resulta ni expresa ni implícitamente del sistema impuesto por la ley 24.754 y la resolución citada.

contratación que coloca a las prestatarias en situación poco favorable para competir con entidades como las obras sociales, recipiendarias —enfaticó— de fondos estatales y de una clientela virtualmente cautiva.

Dicha imposición —sostuvo— avanza ilegítimamente sobre la libertad de contratar y de ejercer una actividad lícita, desde que no comporta la fiscalización por el Estado de una entidad o actividad riesgosa, sino la afectación del contenido estructural de contratos privados de cobertura médica, so pretexto de una promoción sanitaria que, por medio de los hospitales públicos y de las obras sociales subsidiadas, podría verificarse sin menoscabo de los derechos de los particulares y de las organizaciones médicas, las que cumplen su función social basadas, empero, en premisas propias del giro patrimonial de una empresa.

Contra tal entendimiento, la accionada interpuso el recurso previsto por el art. 14 de la ley 48 (fs. 242/261), el que contestado por la contraria a fs. 282/295, fue denegado por el a quo, dando origen a esta queja.

III. Sostiene la quejosa en el principal —tras detenerse en el examen de los requisitos comunes, formales y propios del recurso extraordinario— la procedencia del remedio articulado por cuando —aduce— se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de una norma federal, en el caso, la ley 24.754, a lo que añade que la sentencia reviste gravedad institucional, desde que puede afectar la prestación del servicio de salud, desvirtuando un sistema estructurado en torno a la responsabilidad compartida de Estado, obras sociales y entidades de medicina prepaga.

Acusa, además, arbitrariedad, con apoyo en que el fallo fue dictado por un tribunal incompetente, puesto que la actora —asegura— no resulta alcanzada por las previsiones de las leyes 23.660 y 23.661; y por no constituir una derivación razonada del derecho vigente, apartarse de las constancias de la causa y no examinar el contenido de las normas invocadas como sustento de las defensas deducidas, lo que vulnera —dice— las garantías del debido proceso y la defensa en juicio receptadas por el art. 18 de la Ley Fundamental.

En el mismo orden de ideas, destaca la falta de demostración por el accionante del perjuicio patrimonial que le irrogaría la aplicación de esta norma, al tiempo que relativiza la existencia de un “mercado cautivo de afiliados...” para las obras sociales, dada la posibilidad de libre elección consagrada recientemente por la ley. Pone énfasis en que si bien aquéllas reciben subsidios del Estado, cotizan tarifas con estricto arreglo a la reglamentación, en tanto las entidades de medicina prepaga pueden determinarlas sin tener necesariamente que limitarse a un porcentaje del salario del afiliado. Destaca —tras poner de resalto el fin público que tutela la ley 24.754, comprometido, inclusive, en el plano internacional— que la presunta irrazonabilidad de su tenor, requiere se establezca, al menos, con aproximación, el costo de las obligaciones que la ley impone, en ausencia de lo cual procede desestimar el planteo; máxime, en el marco sumarísimo de una acción de amparo y versando la disputa sobre un pedido de inconstitucionalidad. Hace hincapié en lo que considera la razonable reglamentación de la propiedad y la libertad contractual, en relación con derechos tales como la vida, salud e integridad física (arts. 14 y 28 de la Ley Suprema); y en la ausencia de arbitrariedad o legalidad manifiestas, a las cuales se halla sujeta la admisión de esta vía sumarísima (art. 43 de la Constitución Nacional y ley 16.986).

IV. Si bien las cuestiones introducidas por la recurrente lo han sido bajo la pretensión de que la sentencia configura tanto un supuesto de arbitrariedad, gravedad institucional como de cuestión federal estricta, lo cierto —a mi entender— es que mediante su proposición

mayormente se defiende la constitucionalidad de la ley 24.754, declarada inválida por la alzada. Por ello, estimo que el recurso deducido es procedente toda vez que, puesta en tela de juicio la validez de una disposición emanada del Congreso, el fallo ha sido contrario a la misma, defendida —lo reitero— por la aquí recurrente (art. 14, inc. 1º de la ley 48), lo cual no obsta —respecto a los reproches sustentados en arbitrariedad— al eventual tratamiento de los aspectos no federales inescindibles de la materia federal, atendiendo a la amplitud de criterio que exige la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), invocada por la quejosa.

V. A este respecto, cabe consignar que V.E. ha señalado de manera reiterada, que el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales. Por esa razón —ha puntualizado— su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expeditiva del amparo (v. Fallos: 306:1453; 308:2632; 310:576, 2740; 311:612, 1974, 2319; 312:262, 357; 314:996; 316:3209; 317:164, 1128; 320:1617, entre otros).

Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, pues reproduce —en lo que aquí importa— el art. 1º de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia (v. Fallos: 319:2955 y, más recientemente, P.475, L.XXXIII, “Prodelco c/ P.E.N. s/ amparo”, sentencia del 7 de mayo de 1998). De lo anterior se desprende que esta construcción se sustenta sobre la base de un perjuicio —actual o potencial— cuya determinación o indeterminación atañe al pretensor alegar y poner en evidencia, a lo que se añaden los restantes requisitos, especificados en los dispositivos anteriores; punto en el cual, válido es ponerlo de resalto, coinciden aquí la procedencia del amparo con la de la declaración de inconstitucionalidad.

En la causa, empero —según mi entender— la ilegalidad lesiva de los derechos constitucionales de la amparista —sobre cuya base la sala a quo ha declarado la invalidez del dispositivo en debate por estimar la cobertura de patologías como el SIDA y la drogadicción de costo exorbitante— no se apoya siquiera en una estimación provisoria o aproximada de los eventuales perjuicios. Ello es así, toda vez que la presentación de inicio —como bien lo puso de resalto la juez de primera instancia (v. fs. 190)— no incluye, ni aun como mínimo recaudo, un cálculo probable del eventual incremento en los costos de las prestaciones médicas, siendo que —según se acusa— ese incremento colocaría a estas empresas, virtualmente, al margen del mercado.

Por el contrario, la misma se sustenta en la tesis —pongo de relieve que no demostrada— de que el virus H.I.V. y la drogadicción son situaciones “que impiden todo cálculo de probabilidades, tornando inconmensurables los riesgos, o sea, imposibles de medir...”, debiendo equipararse a la guerra, accidentes nucleares, terremotos, o a las inundaciones (confr. fs. 37 vta.). Tal caracterización de estas enfermedades condujo a la amparista a sugerir una analogía entre los servicios de medicina prepaga y los contratos de seguro, en orden —al menos— a las reglas técnicas con que se gobiernan unos y otros, pretendiendo que la inclusión de la drogadependencia y el SIDA entre las prestaciones obligatorias inherentes a estos planes de salud, desvirtúa la calidad de “contingencia” que caracteriza, en general, a las patologías cubiertas por los mismos, dado que, a diferencia de éstas, aquéllas —dijo— son cercanamente producto de la acción humana, de la conducta autolesiva del enfermo.

Todo lo anterior, empero, se encuentra en franco desacuerdo con las constancias más tarde agregadas por la propia amparista a fs. 123/128 y 130/133, las que dan cuenta de la existencia de ciertas pautas —algunas de ellas, inclusive, oficiales— que, eventualmente acompañadas de una estimación promedio de la cantidad de enfermos a atender o asistir, permitirían —ellas u otras— apreciar si, en efecto, la inclusión de estas prestaciones obligatorias, compromete —como lo aseveró la a quo— la subsistencia e integridad patrimonial de la actora. En defecto de ello, las aseveraciones en tal sentido, tanto de la entidad hospitalaria como de la juzgadora, se evidencian dogmáticas, comportando antes bien juicios conjeturales más que aseveraciones respecto de agravios constatados, toda vez que, en rigor, no se advierten en el caso elementos serios que permitan apreciar debidamente esta cuestión (v. cons. 11 del voto de los jueces Belluscio y Bossert en el ya citado “Prodelco...” —Fallos: 321:1252—).

Como directa consecuencia de lo anterior, juzgo se presentan faltas de sustento las afirmaciones de la a quo relativas a que se ha vulnerado la propiedad, la libertad contractual y de ejercer una actividad lícita de la amparista, toda vez que, en las condiciones antes descriptas, resulta imposible ponderar fundadamente si se ha incurrido en una reglamentación manifiestamente irrazonable o arbitraria, lesiva de estos derechos, cuya evidencia exige la normativa legal y constitucional inherente a la procedencia de la vía de amparo, máxime en casos como el presente en que a través de ella se persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Vale enfatizar, empero, que aun de admitirse probada la existencia de perjuicios, ello no obstaría necesariamente a una conclusión favorable al proceder del legislativo, pues con insistencia V.E. ha señalado que el examen de razonabilidad de las leyes en punto a su constitucionalidad no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las disposiciones en ellas contenidas y no sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, ya que ello importaría valorarlas en mérito a factores extraños (v. Fallos: 311:1565 y sus citas, entre muchos).

VI. No obstante lo precedentemente dicho y para el caso de que V.E. no comparta las anteriores consideraciones y juzgue necesario entrar a examinar el fondo del asunto —atendiendo particularmente a que en la causa media un pronunciamiento por el que se ha declarado constitucionalmente inválida una ley dictada por el Congreso de la Nación— estimo menester precisar que la cuestión se circunscribe a determinar aquí si la ley 24.754 —que extendió a las entidades de medicina prepaga la obligación impuesta a las obras sociales por la ley 24.455— es contraria al orden sentado por la Constitución, como lo ha declarado en la causa la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social (fs. 225/226).

A ese respecto debe señalarse que, superada la etapa de considerar implícitos como garantías constitucionales los derechos a la vida y a la salud, el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna —que confirió jerarquía constitucional a numerosos documentos internacionales en materia de derechos humanos— vino a introducir de manera explícita —vía, por ejemplo, el art. 12, punto 2, ítem c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. ley 23.313)— la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para la “prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...” (confr., además, los arts. 25, párrafo 1º, de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”; IX de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y 10º del “Protocolo de San Salvador”, en especial, su ap. 2, ítems b, c y d; entre otras disposiciones del derecho internacional en la materia).

Estimo que es en ese marco en el que resulta menester se sitúe el dictado de normas tales como las leyes 24.455 y 24.754, objetada —esta última— en lo que hace a su regularidad constitucional;

y en el que deben, asimismo, inscribirse previsiones como las de la ley 23.798 que, no es ocioso señalarlo, declara “de interés nacional” la lucha contra el SIDA (v. Fallos: 319:3040).

Las precedentes disposiciones, así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria, entiendo que vienen a constituirse en la expresión legislativa de la asunción por el Estado Nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y a la dignidad personal deben entenderse entre las señeras del ordenamiento, como, por otra parte —insisto— lo dejaron establecido, por medio del art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental, los constituyentes en ocasión de la última reforma (V.E. ha anotado que el derecho a la vida “es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes...” —confr. Fallos: 302:1284, entre otros).

Ello, por otra parte, queda puesto de relieve en el trámite legislativo. Particularmente, en los dichos del senador Salum quien, al defender el proyecto, hizo hincapié en las virtudes del mismo respecto a la igualación de prestaciones entre afiliados a obras sociales y entidades de medicina prepaga —incluidas éstas entre sí—, perspectiva que presentó como un imperativo de responsabilidad y de solidaridad social y como una contribución vital contra la discriminación que padecen personas infectadas con algunos retrovirus humanos. Inscribió al proyecto, asimismo, en el marco del art. 42 de la Ley Fundamental, relativo a la defensa de consumidores y usuarios de bienes y de servicios (v. antecedentes parlamentarios: Sesión del H. Senado de la Nación del 28 de noviembre de 1996).

En un sentido similar, la opinión de la diputada Banzas de Moreau, quien tras aludir a la responsabilidad moral del conjunto de la sociedad en el tratamiento del SIDA, deploró que una parte substancial del esquema de salud se sitúe al margen de la lucha contra la epidemia; defendiendo, además, la necesidad de disminuir los gastos del Estado en este campo con base en que, pese a que el 40% (cuarenta por ciento) de los afectados por H.I.V. cuentan con obras sociales o empresas de medicina prepaga, su atención se deriva, mayoritariamente, a la órbita estatal (v. antecedentes parlamentarios Sesión de la H. Cámara de Diputados de la Nación del 20 de noviembre de 1996. Moción de orden y sobre tablas). —Esta cuestión fue abordada por la quejosa quien puso énfasis en la implementación de un sistema basado en la responsabilidad compartida del Estado, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga, agravándose de lo que estima el desconocimiento por el fallo del citado diseño—.

Las anteriores consideraciones resultan asimismo oportunas puesto que posibilitan situar, además, esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema de la “discriminación inversa” (“affirmative action” en el lenguaje constitucional norteamericano), según la cual, atañe al Congreso de la Nación “...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”, respecto de grupos tradicionalmente perjudicados como —por ejemplo— los discapacitados (art. 75, inc. 23 de la Carta Magna). En este entendimiento, me guía la convicción de que no resulta inverosímil que hayan pretendido los legisladores alcanzar con sus “...medidas de acción positiva...” la situación de aquellos que, afectados por patologías como el SIDA o la droga, se encuentran inmersos o en peligro de discapacidad (en un sentido similar se pronuncia la juez de grado —v. fs. 187/188—).

Todo ello, por cierto, en el contexto de un examen que no pierde de vista que si bien, en principio, la actividad que asumen estas entidades de medicina prepaga presenta rasgos

mercantiles (arts. 7º y 8º, inc. 5, del Cód. de Comercio), tampoco cabe desatender que, como lo señalé en un reciente dictamen —S.C. E.34, L.XXXV, “Etcheverry, Roberto. E. c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios”, del 17 de diciembre de 1999—, ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial.

A este respecto, V.E. con insistencia ha señalado que nuestra Ley Suprema no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar de la Nación, cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el preámbulo (Fallos: 311:1565 y 315:952). Y también que el Estado tiene facultades para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo; marco en el cual tienen fácil cabida todas aquellas restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad, sin otra valla que la del art. 28 de la Constitución Nacional (v. Fallos: 311: 1565, y sus citas, y 315:222, 952; 318:2311; 319:3040, entre varios otros precedentes de V.E.).

Y es que el derecho a la salud —que no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil— penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas, correlato de lo cual resultan normas como la analizada, que pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias (arts. 14, 28 y 75, incs. 18 y 32 de la Constitución Nacional), asentir a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales —las entidades de medicina prepaga— y a recientes o potenciadas patologías.

La intervención por vía de reglamentación —ha admitido V.E.— puede contemplar que una actividad se inicie como mayormente privada y se transforme en el curso de su evolución en una que afecte a intereses dignos de regulación previsoras; tesis a la que el Tribunal ha asentido, incluso, en hipótesis más extremas que ésta, señalando, aun, que el examen de esa apreciación resulta ajeno al cometido propio de los tribunales de justicia (v. Fallos: 315:952).

Estimo que han de entenderse como un aspecto de esa redefinición las obligaciones impuestas por el plexo normativo bajo examen, cuya irregularidad constitucional, vuelvo a decirlo, no ha sido debidamente evidenciada y lejos se encuentra, a mi ver, de resultar manifiesta, como —por otro lado— insistentemente lo ha puntualizado el quejoso (V.E. ha señalado con vigor que el interesado en la declaración de la invalidez constitucional de una norma debe demostrar claramente que contraría la Ley Suprema —v. Fallos: 315:952 y sus citas—).

En ese marco es que entiendo, en consecuencia, que la ley 24.754 —sin perjuicio de lo expresado en orden a su orientación también fincada en el art. 75, incs. 22 y 23, de la Carta Magna— ha sido dictada en ejercicio del poder de policía del Estado que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Máximo Tribunal, “...se justifica por la necesidad de la defensa y afianzamiento de la moral, la salud y la conveniencia colectiva o el interés económico de la comunidad...” (v. Fallos: 308:943 y sus citas entre otros).

Nada agrega a lo anterior el argumento del amparista fundado en la libertad de contratación. Y es que a lo expuesto debe añadirse que, ya desde la época del precedente registrado en Fallos: 136:161, el Tribunal admitió la tesis amplia en materia de poder de policía (“broad and

plenary”), frente a la llamada restringida o literal (“narrow or literal”). En esa ocasión destacó, inclusive, que la legitimidad de las restricciones a la propiedad y a las actividades individuales que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas no pueden discutirse en principio, sino en extensión. Más tarde, al indagar sobre la validez de una ley modificatoria de un contrato aún no cumplido, señaló que lo es “cuando los superiores intereses de la comunidad lo requieren...”, precisando, que la sola contratación no da a los derechos establecidos en la convención carácter de adquiridos contra una ley de orden público...” (Fallos: 224:752 y sus citas). En un sentido similar, el precedente de Fallos: 172:21, donde la Corte, al sintetizar jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, refirió que “...La Constitución no garantiza el privilegio ilimitado de ocuparse de un negocio o de conducirlo como a uno le plazca. Ciertos negocios pueden ser prohibidos y el derecho de dirigir un negocio o de continuar un oficio puede ser condicionado...”

VII. En otro orden de ideas, debo también señalar que tampoco advierto se evidencie configurado un agravio a la igualdad del amparista, como implícitamente lo plantea al parangonar su situación con la de las obras sociales, a la luz de lo previsto por las leyes 24.455 y 24.754.

Ello es así, pues al decir de V.E., las distinciones normativas para supuestos que se estima distintos son valederas en tanto no sean arbitrarias, es decir, no obedezcan a propósito de injusta persecución o indebido beneficio, sino a una causa objetiva para discriminar, aunque su fundamento sea opinable (v. Fallos: 311:1565 y sus citas; 315:222, 952 y sus citas; y lo expuesto a propósito de la preceptiva del art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional).

A la luz de tal principio, no parece irrazonable que la ley 24.754, al extender a las empresas de medicina prepaga la obligación impuesta por la ley 24.455 a las obras sociales, no incluya los subsidios a que se refieren los arts. 1º y 5º del último precepto. En rigor, las situaciones originarias de unas y otras no son totalmente análogas. Así, como lo anota la juez de grado, las obras sociales —a diferencia de los sistemas de prepagas— no pueden fijar libremente sus tarifas, las que consisten en porcentajes fijos de las remuneraciones de los afiliados. Sí, en cambio, se ha visto aproximarse a estos regímenes a partir de la posibilidad de libre elección de las obras sociales, lo que sitúa a las últimas en situación de competir entre sí. Dicha circunstancia, empero, desmerece la argumentación de la amparista, desde que desacredita sus dichos relativos a la clientela cautiva de las primeras, como oportunamente lo enfatizó la juez de primera instancia (fs. 191). Por otro lado, difícilmente la cuestión pueda situarse alguna vez en las condiciones de un mercado ideal en que la competencia sea perfecta e igualitaria la situación de los consumidores, y pueda, apreciado desde esta perspectiva, descalificarse todo intento de reasignar de modo socialmente equitativo sus recursos, cuestión que —como quedó expuesto— no puede entenderse extraña a la voluntad de los autores de la ley 24.754 ni, en un plano anterior, a la de los constituyentes de 1994 (v. art. 42 de la Constitución Nacional).

Y es que, como lo señaló V. E. en el ya citado “Ercolano...”, si para justificar el ejercicio del poder de policía fuera menester que en cada caso estuviese comprometido el bienestar de todos y cada uno de los habitantes del Estado, no sería posible reglamentar jamás la actividad individual ni el uso de la propiedad, desde que los beneficios directos de cada ley u ordenanza no alcanzan sino a una parte limitada de la población, aun cuando en conjunto tiendan a asegurar el bienestar de todos (confr. Fallos: 136:161).

Lo anterior, me apresuro a destacarlo, no supone desconocer que obligaciones como las que se debaten, instaladas “ex lege”, como parte de lo que puede considerarse una política de salud

(“health policy”), conllevan cargas o débitos para un sector de la sociedad, sino afirmar que cuando se trata de sujetos obligados del derecho a la salud, incumbe a los mismos someterse a las regulaciones razonables que dicten los órganos del Estado y, a mi entender, no se ha demostrado en la causa que los medios arbitrados por la ley 24.754 no guardan relación con los propósitos perseguidos, ni sean desproporcionados con respecto a éstos. En consecuencia, no corresponde someter al juicio de los tribunales la oportunidad y conveniencia de las medidas tomadas o el acierto de la elección en los medios empleados, puesto que V. E. ha rechazado que los mismos puedan imponer su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes (confr. Fallos: 311:1565 y sus citas; 312:222, 952, entre otros).

Como lo dijo hace tiempo, “...No es resorte del poder judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado para conjurar esa situación crítica, ni de las consecuencias de orden económico que puedan derivar de la aplicación de la ley. Le incumbe únicamente pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del congreso para establecer la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada...” (v. Fallos: 136:161). O como señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en precedentes recordados por el Tribunal, “...Innumerables veces hemos dicho que la legislatura es originariamente el juez de la necesidad de tal sanción, que todas las presunciones posibles están a favor de la validez y que aun cuando la Corte pueda tener opinión contraria a la sabiduría o buen criterio de la ley, ella no debe ser anulada a menos que claramente exceda el poder legislativo...” (Fallos: 172:21).

VIII. Para concluir, deseo remarcar que comparto el juicio vertido por la juez de grado en orden a que, amén de inexacto, resulta cuanto menos, chocante e inapropiado que se insinúe que el SIDA sería una enfermedad contraída por personas que voluntariamente se exponen a conductas de riesgo reprobables (fs. 191), argumento que, más allá del énfasis del amparista y aun prescindiendo de su índole dogmática, no deja de comportar, en último término, una objeción al mérito de la medida, cuestión —como se expuso— ajena a la competencia de los tribunales.

IX. Por lo hasta aquí expuesto, considero que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia en cuanto fue materia de recurso. Buenos Aires, 29 de febrero de 2000. NICOLAS EDUARDO BECERRA.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 13 de marzo de 2001.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, al revocar lo resuelto en la instancia anterior, hizo lugar a la demanda de amparo deducida por el Hospital Británico de Buenos Aires contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) y declaró la inconstitucionalidad de la ley 24.754, que extendió a las empresas de servicios de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuesta para las obras sociales en la ley

24.455 respecto de los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus HIV. Contra tal pronunciamiento la demandada interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2º) Que el a quo consideró que la obligación impuesta por la ley 24.754 implicaba un mayor costo en el precio del contrato privado de medicina prepaga y la adecuación de estas entidades a finalidades no contempladas por los planes de cobertura médica tradicional, lo que las colocaba en una situación disvaliosa para competir frente a las obras sociales recipiendarias de fondos estatales y de una clientela virtualmente cautiva. Consideró que ello implica un serio perjuicio —de exorbitante costo económico— para las empresas de medicina prepaga y sus afiliados, con lesión del derecho de igualdad y del principio de libertad contractual.

3º) Que, asimismo, entendió que la ley 24.754 no constituía una reglamentación razonable del poder de policía pues trasladaba a los particulares obligaciones propias del Estado que debían ser satisfechas mediante el otorgamiento de prestaciones por intermedio de los hospitales públicos o de las obras sociales, sin mengua de los derechos individuales y de las organizaciones médicas que, como la actora, fueron instituidas con un fin económico. Agregó que no se trataba en el caso de que el Estado se vea obligado a fiscalizar o controlar alguna entidad o determinada actividad riesgosa para los ciudadanos, sino de la afectación del contenido estructural de contratos privados de cobertura médica.

4º) Que esta Corte ha señalado que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen. Para ello es menester que precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición lo que no ha ocurrido en la especie (Fallos: 307: 1656 y sus citas).

5º) Que, en efecto, en autos el actor no demostró, como era menester, un cálculo siquiera aproximado del eventual incremento en los costos de las prestaciones médicas ni menciona —sobre la base de datos estadísticos oficiales— número alguno de probables afectados o de consumidores de fármacos que derivarían en la consiguiente atención de pacientes que la colocarían —como sostiene— al margen del mercado.

6º) Que, en este sentido, la sentencia apelada incurre en arbitrariedad por contener fundamentos tan sólo aparentes, ya que no resulta suficiente sostener en abstracto argumentaciones en torno a la libertad de contratar, a la afectación del contenido estructural de contratos privados de cobertura médica y al “exorbitante costo económico”, derivado de la aplicación de la ley, sin ponderar en el caso examinado la falta de demostración por parte de la actora, del perjuicio concreto que le ocasionaba la normativa impugnada, requisito ineludible para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal.

Por ello, y lo dictaminado en forma concordante por el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el fallo apelado y por ser innecesaria mayor sustanciación, se rechaza la demanda de amparo (art. 16, segunda parte de la ley 48). Con costas. Reintégrese el depósito. Agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINE O’CONNOR — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (*según su voto*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*).— ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LOPEZ — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (*según su voto*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y AUGUSTO CESAR BELLUSCIO

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social que, al revocar la sentencia de la instancia anterior, hizo lugar a la demanda de amparo deducida por el Hospital Británico de Buenos Aires contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) y declaró la inconstitucionalidad de la ley 24.754, que extendió a las empresas de servicios de medicina prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuesta para las obras sociales en la ley 24.455 respecto de los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus H.I.V., la demandada interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2º) Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del procurador general, cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte comparte en lo sustancial y a los cuales se remite *brevitatis causa*. Al respecto, cabe agregar que aun cuando se entendiera que la demanda de amparo supera el examen de admisibilidad formal de la vía intentada (art. 43 de la Constitución Nacional y ley 16.986), las objeciones de naturaleza constitucional contra la ley 24.754, en que se basó la presentación del actor y fueron admitidas en la sentencia apelada, no alcanzan a demostrar que la norma impugnada resulte irrazonable o produzca lesión a los derechos superiores invocados, cuestión que ha sido debidamente considerada en el referido dictamen.

Por ello, con el alcance indicado, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario, se revoca la sentencia recurrida y, por ser innecesaria mayor sustanciación, se rechaza la demanda de amparo (art. 16, segunda parte de la ley 48). Costas en el orden causado en atención a las particularidades del caso. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase. CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1º) Que el señor Procurador General formula una adecuada reseña de estas actuaciones en los capítulos I, II y III de su dictamen, a los que cabe remitirse “*brevitatis causa*”.

2º) Que, en primer término, corresponde abordar el cuestionamiento relativo a la arbitrariedad del pronunciamiento, pues de configurarse este supuesto no habría sentencia propiamente dicha, conforme con los precedentes de esta Corte (Fallos: 312:1034; 317:1155, 1413, 1454 y 1845 y 318: 189, entre otros).

3º) Que, sentado lo expuesto, corresponde remitirse a los términos del capítulo V del dictamen mencionado en el considerando 1º, los que se dan por reproducidos en razón de brevedad. En efecto, de ellos resulta el carácter dogmático de las afirmaciones del a quo y su falta de respaldo probatorio, lo que obliga a descalificar como arbitrario el fallo.

4º) Que, en consecuencia, resulta innecesario considerar las otras cuestiones planteadas en autos.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia recurrida y,

por ser innecesaria mayor sustanciación, se rechaza la demanda de amparo (art. 16, segunda parte de la ley 48). Costas en el orden causado en atención a las particularidades del caso. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1º) Que el señor Procurador General formula una adecuada reseña de estas actuaciones en los capítulos I, II y III de su dictamen, a los que cabe remitirse “brevitatis causa”.

2º) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente pues está en tela de juicio la inteligencia y aplicación de una norma de contenido federal (ley 24.754) y la decisión recaída en el “sub lite” ha sido adversa a las pretensiones que el recurrente fundó en ellas. Cabe recordar la doctrina que sostiene que en la tarea de esclarecer normas del carácter señalado, este Tribunal no está limitado por las posiciones de la cámara ni del apelante, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (art. 16, ley 48), según la interpretación que rectamente le otorga (Fallos: 310:2682).

3º) Que en primer término, cuadra tratar la afirmación de la amparista consistente en que el virus H.I.V. y la drogadicción son situaciones “que impiden todo cálculo de probabilidades tornando inconmensurables los riesgos, o sea imposibles de medir...”, debiendo equipararse a la guerra, accidentes nucleares, terremotos, o a las inundaciones (conf. fs. 37 vta.).

Asimismo, la consideración que efectúa respecto a que existe una analogía entre los servicios de medicina prepaga y los contratos de seguro, en orden a las reglas técnicas con que se gobiernan unos y otros, a lo que añade que pretender la inclusión de la drogadicción y el SIDA entre las prestaciones obligatorias inherentes a estos planes de salud, desvirtúa la calidad de “contingencia” que caracteriza, en general, a las patologías cubiertas por los mismos, dado que, a diferencia de éstas, aquéllas son cercanamente producto de la acción humana, de la conducta autolesiva del enfermo.

4º) Que si bien le asiste razón al ente de medicina prepaga en cuanto destaca la similitud entre los contratos que celebra y los de seguro, ello no justifica su argumentación en punto a que el SIDA no puede considerarse una “contingencia”.

En efecto, esta Corte en Fallos: 320:1294, voto del juez Vázquez, expresó —aunque refiriéndose a las obras sociales— que le es aplicable la figura del seguro, lo cual es extensible por su gran similitud jurídica, económica y operativa a las empresas de medicina prepaga.

En dicha oportunidad, se precisó que se está frente a una prestación de seguro de salud (conf. leyes 23.660 y 23.661); a lo que se agregó que el art. 4º de la ley 23.660 les confiere responsabilidad como agentes del seguro así como la propia denominación del ANSAL (ley 23.661), que las describe como “Sistema Nacional de Seguro de Salud, con los alcances de seguro social a los efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El seguro se organizará dentro del marco de una concepción integradora del sector salud...”, y el art. 2º vuelve a decir: “...el seguro tendrá como objetivo fundamental...”; ibídem el art. 3º “el seguro adecuará sus acciones...”

A mayor abundamiento, cuadra mencionar que tanto el contrato de medicina prepaga como el de seguro son sinalagmáticos, onerosos, aleatorios y de tracto sucesivo.

Ahora bien, la nota de la aleatoriedad no desaparece si se incluye el SIDA en la cobertura que debe brindar el ente empresario, ya que no hay una razón fundada para negar la incertidumbre respecto a poder padecer este mal.

Además, es cierto que sus características son especiales y que hay personas más expuestas, pero esto último no es una nota exclusiva del HIV ya que en todas las enfermedades es factible identificar grupos con mayor riesgo sin que eso afecte el rasgo de la eventualidad.

5º) Que un comentario aparte merecen los términos del reproche y sanción utilizados por la empresa, pues de ellos se infiere su intención de demostrar que es un virus que contraen sólo los drogadictos y quienes tienen determinadas conductas sexuales, lo cual además de implicar desconocer que existen otras tantas situaciones que pueden favorecer el contagio —como por ejemplo las transfusiones, intervenciones quirúrgicas, etc.— deja traslucir un grave prejuicio que conduce a la discriminación.

6º) Que en otro orden de cosas, la baja de las utilidades alegada por la accionante para rechazar la inclusión en la cobertura de las prestaciones obligatorias, tampoco resulta atendible.

Ello es así, pues no demostró ni siquiera mínimamente en cuanto incide en el margen de ganancias, es decir que incumplió un requisito ineludible para el examen del perjuicio económico que invoca.

7º) Que a partir de lo antes señalado y lo expresado por esta Corte en la causa E.34.XXXV “Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint S. A. y Servicios”, sentencia de la fecha —voto del juez Vázquez—, en cuanto a que la característica principal de los contratos de medicina prepaga es que a través del ahorro —consistente en pagos anticipados verificados en el transcurso del tiempo— los pacientes se protegen de riesgos futuros en su vida y/o salud, la oposición de la empresa respecto a lo ordenado por la ley 24.754 aparece como un mero propósito de alterar unilateralmente su parte de la ecuación dejando a la contraparte —enfermos de SIDA afiliados— con una onerosa e insatisfecha necesidad.

Hay que soslayar, que los contratos de “larga duración” acarrear el planteo de muchos desafíos que son inherentes a su propia naturaleza, no siendo razonable ni justificado que las empresas los desconozcan y nieguen sin fundamentos sólidos, como ocurre en el “sub lite”.

8º) Que sentado lo expuesto, corresponde tratar la afirmación del a quo conforme a la cual la ley en examen vulnera derechos constitucionales como el ejercicio de toda industria lícita, a la propiedad y a la igualdad así como también el argumento de la actora consistente en que es el Estado Nacional quien tiene la exclusiva responsabilidad del debido resguardo del derecho natural a la salud de los habitantes de la Nación.

9º) Que para ello, es imprescindible mencionar liminarmente que con motivo de la última reforma constitucional, el Estado nacional asumió numerosos compromisos en materia de derechos humanos al incorporar un importante grupo de tratados que enumeró en el art. 75 inc. 22.

El derecho a la salud está contemplado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda

y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad; la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el art. 25, dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prescribe que entre las medidas que los Estados Partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental deberían figurar "...la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas" (inc. c) y, "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

Sentado lo anterior, corresponde diferenciar el interés simple del interés legítimo y el derecho subjetivo.

Repárese, que para ejercer el derecho subjetivo a la salud es necesario realizar una actividad conducente a fin de completar y coadyuvar a que el Estado brinde las posibilidades reseñadas en las cláusulas expuestas.

En la situación planteada en esta causa, se pone en evidencia que la iniciativa personal del particular que se abona a un sistema de medicina prepaga o afilia a una obra social le otorga tal derecho, correspondiéndole al Estado no satisfacer la prestación en forma directa sino vigilar y controlar que las prestatarias cumplan su obligación.

10) Que ateniéndose al marco descripto, este Tribunal reafirmó en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten).

11) Que fue justamente la necesidad de hacer efectivos los derechos contenidos en los aludidos pactos internacionales (concernientes principalmente a la vida, la salud y la dignidad personal) lo que impulsó al legislador a dictar la ley 23.798 que declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA y posteriormente —a fin de cumplir ese objetivo— las leyes 24.455 y 24.754 que establecieron la cobertura de las prestaciones obligatorias en relación a los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus H.I.V. a las obras sociales y empresas de medicina prepaga respectivamente.

12) Que es oportuno mencionar, que de la lectura del debate parlamentario que precedió el dictado de la ley 24.754, surge que uno de sus objetivos fue poner fin a la desigualdad que se observaba no solamente entre los beneficiarios de las obras sociales respecto de las empresas de medicina prepaga, sino también, la que se advertía entre los propios usuarios de distintas firmas de éstas últimas.

Asimismo, es destacable la alusión que se hace a la responsabilidad moral del conjunto de la sociedad en el tratamiento del SIDA y la necesidad de disminuir los gastos del Estado.

13) Que esta Corte al tratar la causa E.34.XXXV "Etcheverry", ya citada, voto del juez Vázquez, manifestó respecto a la norma en examen que representa un instrumento al que

recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego —integridad psicofísica, salud y vida de las personas— así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial.

14) Que la ley de lucha contra el SIDA —al igual que la 24.455 y 24.754— fueron dictadas en ejercicio del poder de policía del Estado (art. 67, incs. 16 y 28, Constitución anterior, actualmente, arts. 75, incs. 18 y 32) el cual se manifiesta en forma de restricciones a los derechos y garantías constitucionales y se impone con prescindencia de la voluntad de los particulares (Fallos: 319:3040).

15) Que el Estado está facultado para intervenir por vía de la reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlo o encauzarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público (Fallos: 318:2311), a lo que debe añadirse que este Tribunal tiene dicho reiteradamente que los derechos constitucionales no son absolutos, sino que se encuentran limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio (Fallos: 268:364, entre muchos otros).

16) Que en las actuales circunstancias, cabe concluir que la cámara al fallar como lo hizo prescindió del resto del ordenamiento jurídico y recurrió a criterios estrictamente mercantiles olvidando por completo el significado que tiene la salud para las personas y desconociendo que es a la luz de las anteriores premisas que debió aplicar las reglas de hermenéutica en relación a la ley 24.754.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia recurrida. Con costas. Agréguese la queja al principal y reintégrese el depósito. Notifíquese y devuélvase. ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ.

Discapacidad — Responsabilidad del Estado — Financiamiento de las prestaciones de salud.

Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional — Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas — Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad. 16/10/2001 — Fallos: 324:3569.

Antecedentes:

El padre adoptivo de un menor con parálisis cerebral, residente en la Provincia de Santa Fe exhortó al Poder Ejecutivo Nacional y sus organismos dependientes a cumplir con lo que establecían los arts. 3º, segundo párrafo, y 4º de la ley 24.901 (45) y 23 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a prestar los servicios básicos de rehabilitación

(45) **Nota de Secretaría:** Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad.

que disponía dicha ley. Después de habersele dado trámite de amparo la demandada ofreció los servicios del Pami, propuesta que fracasó.

El juez de grado hizo lugar a lo solicitado ordenando al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad brindar al menor todas las prestaciones de salud disponiendo, asimismo, que se efectuara la evaluación de incapacidad. La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia.

La Corte —por mayoría— declaró procedente el recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional y confirmó la sentencia apelada.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Obligación del Estado respecto al derecho a la salud.** (Considerandos 11 y 14).
- b) **Ley 24.901. Discapacidad cobertura.** (Considerandos 15 y 16).
- c) **Financiamiento de beneficios para personas discapacitadas.** (Considerandos 17 y 18).

Estándar aplicado por la Corte:

- El derecho a la preservación de la salud —según lo dispuesto en tratados internacionales con jerarquía constitucional— es una obligación imposterable de la autoridad pública, garantizando ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir para su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales y la medicina prepaga (46).

- La ley 24.901 encomendó al Estado y a sus organismos dependientes la atención del sistema de prestaciones básicas de salud para las personas discapacitadas que no cuenten con cobertura de obras sociales y carezcan de medios, por lo que tienen la obligación de ejecutar el programa de protección sanitaria y ponerlo en marcha en las jurisdicciones locales.

- Los beneficios establecidos para las personas incapacitadas no incluidas en el régimen de obras sociales cuentan con el financiamiento de las partidas asignadas en el presupuesto general de la Nación (art. 7º, inc. c ley 24.901) y del fondo instituido para programas de similar naturaleza en la ley 24.452. Por ello, el Estado debe asumir su responsabilidad en la asistencia y atención de niños discapacitados de la que no puede sustraerse en razón de demoras contingentes (47).

(46) **Nota de Secretaría:** Ver “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas” (Fallos: 323:3229).

(47) **Nota de Secretaría:** En la causa “Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional”, (Fallos: 327: 2413), la Corte analizó el sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, estatuido por la ley 22.431.

Respecto a las prestaciones educativas que deben reconocerse a menores discapacitados, en la causa “I., C. F c/ provincia de Buenos Aires s/amparo” (Fallos: 331:2135), la Corte, sostuvo que para evaluar una medida cautelar ten-

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

I. A fs. 13/15, Marcelino Orlando Monteserin, en representación de su hijo Nahuel Santiago, promovió acción de amparo contra el Estado Nacional, a fin de que se le ordene dar cumplimiento a la previsión contenida en los arts. 3º, párrafo segundo; 4º y concordantes de la ley 24.901 y 23 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional y que se disponga la afiliación del menor a la obra social que corresponda, a fin de que pueda recibir todos los beneficios que prevé la legislación vigente.

Según relató, en 1993 adoptó al menor, que padece parálisis cerebral con compromiso psicomotriz y retardo cerebral y actualmente su situación patrimonial es sumamente comprometida, debido a que carece de trabajo y a que su esposa es ama de casa.

A partir de la sanción de la ley 24.901, efectuó gestiones ante las autoridades municipales, provinciales y nacionales, a efectos de acceder a sus beneficios, sin obtener respuesta positiva y, en tales condiciones, se veía obligado a recurrir a la justicia para reclamar lo que legítimamente le corresponde a su hijo, pues su salud e integridad no admiten más dilaciones.

Fundó su pretensión, en concreto, en las disposiciones de la citada ley y de su decreto reglamentario (1193/98) que, a su entender, ponen en cabeza del Estado Nacional la obligación de prestar los servicios previstos en la ley 22.431 a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquéllas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas.

II. A fs. 119/120, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (sala B, Civil), confirmó la sentencia de la instancia anterior, que admitió la acción de amparo y ordenó al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, que otorgue la atención integral prevista en la ley 24.901 y el decreto 1193/98, no sólo con relación a las prestaciones básicas allí enumeradas, sino a los servicios específicos, alternativos del grupo familiar o prestaciones complementarias que la situación a relevar requiera, después de

diente a que se asuma en forma provisional la cobertura integral de la prestación educativa para una menor discapacitada es menester tener presente que, no sólo la ley orgánica del Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires previó como obligación expresa a su cargo, la de realizar “todos los fines del Estado en materia médico asistencia para sus agentes —contemplando, entre otras medidas—, internaciones en establecimientos asistenciales” (arts. 1º y 22, inc. b, ley 6982)— y la ley 10.592 estatuyó un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas —mediante el que se aseguró los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social para quienes estuvieran en imposibilidad de obtenerlos (art. 1º, de la ley citada)—, sino además que la propia constitución provincial consagra el derecho a una protección integral de la discapacidad (arts. 36, incs. 5º y 8º, y 198), en consonancia con lo establecido por la Constitución Nacional (arts. 5º, 14, 33, 42 y 75, incs. 22 y 23). Finalmente, concluyó en que frente a la finalidad de las normas en juego, el interés superior que se intenta proteger y la urgencia en encontrar una solución acorde con la situación planteada, no parecía razonable ser rigurosos con la exigencia indefectible de la prueba sobre la situación patrimonial de los reclamantes que les impediría acceder a la cobertura de la prestación educativa para su hija menor discapacitada, prueba negativa que resulta de muy difícil producción.

También se pronunció en la causa “Rivero, Gladys Elizabeth s/amparo - apelación” (Fallos: 332:1394). El Tribunal revocó la sentencia que acogió parcialmente la demanda instaurada en la que se persigue la cobertura integral de la escolaridad que viene cursando la hija menor de la actora que padece de una discapacidad mental asociada a otras dolencias de tipo físico, sosteniendo que no parecía razonable colocar a la recurrente ante la única alternativa de acudir a un juicio ordinario para obtener la prestación de la que su hija es clara acreedora, cuando por la vía del amparo ya lleva más de dos años litigando, debiendo los jueces —frente a éste tipo de pretensiones— encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos fundamentales.

efectuar la evaluación que prevé el art. 10 de la reglamentación y desestimó el reclamo con respecto al Ministerio de Salud y Acción Social, sin perjuicio de su participación obligatoria en lo previsto legalmente (v. fs. 95/99).

Para así resolver, en primer término, consideraron sus integrantes que el amparo era la vía idónea para solucionar el acuciante problema que padece el menor, ante la inexplicable conducta asumida por los representantes de los distintos organismos del Estado Nacional.

En cuanto al fondo del asunto, compartieron los fundamentos de la sentencia de primera instancia y estimaron que el caso era análogo a otro que habían resuelto con anterioridad, en el que examinaron las leyes 23.661, que regula el Sistema Nacional del Seguro de Salud y 24.901, que instituyó el sistema de prestaciones básicas de rehabilitación integral a favor de personas discapacitadas. Sobre tales bases, señalaron que la letra y el espíritu de la ley son claros en determinar que las prestaciones del sistema único para personas sin cobertura de obra social se financiarán con los fondos que el Estado Nacional asigne, para tal fin, al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad.

III. Contra tal pronunciamiento, dicho servicio nacional dedujo el recurso extraordinario obrante a fs. 125/138, cuya denegación a fs. 145, dio origen a la presente queja.

Sostiene que existe cuestión federal, por estar en juego la interpretación de una norma de ese carácter, así como por las cuestiones debatidas que exceden el interés de las partes y se proyectan al de toda la comunidad y porque la sentencia es arbitraria, al contener afirmaciones dogmáticas.

Sus principales agravios son:

a) La cámara lo condenó a realizar acciones que no están a su cargo y para cuya ejecución carece de partida presupuestaria, pese a que había puesto en conocimiento que el ente obligado a brindar la asistencia es el Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad.

b) Los fundamentos del fallo padecen de vaguedad y de falta de referencia a las constancias de la causa, pues no se ha probado la calidad invocada por el actor para alegar la lesión a sus derechos, ni que el interesado cuente con el certificado previsto por el art. 3º de la ley 22.431, requisito necesario para delimitar la obligación del Estado de prestar atención en la rehabilitación a los beneficiarios del sistema. En efecto, dicho certificado determina tanto la calidad de discapacitado como la orientación prestacional que el caso requiera, y en autos, pese a que el actor ni siquiera lo solicitó, el a quo igualmente le ordenó la asistencia contemplada en la ley 24.091.

c) El a quo también omitió considerar otros elementos determinantes para la correcta solución del caso, como es la resolución 3, del 5 de octubre de 1999, del presidente del directorio del sistema único creado por la ley 24.901, que pone a cargo de dicho órgano la ejecución del Programa de Cobertura para las Personas con Discapacidad Carentes, así como la conformación del Registro Nacional de Prestadores de Servicios de Atención a Personas con Discapacidad, hasta tanto se constituyan las Juntas Evaluadoras de Servicios en cada jurisdicción —el que provisoriamente estará constituido por las instituciones ya categorizadas por el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados—.

d) La sentencia ni siquiera acierta a invocar correctamente el derecho en que funda su decisión, porque cita erróneamente al decreto 762/92 como 792/97 y, además, porque lo

califica de “reglamentario” de la ley 24.901, cuando fue dictado con anterioridad a la sanción de la norma legal. En este sentido, afirma que, por la similitud entre sus disposiciones y por ser jerárquicamente inferior a la ley, aquél fue tácitamente derogado. Sostiene, también, que el decreto 1193/98 es el reglamentario de la citada ley.

IV. El recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que, por su intermedio, se ha puesto en tela de juicio el alcance e interpretación de una norma federal (ley 24.901) y la decisión definitiva del a quo ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ella (art. 14 inc. 3º, ley 48).

V. En cuanto al fondo del asunto, cabe recordar, ante todo que, por discutirse el contenido y alcance de una norma de derecho federal, el Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 319:2886; 320:1602; 323:1406, 1460 y 1656, entre muchos otros).

A la luz de tal principio, debe señalarse que la ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1º) y dispone que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura de tales prestaciones. Producto de esta obligación, al modificar el primer párrafo del art. 4º de la ley 22.431, aclara que el Estado, a través de sus organismos, prestará los beneficios del sistema a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de obras sociales, en la medida que aquéllas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas (art. 3º) y, con mayor precisión aún, prescribe: “Las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado” (art. 4º).

Por su parte, el art. 7º establece cómo se financiarán las prestaciones que prevé la ley y, en lo que aquí interesa, dispone: “...inc. e) Personas beneficiarias de pensiones no contributivas y/o graciabiles por invalidez, ex-combatientes ley 24.310 y demás personas con discapacidad no comprendidas en los incisos precedentes que no tuvieren cobertura de obra social, en la medida en que las mismas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas, con los fondos que anualmente determine el presupuesto general de la Nación para tal fin”.

A su turno, la reglamentación de la ley 24.901, aprobada por decreto 1193/98, determina que las personas con discapacidad que carecieren de cobertura social y, además, no contaran con recursos económicos suficientes y adecuados podrán obtener las prestaciones básicas a través de los organismos del Estado Nacional, provincial o municipal, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda, que adhieran al sistema, así como que las autoridades competentes de las provincias, municipios o de la citada ciudad, podrán celebrar convenios de asistencia técnica, científica y financiera con la autoridad competente en el orden nacional, a fin de implementar y financiar las prestaciones básicas previstas en la norma legal (art. 4º, del anexo I).

VI. En mi concepto, la mera descripción de cómo está regulado legalmente el sistema conduce a desestimar los agravios esgrimidos por el Estado Nacional, tanto en su recurso extraordinario como en su presentación directa, porque la ley contempla que la atención de las personas con discapacidad estará a cargo de las obras sociales o, en supuestos como los del “sub lite”, del propio Estado, a través de sus organismos.

Así lo pienso, porque se encuentra fuera de discusión que el menor padece una discapacidad (parálisis cerebral), que no cuenta con cobertura de obra social y que su grupo familiar carece de recursos económicos para afrontar su tratamiento, en la medida que la apreciación de todas esas cuestiones —de hecho y prueba— es privativa de los jueces de la causa y, por ende, irrevisable en esta instancia, máxime cuando, por otra parte, no se advierte que hayan sido resueltas con arbitrariedad.

Pero, además, la propia conducta desplegada por el Estado demandado también confirma tales conclusiones, toda vez que negó su obligación de prestar la asistencia requerida. En efecto, aun cuando el menor sufriera alguna discapacidad que lo habilitara a solicitar los beneficios legales, aquél mantuvo una posición contraria, alegando que no tenía obligación de asistirlo, ya sea porque ello estaba a cargo de otro órgano o de las autoridades provinciales, o inclusive, en una actitud ciertamente contradictoria, porque el actor no acreditó, mediante el certificado pertinente que determina la ley y su reglamentación, padecer de discapacidad.

Así, desde esta perspectiva, carece de relevancia qué órgano del Estado Nacional es el responsable de brindar la asistencia requerida por el actor para su hijo menor, pues lo fundamental es, en el régimen legal, que aquél debe asistirlo y, para ello, la ley determina la forma de financiar tales actividades (en el caso, la prevista en el art. 7º inc. e), sin que pueda servir de excusa para incumplir con el mandato legal, la pretendida alegación —no demostrada, por otra parte—, de falta de partida presupuestaria.

Lo expuesto, claro está, en modo alguno impide que el Estado Nacional, si corresponde, recupere los costos que le insuma la atención del menor, por las vías pertinentes de quien, en definitiva, resulte obligado a afrontarlas financieramente.

VII. Finalmente, estimo necesario señalar que en autos se encuentra comprometido el derecho a la vida que, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los restantes reconocidos expresamente requiere necesariamente de él (conf. dictamen del suscripto en la causa “Asociación Benghalensis”, a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió V.E. en su sentencia publicada en Fallos: 323:1339).

En igual sentido, el Tribunal enfáticamente ha recordado que aquél es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, y que el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (C.823.XXXV. “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, resuelta el 24 de octubre de 2000, con sus citas).

Precisamente, en la causa recién citada, que guarda sustancial analogía con la de autos, la Corte también recordó que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), se ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y se ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales (conf. considerando 16 del voto de la mayoría).

Así, después de enumerar los distintos pactos internacionales que se relacionan con la cuestión debatida, entre los que destaco a la Convención sobre los Derechos del Niño, que

incluye el deber de los Estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento (arts. 23, 24 y 26), concluyó que el Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3º, convención ya citada).

VIII. Por lo expuesto, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional y confirmar la sentencia en cuanto fue materia de aquél. 30 de marzo de 2001. Nicolás E. Becerra.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 16 de octubre de 2001.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad en la causa Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional — Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas — Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, para decidir sobre su procedencia.

1º) Que el padre adoptivo de un menor afectado por parálisis cerebral, residente en la Provincia de Santa Fe, solicitó —con el patrocinio letrado del defensor público oficial ante los tribunales federales de Rosario— que se exhortara al Poder Ejecutivo Nacional y a sus organismos dependientes a cumplir con lo establecido en los arts. 3º, segundo párrafo, y 4º de la ley 24.901, y 23 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a prestar los servicios básicos de rehabilitación dispuestos en dicha ley en favor de las personas discapacitadas, carentes de cobertura de obra social y de recursos económicos suficientes (fs. 13/15 vta. del expediente principal).

2º) Que después de haber dado a la petición trámite de amparo, de celebrarse una audiencia en la que un funcionario de la demandada ofreció los servicios del PAMI para asistir al niño, propuesta que finalmente fracasó por haber sido desautorizada por la representante del Estado Nacional (fs. 33/33 vta. y 37/39), y contestado el informe dispuesto en el art. 8º, de la ley 16.986, el magistrado de primera instancia hizo lugar a lo solicitado y ordenó que el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad acordara al menor las prestaciones de salud que requiriera su estado, a cuyo fin dispuso que se efectuara la correspondiente evaluación de incapacidad (conf. ley 24.901 y art. 10º del decreto reglamentario 1193/98; fs. 95/99).

3º) Que el juez consideró que las leyes 22.431, 23.661, 24.452, 24.901 y el decreto 1193/98 asignaban al organismo mencionado la responsabilidad y los recursos económicos para hacer operativos en todo el ámbito nacional los servicios médicos y de rehabilitación reconocidos a las personas incapacitadas, carentes de medios propios y de la protección de obras sociales,

con independencia de la actuación concurrente que pudieran ejercer en esa materia las jurisdicciones provinciales. Sobre esa base, estimó que las pruebas ponían de manifiesto la minusvalía del niño, el perjuicio ocasionado a sus derechos y la arbitrariedad de la negativa de la autoridad pública a otorgar los beneficios necesarios para mejorar la vida del menor, que no podía ser justificada con la mera invocación de ausencia de partidas fiscales.

4º) Que dicho pronunciamiento fue confirmado por la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, que hizo mérito de las especiales circunstancias del caso y reprochó la postura inexplicable asumida por los distintos organismos dependientes del Estado Nacional frente al problema que acuciaba al niño (fs. 33 y 37), cuando la asistencia requerida, que debía ser prestada, contaba con financiación específica de fondos asignados para tal finalidad en el presupuesto del Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad (conf. art. 11, decreto 762/97; fs. 119/120 vta.).

5º) Que respecto de esa decisión, la parte vencida dedujo el recurso extraordinario cuyo rechazo origina la presente queja. Sostiene que el a quo ha efectuado una interpretación incorrecta de las normas federales en juego pues ha impuesto obligaciones de ayuda al menor que no se hallan a cargo del referido servicio nacional y que deben ser exigidas al Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad, según lo dispuesto en la resolución 3/99, dictada por la presidencia de ese organismo, cuya consideración fue omitida en el fallo a pesar de haber sido invocada expresamente ante la cámara (fs. 132/138).

6º) Que la apelante afirma, además, que es arbitraria la aplicación de la ley 24.901 sin exigir el certificado requerido en el art. 3º de la ley 22.431 para acreditar la existencia de incapacidad y la necesidad de recibir los beneficios reclamados al Estado Nacional; que la condena es de cumplimiento imposible porque la demandada carece de partidas presupuestarias para satisfacer la cobertura solicitada; y que la mención en la sentencia de las disposiciones del decreto 762/97 —citado erróneamente por el tribunal como reglamentario de la ley 24.901— desconoce que esa norma ha quedado tácitamente derogada con la sanción del nuevo régimen legal de prestaciones básicas de atención a la salud (ley 24.901 y decreto reglamentario 1193/98).

7º) Que del modo en que han quedado planteadas las cuestiones, corresponde señalar en primer lugar que durante el trámite de la queja ante este Tribunal, el aludido Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de las Personas con Discapacidad constituyó una junta médica que ratificó el diagnóstico de parálisis cerebral que padece el niño y expidió el certificado de discapacidad requerido en las leyes 22.431 y 24.901 —arts. 3º y 10, respectivamente—, lo que lo habilita a recibir atención sanitaria y los servicios específicos allí detallados que deben prestarse para su recuperación (fs. 156, 159/160).

8º) Que dichas circunstancias tornan improcedente el agravio de arbitrariedad fundado en la ausencia de pruebas válidas respecto de la minusvalía alegada y de legitimación para solicitar el amparo sin contar con el certificado médico de la autoridad competente, planteo sobre el cual insiste la recurrente aun después de haber acompañado a las actuaciones la constancia —proveniente de esa misma parte— que admitió oficialmente la discapacidad del menor, la necesidad de su tratamiento y las posibilidades de rehabilitación mediante las terapias previstas en la ley 24.901, lo que revela manifiesta desaprensión en la defensa y un injustificado desinterés por el esclarecimiento de la situación que compromete la salud del niño (fs. 63/66 vta. de la queja).

9º) Que sentado ello, las críticas atinentes a la responsabilidad asignada a la apelante para hacer efectivas las prestaciones requeridas, se vinculan con la aplicación e interpretación de normas federales que tutelan los derechos a la vida y a la salud de los menores, por lo que —con ese alcance— resulta formalmente procedente el recurso extraordinario (Fallos: 323:3229). Cabe recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de las disposiciones superiores en juego, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la cámara ni del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en debate (Fallos: 308:647; 310:2682; 314:1834; 318:1269, entre otros).

10) Que este Tribunal ya ha expresado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

11) Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (nominados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), esta Corte ha reafirmado en posteriores pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido en el derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

12) Que en el citado Fallos: 323:3229, el Tribunal condenó al Estado Nacional a asegurar la entrega regular de los medicamentos que necesitaba un niño incapacitado —residente en la Provincia de Córdoba— desprovisto de la protección de su obra social. A tal efecto, enfatizó los compromisos explícitos tomados por el gobierno ante la comunidad internacional encaminados a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, en especial los que presenten impedimentos físicos o mentales; a esforzarse para que no sean privados de esos servicios y a procurar una cabal realización del derecho a beneficiarse de la seguridad social (conf. arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros pactos internacionales examinados en los considerandos 17, 18, 19, 20 y 21 del referido fallo).

13) Que la Corte recalcó en dicho antecedente que el Estado Nacional no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades —públicas o privadas— pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que también le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud (conf. considerandos 22, 23, 24, 27, 32, 33 y 34)

14) Que en este caso, el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, pretende liberarse de su deber de asistencia al niño alegando la insuficiencia de partidas presupuestarias y haciendo recaer la responsabilidad de atenderlo en otro departamento perteneciente al mismo ámbito administrativo —el llamado “Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad”—, con el que ejerce funciones concurrentes y del cual forma parte integrante junto con otras entidades de atención de la salud, por lo que

resultan de aplicación al respecto las consideraciones del precedente de Fallos: 323:3229, a las que cabe remitir por razón de brevedad.

15) Que ello es así pues la ley 24.901 encomendó al Estado Nacional y a sus organismos dependientes la atención del sistema de prestaciones básicas de salud dispuestas en ella en favor de las personas discapacitadas que no cuenten con cobertura de obras sociales y carezcan de medios propios para afrontar sus necesidades (conf. arts. 1º, 2º, 3º y 4º, ley cit.), condiciones que han sido acreditadas en el presente caso. El Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad —condenado en estas actuaciones— integra el directorio creado, precisamente, para administrar el referido sistema de prestaciones, garantizar la universalidad de su atención y coordinar los recursos institucionales y económicos afectados a ese campo (conf. decreto reglamentario 1193/98, arts. 1º y 6º, del anexo 1 y arts. 1º y 5º, del anexo A).

16) Que el mencionado directorio del sistema de prestaciones básicas, al que —como quedó dicho— pertenece el organismo recurrente, tiene a su cargo no sólo la obligación de ejecutar el programa de protección sanitaria dispuesto en la ley 24.901, sino también la de tomar las medidas necesarias para la inmediata puesta en marcha de ese programa en las jurisdicciones provinciales, según resulta de la documentación acompañada por la propia apelante (fs. 101/107). En tal sentido, carece de sustento válido el argumento basado en la invocada resolución 3/99, dictada por la presidencia de ese directorio con arreglo a las atribuciones conferidas en el decreto 1193/99 —art. 5º, del anexo A—, pues sus disposiciones no eximen a la demandada de su obligación de asistencia al niño discapacitado conforme al sistema legal instituido y la mencionada reglamentación.

17) Que, por lo demás, los beneficios establecidos en favor de las personas incapacitadas no incluidas en el régimen de obras sociales cuentan con el financiamiento de las partidas asignadas en el presupuesto general de la Nación para tal finalidad (art. 7º, inc. e, *in fine*, ley 24.901) y del fondo instituido especialmente para programas de similar naturaleza en la ley 24.452 (conf. art. 7º, segundo párrafo y anexo II, especialmente puntos 23 y 24). Sin perjuicio de ello, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueden optar por su incorporación al sistema mediante los correspondientes convenios de adhesión, lo que no ha acontecido aún en lo relativo a la Provincia de Santa Fe (conf. fs. 8 y 32, del expediente principal).

18) Que en tales condiciones, resulta fundado el reproche que el a quo formuló a la conducta de la apelante, habida cuenta de la responsabilidad que debe asumir el Estado Nacional en la asistencia y atención del niño discapacitado, de la que no cabe sustraerse en razón de demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del respectivo sistema sanitario en las provincias; por lo que debe mantenerse el fallo que condenó al referido Servicio Nacional de Rehabilitación a proveer las prestaciones de salud solicitadas, más allá de la actividad que le corresponda ejercer, en su caso, para lograr la adecuada participación de la autoridad local en esa materia (conf. leyes 9325 y 11.518, especialmente art. 4º, incs. a y e, de la Provincia de Santa Fe).

Por ello, y de acuerdo con los fundamentos concordados del dictamen del señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance fijado en los considerandos que anteceden y se confirma la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal, practíquese la comunicación a la Procuración del Tesoro a los fines del art. 6º de la ley 25.344. Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINE O'CONNOR — CARLOS S. FAYT — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LOPEZ — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

Derecho a la nutrición — Cuota alimentaria — Asistencia social — Educación — Pensión mensual ley 23.746 — Responsabilidad del Estado.

Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo. 12/03/2002 — Fallos: 325:396.

Antecedentes:

La actora, por derecho propio y en representación de sus ocho hijos menores, promovió acción de amparo contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital Garrahan con el objeto de que se respeten los derechos a una alimentación sana, la salud, la educación y a una vivienda digna. Solicitó que les suministren una cuota alimentaria, prestaciones médicas y atención médica, en especial a una de sus hijas que padece una cardiopatía congénita.

La Corte por mayoría, rechazó el amparo interpuesto por no haber advertido la existencia de actos u omisiones que, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, hayan afectado o amenazado los derechos invocados por la amparista. Los jueces Fayt y Boggiano, en disidencia, sostuvieron que corresponde dar curso a la pretensión, por cuanto no se están requiriendo en el caso medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que a juicio de los peticionarios, darían satisfacción a sus derechos más primarios.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Acceso a la educación. Acceso a prestaciones médicas. Cuota alimentaria. Asistencia social. Procedencia. Obligaciones del Estado. Amparo. Vía procesal** (Mayoría: Considerandos 4º a 7º; Voto concurrente de los jueces Petracchi y Bossert: Considerandos 3º, 5º y 6º; Voto del juez Vázquez: Considerandos 3º y 4º; Disidencia de los jueces Fayt y Boggiano: Considerandos 4º, 6º y 7º).
- b) **Ley 23.746: pensión mensual, inembargable y vitalicia. Operatividad de los derechos humanos** (Voto concurrente de los jueces Petracchi y Bossert: Considerando 4º; Voto del juez Vázquez: Considerando 4º; Disidencia de los jueces Fayt y Boggiano: Considerandos 4º y 6º).

Estándar aplicado por la Corte:

- La vía del amparo intentada resulta inadmisibile, en cuanto no surge que los accionados hayan negado en forma directa el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas.
- La pretensión de que el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente y la provincia de Buenos Aires garanticen una “cuota alimentaria” que cubra todas las necesidades básicas resulta improcedente si la demandante no ha demostrado actos u omisiones estatales que afecten o amenacen los derechos invocados.

- No es competencia de la Corte emitir juicios de valor generales de las situaciones cuyo gobierno no le ha sido encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 incs. 18 y 32 de la CN.

- La ley 23.746 ha instituido “una pensión mensual, inembargable y vitalicia”, que alcanzaría *prima facie* a la amparista permitiéndole al mismo tiempo acceder automática e inmediatamente a los servicios de un sistema de cobertura médica.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 12 de marzo de 2002.

Vistos los autos: “Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”.

1º) Que a fs. 61/70 se presenta Marta Roxana Ramos —por derecho propio y en representación de sus ocho hijos menores— y promueve acción de amparo ante la Justicia en lo Civil y Comercial Federal contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría Profesor Juan P. Garrahan.

La demanda persigue: a) que el ministerio y la provincia mencionados respeten los derechos que les asisten (a ella y a sus hijos) a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna, y que, como consecuencia de ello, le suministren “de manera concreta, efectiva, continua y mensual, una cuota alimentaria” que les permita satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente; b) que los tres codemandados otorguen a su hija Mariana Salomé Ramos las prestaciones médicas necesarias de acuerdo a su estado de salud y se remuevan para ello los condicionamientos que han impedido hasta ahora la plena y efectiva concreción de su derecho; c) que el ministerio nacional y el Estado provincial provean a sus seis hijos en edad escolar de las condiciones materiales (ropa, calzado, libros y útiles escolares y gastos de transporte) necesarias para concurrir a un establecimiento educacional; d) que subsidiariamente se declare la invalidez constitucional de toda norma que impidiera la concreción de la medida solicitada en el punto anterior, como así también la inconstitucionalidad del “accionar de los demandados, por omisión, por el no cumplimiento hasta el presente con lo aquí peticionado” (sic); e) que se declare la constitucionalidad del derecho que, según estiman, les asiste —al igual que al resto de los niños y de las personas sin recursos económicos— a que se les suministre una cuota alimentaria con los alcances indicados en el punto a.

Dice que habita en una humilde vivienda —que le ha sido prestada gratuitamente— junto con los niños, cuyas edades oscilan entre nueve meses y quince años. Relata que presentó sendas notas a la provincia y al ministerio demandados, indicando que se encontraba sin trabajo y con ocho hijos, de los cuales una —Mariana Salomé Ramos— debía ser intervenida quirúrgicamente por padecer de una cardiopatía congénita. En las mismas notas agregó que su hija “ha sufrido desnutrición... y en el pasado no ha podido ser operada, ya que al momento de tener un turno en el Hospital Garrahan no ha podido trasladarla... por carecer de medios económicos, ni tengo donde dejar mis otros hijos, ya que vivo sin pareja ni familiares”. Asimismo, puntualizó en las notas que Mariana Salomé tenía retardo madurativo de segundo grado

y que sus seis hijos en edad escolar no asistían a clase ese año por falta de medios, con lo cual perdían también la posibilidad de alimentarse en el comedor escolar; por ello solicitó a las autoridades mencionadas que en un plazo de veinticuatro horas arbitraran las medidas para que los niños pudieran asistir a clase y para que su hija enferma pudiera ser intervenida en el Hospital Garrahan, donde es atendida por una cardiopatía congénita. También dice haber presentado una nota en dicho centro de salud en procura de ese último objetivo. Sin embargo, hasta el momento de iniciar la demanda (6 ó 7 días después de la recepción de las notas) no había obtenido respuesta.

Afirma que se encuentran “en un grado extremo de pobreza” y que sería inconducente entablar demandas de alimentos contra los familiares obligados a su pago, ya que —más allá de que sólo dos de sus hijos han sido reconocidos por sus padres— ninguno de ellos se encuentra en condiciones económicas de procurarse siquiera su propio sustento.

Agrega que a su paupérrima condición económica se le suman sus carencias educativas, de manera que ella y sus hijos se encuentran inmersos en una pobreza estructural de la que no pueden salir sin ayuda estatal. Aduce que la falta de formación impide su inserción laboral, lo que seguramente se repetirá con sus hijos, que ni siquiera podrán completar sus estudios y sufren desnutrición —y en algunos casos falta de maduración— por carencia de alimentación en cantidad y calidad adecuadas. Destaca que no cuenta con bienes materiales que le permitan asegurar la supervivencia de sus hijos, a quienes ni siquiera se encuentra en condiciones de mandarlos a estudiar.

Funda su derecho en la Constitución Nacional (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en diversas normas de las leyes 27, 48, 16.986 y del Código Civil.

2º) Que el juez federal se declara incompetente y remite los autos a esta Corte. Finalmente, el Tribunal resuelve que la causa corresponde a su jurisdicción originaria (fs. 91/92).

3º) Que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos: 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097, entre muchos otros).

4º) Que de acuerdo a esta definición, la vía intentada en el caso sub examine resulta manifiestamente inadmisibile. En efecto, de los propios términos de la demanda así como de la documentación acompañada no surge que los accionados hayan negado en forma directa el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas. Así, por ejemplo, no se encuentra acreditado que exista un impedimento —atribuible a las demandadas— para que los hijos de la presentante puedan concurrir a un establecimiento educacional público —y gratuito— en la ciudad donde residen, de González Catán, partido de La Matanza, Provincia de Buenos Aires. Tampoco se desprende del escrito inicial que se hubiese frustrado el derecho a la salud que asiste, en concreto, a la menor Mariana Salomé Ramos por denegación de las prácticas médi-

cas específicas que su patología requiere. Antes bien, su progenitora reconoció que aquélla es atendida por su cardiopatía congénita en el Hospital Garrahan —atención cuya gratuidad no controvierte—, y que se le había asignado un turno quirúrgico que desaprovechó por motivos no debidamente aclarados en la presentación, en tanto que la alegada imposibilidad de traslado no aparece prima facie como un impedimento insuperable, atento a la notoria existencia de móviles en el citado centro asistencial.

5º) Que en cuanto al reclamo de suministro —a cargo del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente y de la Provincia de Buenos Aires— de una “concreta, efectiva, continua y mensual cuota alimentaria”, que sea suficiente para cubrir la totalidad de las necesidades básicas del grupo familiar de la señora Ramos (alimentación, vestido, vivienda, transporte, etc.), semejante pretensión importa transferir a las autoridades públicas el cumplimiento de una obligación que tiene su origen en las relaciones de parentesco (arts. 367 y sgtes. del Código Civil) —cuya exigencia específica a sus responsables descarta a priori— enderezando por esta vía un reclamo judicial liminarmente improcedente.

6º) Que, precisamente, es en el ámbito de la administración de los planes asistenciales del Estado Nacional y provincial, donde la demandante debe acudir —en subsidio— para tratar de subvenir su afligente situación, canalizando sus apremiantes reclamos por las vías del sistema de la seguridad social. En este sentido, por lo demás, la demandante no ha demostrado —como era a su cargo— la inexistencia de algún beneficio específico que alcance a su situación de desamparo, omisión que no puede ser subsanada por la actividad oficiosa de esta Corte, a la cual no corresponde la asunción de su defensa tutelar, función ésta que se encuentra asignada a otros órganos específicos del Estado Nacional.

7º) Que, en tales condiciones, cabe agregar que el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado (Fallos: 300:1282; 301:771), ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75, incs. 18 y 32 (conf. arg. Fallos: 251:53).

8º) Que, en este punto, conviene recordar que la acción de amparo no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las instituciones vigentes (Fallos: 310:1542; 1927 y 2076; 315:1485; 317:1755; 322:2247), ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces (Fallos: 310:2076), a quienes no le corresponde el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente o la razonabilidad con que ejerce sus atribuciones propias.

9º) Que, en mérito a lo expuesto, al no advertirse la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten o amenacen los derechos invocados (arts. 43 de la Constitución Nacional y 1º de la ley 16.986), corresponde rechazar la demanda sin sustanciación (conf. art. 3º, ley citada).

Por ello, se rechaza la acción de amparo deducida por Marta Roxana Ramos, por sí y en representación de sus hijos Jessica Lorena Ramos, Gabriel Jesús Coma, Yanina Gisell Ramos, Mariana Salomé Ramos, Pablo Ezequiel Ramos, Etiana Elizabeth Ramos, Lucas Héctor Matías Ramos y Cristian Nahuel Castaños. Notifíquese y, oportunamente, archívese. EDUARDO MOLINE O’CONNOR — CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*)

— GUILLERMO A. F. LOPEZ — GUSTAVO A. BOSSERT (*según su voto*) — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (*según su voto*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

1º) Que a fs. 61/70 se presenta Marta Roxana Ramos —por su propio derecho y en representación de sus ocho hijos menores— y promueve acción de amparo ante la Justicia en lo Civil y Comercial Federal contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría Profesor Dr. Juan P. Garrahan.

La demanda persigue a) que el ministerio y la provincia mencionados respeten los derechos que les asisten (a ella y a sus hijos) a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna, y que, como consecuencia de ello, le suministren “de manera concreta, efectiva, continua y mensual, una cuota alimentaria” que les permita satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente; b) que los tres codemandados otorguen a su hija Mariana Salomé Ramos las prestaciones médicas necesarias de acuerdo a su estado de salud y se remuevan para ello los condicionamientos que han impedido hasta ahora la plena y efectiva concreción de su derecho; c) que el ministerio nacional y el Estado provincial provean a sus seis hijos en edad escolar de las condiciones materiales (ropa, calzado, libros y útiles escolares y gastos de transporte) necesarias para concurrir a un establecimiento educacional; d) que subsidiariamente se declare la invalidez constitucional de toda norma que impidiera la concreción de la medida solicitada en el punto anterior, como así también la inconstitucionalidad del “accionar de los demandados, por omisión, por el no cumplimiento hasta el presente con lo aquí peticionado” (sic); e) que se declare la constitucionalidad del derecho que, según estiman, les asiste —al igual que al resto de los niños y de las personas sin recursos económicos— a que se les suministre una cuota alimentaria con los alcances indicados en el punto a.

Dice que habita en una humilde vivienda —que le ha sido prestada gratuitamente— junto con los niños, cuyas edades oscilan entre nueve meses y quince años. Relata que presentó sendas notas a la provincia y al ministerio demandados indicando que se encontraba sin trabajo y con ocho hijos, de los cuales una —Mariana Salomé Ramos— debía ser intervenida quirúrgicamente por padecer de una cardiopatía congénita. En las mismas notas agregó que su hija “ha sufrido desnutrición... y en el pasado no ha podido ser operada, ya que al momento de tener turno en el Hospital Garrahan no he podido trasladarla... por carecer de medios económicos, ni tengo donde dejar mis otros hijos, ya que vivo sin pareja ni familiares”. Asimismo puntualizó en las notas que Mariana Salomé tenía retardo madurativo de segundo grado y que sus seis hijos en edad escolar no asistían a clase ese año por falta de medios, con lo cual perdían también la posibilidad de alimentarse en el comedor escolar; por ello solicitó a las autoridades mencionadas que en un plazo de veinticuatro horas arbitraran las medidas para que los niños pudieran asistir a clase y para que su hija enferma pudiera ser intervenida en el Hospital Garrahan, donde es atendida por una cardiopatía congénita. También dice haber presentado una nota en dicho centro de salud en procura de ese último objetivo. Sin embargo, hasta el momento de iniciar la demanda (6 ó 7 días después de la recepción de las notas) no había obtenido respuesta.

Afirma que se encuentran “en un grado extremo de pobreza” y que sería inconducente entablar demandas de alimentos contra los familiares obligados a su pago, ya que —más allá de

que sólo dos de sus hijos han sido reconocidos por sus padres— ninguno de ellos se encuentra en condiciones económicas de procurarse siquiera su propio sustento.

Agrega que a su paupérrima condición económica se le suman sus carencias educativas, de manera que ella y sus hijos se encuentran inmersos en una pobreza estructural de la que no pueden salir sin ayuda estatal. Aduce que la falta de formación impide su inserción laboral, lo que seguramente se repetirá con sus hijos, que ni siquiera podrán completar sus estudios y sufren desnutrición —y en algunos casos falta de maduración— por carencia de alimentación en cantidad y calidad adecuadas. Destaca que no cuenta con bienes materiales que le permitan asegurar la supervivencia de sus hijos, a quienes ni siquiera se encuentra en condiciones de mandarlos a estudiar.

Funda su derecho en la Constitución Nacional (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en diversas normas de las leyes 27, 48, 16.986 y del Cód. Civil.

2º) Que el juez federal se declara incompetente y remite los autos a esta Corte. Finalmente, el Tribunal resuelve que la causa corresponde a su jurisdicción originaria (fs. 91/92).

3º) Que del relato efectuado por la actora y de la documentación por ella acompañada no surge que ningún organismo público haya negado a sus hijos el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas. Antes bien, la actora admite que su hija Mariana Salomé Ramos “es atendida en el Hospital Garrahan” y que allí se le dio un “turno” para operarla, que aquélla desaprovechó bajo pretextos de dudosa verosimilitud (fs. 45, 52, 53 y 64). También surge de su relato que hasta el año 1999 algunos de sus hijos concurrían a un establecimiento educativo, donde recibían alimentación en el comedor escolar (ver fs. 64 y 71 y documentación de fs. 55/60).

4º) Que, por otra parte, la situación de la actora encuadra prima facie en las previsiones de la ley 23.746 (reglamentada por el decreto 2360/90) que ha instituido “una pensión mensual, inembargable y vitalicia” para las madres que tuviesen siete o más hijos, cualquiera fuese la edad y estado civil. En efecto, de ser ciertos los extremos referidos en la demanda y en la documentación acompañada (fs. 7/11 y 35/44), la señora Ramos reuniría todas las condiciones sustanciales (carencia de bienes, ingresos y recursos que permitan la subsistencia del grupo conviviente, inexistencia de parientes obligados a prestar alimentos con capacidad económica suficiente para proporcionarlos, calidad de argentina, etc.) exigidas por la ley citada y su reglamentación.

Cabe señalar que el séptimo hijo de la actora nació el 2 de agosto de 1996 (confr. fs. 37), es decir varios años antes de la promoción de la demanda y, pese a ello, la demandante no ha invocado siquiera que en esa época o con posterioridad hubiera iniciado los trámites para la obtención de la pensión, cuyo reconocimiento le permitiría —a su vez— acceder automáticamente y en forma inmediata a los servicios de un sistema de cobertura médica (conf. arts. 1º y 2º, ley 24.734 —decreto 793/01—).

5º) Que de acuerdo a las circunstancias expuestas, no se advierte la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten o amenacen los derechos invocados (arts. 43, Constitución Nacional y 1º de la ley 16.986). Corresponde entonces rechazar la demanda sin sustanciación (art. 3º de la ley citada en último término).

6º) Que en tales condiciones, cabe agregar que el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser considerado ni resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impide (Fallos: 300: 1282 y 301:771).

Por ello, se rechaza la acción de amparo deducida por Marta Roxana Ramos, por sí y en representación de sus hijos Jessica Lorena Ramos, Gabriel Jesús Coma, Yanina Gisell Ramos, Mariana Salomé Ramos, Pablo Ezequiel Ramos, Etiana Elizabeth Ramos, Lucas Héctor Matías Ramos y Cristian Nahuel Castaños. Notifíquese y oportunamente archívese. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — GUSTAVO A. BOSSERT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1º) Que Marta Roxana Ramos —por su propio derecho y en representación de sus ocho hijos— promueve acción de amparo ante la Justicia Civil y Comercial Federal por violación de derechos humanos contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría Profesor Dr. Juan P. Garrahan.

Aduce, que los derechos vulnerados son el derecho a una sana y debida alimentación, el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a una vivienda digna y que la finalidad que persigue es que la provincia y el ministerio le suministre (a ella y sus hijos) “de manera concreta, efectiva, continua y mensual, una cuota alimentaria” para poder vivir dignamente, así como también le provean a sus 6 hijos en edad escolar las condiciones materiales (ropa, calzado, libros, útiles y gastos de transporte) necesarias para concurrir a un establecimiento educacional.

Asimismo solicita, que además de los antes nombrados, el Hospital Garrahan también respete el derecho a la salud de su hija Mariana Salomé Ramos y le sean suministradas las prestaciones médicas necesarias de acuerdo a su actual estado.

En forma subsidiaria, plantea la inconstitucionalidad de toda norma que impidiera la concreción de la medida solicitada y del “accionar de los demandados, por omisión, por el no cumplimiento hasta el presente con lo aquí peticionado” (sic).

En último término, pide se declare la constitucionalidad del derecho, que a su juicio, les asiste —al igual que al resto de los niños y de las personas sin recursos económicos— a que se les suministre una cuota alimentaria con los alcances indicados.

Alega en apoyo de su reclamo, que envió notas a los accionados poniendo en su conocimiento la situación y emplazándolos para que en el término de 24 horas arbitren los medios del caso, pero no obtuvo respuesta.

En tal sentido, relata que una de sus hijas debe ser intervenida quirúrgicamente por padecer una cardiopatía congénita, que ha sufrido desnutrición y que si bien el Hospital Garrahan le dio un turno, no pudo trasladarse en esa oportunidad por carecer de medios económicos ni tener donde dejar sus otros hijos.

Agrega que seis de sus hijos están en edad escolar y que el último año no pudo enviarlos a clase, por lo que perdieron la posibilidad de alimentarse en el comedor de la escuela.

Expresa que su situación y la de sus hijos es de extrema pobreza y que resulta vano accionar previamente contra los padres de sus hijos puesto que sólo dos han sido reconocidos y respecto a los familiares obligados a prestar alimentos, ninguno se encuentra en condiciones de proveerse su propio sustento.

Respecto a la vivienda, manifiesta que habitan en una humilde habitación de chapa y madera que una familia bondadosa les prestó.

En último término, vuelve a reiterar que no cuenta con bienes materiales y que por sus condiciones culturales y económicas objetivamente le resulta casi imposible conseguir un trabajo.

Funda su derecho en la Constitución Nacional (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en diversas normas de las leyes 27, 48, 16.986 y del Código Civil.

2º) Que a fs. 91/92 la Corte resolvió —ante la declaración de incompetencia del juez federal— que las presentes actuaciones corresponden a su jurisdicción originaria.

3º) Que la vía del amparo no es procedente en el presente caso. Cuadra poner de resalto, que de los propios términos de la demanda así como de la documentación acompañada no surge que los accionados hayan negado en forma directa las prestaciones médicas requeridas o el acceso a la educación, a una vivienda digna, etc.

Por el contrario, respecto a la niña Mariana Salomé Ramos, la propia actora admitió que el Hospital Garrahan le dio un “turno” que no pudo utilizar.

4º) Que sin perjuicio de lo expuesto, no puede dejar de mencionarse que la amparista —según lo que declara— es argentina, no se encuentra comprendida en ningún régimen de previsión o retiro ni posee bienes, ingresos o recursos de otra naturaleza que permitan su subsistencia y la del grupo conviviente y en consecuencia —*prima facie*— reuniría los requisitos que la ley 23.746 (reglamentada por el decreto 2360/90) exige para acceder a una pensión mensual, inembargable y vitalicia.

En tal sentido, cabe notar, que de tramitar y lograr el beneficio aludido podría cumplir con uno de los objetivos perseguidos en este juicio cual es la obtención de una cuota alimentaria, efectiva y mensual así como la consiguiente cobertura asistencial médica.

Por ello, se rechaza la acción de amparo deducida por Marta Roxana Ramos, por sí y en representación de sus hijos Jessica Lorena Ramos, Gabriel Jesús Coma, Yanina Gisell Ramos, Mariana Salomé Ramos, Pablo Ezequiel Ramos, Etiana Elizabeth Ramos, Lucas Héctor Matías Ramos y Cristian Nahuel Castaños. Notifíquese y oportunamente archívese. ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que a fs. 61/70 se presenta Marta Roxana Ramos —por su propio derecho y en representación de sus ocho hijos menores— y promueve acción de amparo ante la Justicia en lo Civil y Comercial Federal contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría Profesor Dr. Juan P. Garrahan.

La demanda persigue a) que el ministerio y la provincia mencionados respeten los derechos que les asisten (a ella y a sus hijos) a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna y que, como consecuencia de ello, le suministren “de manera concreta, efectiva, continua y mensual, una cuota alimentaria” que les permita satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente; b) que los tres codemandados otorguen a su hija María Salomé Ramos las prestaciones médicas necesarias de acuerdo a su estado de salud y se remuevan para ello los condicionamientos que han impedido hasta ahora la plena y efectiva concreción de su derecho; c) que el ministerio nacional y el Estado provincial provean a sus seis hijos en edad escolar de las condiciones materiales (ropa, calzado, libros y útiles escolares y gastos de transporte) necesarias para concurrir a un establecimiento educacional; d) que subsidiariamente se declare la invalidez constitucional de toda norma que impidiera la concreción de la medida solicitada en el punto anterior, como así también la inconstitucionalidad del “accionar de los demandados, por omisión, por el no cumplimiento hasta el presente con lo aquí peticionado” (sic); e) que se declare la constitucionalidad del derecho que, según estiman, les asiste —al igual que al resto de los niños y de las personas sin recursos económicos— a que se les suministre una cuota alimentaria con los alcances indicados en el punto a).

Dice que habita en una humilde vivienda —que le ha sido prestada gratuitamente— junto con los niños, cuyas edades oscilan entre nueve meses y quince años. Relata que presentó sendas notas a la provincia y al ministerio demandados indicando que se encontraba sin trabajo y con ocho hijos, de los cuales una —Mariana Salomé Ramos— debía ser intervenida quirúrgicamente por padecer de una cardiopatía congénita. En las mismas notas agregó que su hija “ha sufrido desnutrición... y en el pasado no ha podido ser operada, ya que al momento de tener turno en el Hospital Garrahan no he podido trasladarla... por carecer de medios económicos, ni tengo donde dejar mis otros hijos, ya que vivo sin pareja ni familiares”. Asimismo puntualizó en las notas que Mariana Salomé tenía retardo madurativo de segundo grado y que sus seis hijos en edad escolar no asistían a clase ese año por falta de medios, con lo cual perdían también la posibilidad de alimentarse en el comedor escolar; por ello solicitó a las autoridades mencionadas que en un plazo de veinticuatro horas arbitraran las medidas para que los niños pudieran asistir a clase y para que su hija enferma pudiera ser intervenida en el Hospital Garrahan, donde es atendida por una cardiopatía congénita. También dice haber presentado una nota en dicho centro de salud en procura de ese último objetivo. Sin embargo, hasta el momento de iniciar la demanda (6 ó 7 días después de la recepción de las notas) no había obtenido respuesta.

Afirma que se encuentran “en un grado extremo de pobreza” y que sería inconducente entablar demandas de alimentos contra los familiares obligados a su pago, ya que —más allá de que sólo dos de sus hijos han sido reconocidos por sus padres— ninguno de ellos se encuentra en condiciones económicas de procurarse siquiera su propio sustento.

Agrega que a su paupérrima condición económica se le suman sus carencias educativas, de manera que ella y sus hijos se encuentran inmersos en una pobreza estructural de la que no pueden salir sin ayuda estatal. Aduce que la falta de formación impide su inserción laboral, lo que seguramente se repetirá con sus hijos, que ni siquiera podrán completar sus estudios y sufren desnutrición —y en algunos casos falta de maduración— por carencia de alimentación en cantidad y calidad adecuadas. Destaca que no cuenta con bienes materiales que le permitan asegurar la supervivencia de sus hijos, a quienes ni siquiera se encuentra en condiciones de mandarlos a estudiar.

Funda su derecho en la Constitución Nacional (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en diversas normas de las leyes 27, 48, 16.986 y del Código Civil.

2º) Que el juez federal se declara incompetente y remite los autos a esta Corte. Finalmente, el Tribunal resuelve que la causa corresponde a su instancia originaria.

3º) Que del relato efectuado por la actora y de la documentación por ella acompañada no surge que ningún organismo público haya negado en forma expresa a sus hijos el acceso a la educación o a las prestaciones médicas requeridas. Antes bien, la actora admite que su hija Mariana Salomé Ramos “es atendida en el Hospital Garrahan” y que allí se le dio un “turno” para operarla al que no habría podido concurrir (fs. 45, 52, 53 y 64). También surge de su relato que hasta el año 1999 algunos de sus hijos concurrían a un establecimiento educativo, donde recibían alimentación en el comedor escolar (ver fs. 64 y 71 y documentación de fs. 55/60).

4º) Que si bien la situación de la actora encuadra prima facie en las previsiones de la ley 23.746 (reglamentada por el dec. 2360/90) que ha instituido “una pensión mensual, inembargable y vitalicia” para “las madres que tuviesen siete o más hijos, cualquiera fuese la edad y estado civil”, ello no es obstáculo para que se dé curso al amparo en estudio.

En efecto, de ser ciertos los extremos referidos en la demanda y en la documentación acompañada (fs. 7/11 y 35/44), la señora Ramos reuniría todas las condiciones sustanciales (carencia de bienes, ingresos y recursos que permitan la subsistencia del grupo conviviente, inexistencia de parientes obligados a prestar alimentos con capacidad económica suficiente para proporcionarlos, calidad de argentina, etc.) exigidas por la ley citada y su reglamentación.

Cabe señalar que el séptimo hijo de la actora nació el 2 de agosto de 1996 (confr. fs. 37), es decir varios años antes de la promoción de la demanda y, pese a ello, la demandante no ha invocado que hubiera iniciado los trámites para la obtención de la pensión, cuyo reconocimiento le permitiría —a su vez— acceder automáticamente y en forma inmediata a los servicios de un sistema de cobertura médica (confr. arts. 1º y 2º, ley 24.734 —dec. 793/01—).

5º) Que, sin embargo, la existencia de ese remedio asistencial no puede ser considerada sin más y en esta etapa liminar del proceso como suficiente para dar satisfacción a los derechos constitucionales en que se funda el presente reclamo, cuestión que impone dar curso a la presente demanda de amparo.

6º) Que la situación de desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación —en la que se encuentra una parte importante de la población del país—, revela un dramático cuadro social, que no puede ser resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia

valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impiden (Fallos: 300:1282 y 301:771). Así se ha sostenido con acierto que la apreciación de ciertas exigencias deben encontrar remedio en los comicios y no en los estrados de esta Corte, porque no es a ella a la que la Constitución encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75 incs. 18 y 32 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 251:53).

Sin embargo, una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no puede compartirse. Ello por cuanto no se están requiriendo en el caso medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que a juicio de los peticionarios, darían satisfacción a sus derechos más primarios. En estas condiciones, dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado (“Felicetti, Roberto y otros”, Fallos: 323:4130, disidencia del juez Fayt).

7º) Que no cabe que en este estado del proceso el Tribunal se pronuncie sobre los alcances que en el caso quepa reconocer al derecho a la vida, la salud, la educación y la vivienda digna de los peticionarios y los deberes que en su caso, pesarían en este sentido sobre los estados nacional y provincial. Pero, del mismo modo, no puede sin más negarse su existencia u operatividad.

Por ello, procédase por secretaría a dar curso a la acción de amparo deducida por Marta Roxana Ramos, por sí y en representación de sus hijos Jessica Lorena Ramos, Gabriel Jesús Coma, Yanina Gisell Ramos, Mariana Salomé Ramos, Pablo Ezequiel Ramos, Etiana Elizabeth Ramos, Lucas Héctor Matías Ramos y Cristian Nahuel Castaños. Notifíquese. CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO.

Medicina prepaga — Contrato de cobertura — Contrato de adhesión — Interpretación — Transplante de órganos — Asistencia médica.

Peña de Marques de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán. 16/04/2002 - Fallos 325: 677.

Antecedentes:

La actora demandó al Hospital Alemán por resolución contractual debido a que éste dejó de cubrirle el 50% de los medicamentos necesarios para el transplante de hígado al que había sido sometida, a raíz de una modificación de su reglamento interno. Pretendía, además, el reembolso de los gastos ocasionados por el transplante, de los descuentos en la compra de medicamentos y el resarcimiento del daño moral.

Primera instancia hizo lugar a la demanda sólo en cuanto al reclamo del pago de los descuentos por medicamentos, pero rechazó los demás rubros solicitados.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la sentencia en lo principal, pero la modificó respecto a las costas y del punto que afirma que la interrupción del suministro de medicamentos no constituía incumplimiento alguno.

Contra dicho pronunciamiento, la actora planteó recurso extraordinario que fue rechazado y que dio origen al recurso de hecho.

La Corte declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada, con costas (48).

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Contratos de prestación médica. Cláusulas predisuestas. Interpretación.** (Considerando 9º).
- b) **Derecho a la asistencia sanitaria.** (Considerando 10).

Estándar aplicado por la Corte:

- En los casos de contratos de prestación médica con cláusulas predisuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes, habida cuenta de la jerarquía de los valores que se hallan en juego: la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria.

- El derecho a obtener asistencia sanitaria, de manera conveniente y oportuna, se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento en el reglamento de la institución no importa su lógica inclusión en la cobertura pactada, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría —con grave detrimento del servicio de salud— en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora —en forma casi cotidiana— al campo de las prestaciones médico asistenciales.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador Fiscal

Suprema Corte:

I La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la sentencia de primera instancia en lo principal que decide y la modificó respecto de la imposición de las costas.

(48) **Nota de Secretaría:** En fecha 05/08/2003 (Fallos: 326:2503) la Corte Suprema rechazó una medida cautelar solicitada por la actora para que la demandada le abone una suma de dinero a cuenta de la condena a ser dictada en el proceso iniciado para la obtención del reembolso de gastos médicos ocasionados con motivo del transplante hepático.

Consideró el tribunal, en primer lugar, que no cabía atender el pedido de nulidad del pronunciamiento, requerido por la actora, desde que se hallaba habilitado para reparar los defectos de considerarlo procedente.

Comenzó por destacar que si bien no se ha demandado por mala praxis a los profesionales intervinientes, sin embargo se ha sostenido con énfasis que los mismos debieron advertir, por la gravedad de la enfermedad que aquejase a la accionante, la posibilidad de un trasplante, omisión que, por ende, a criterio de aquélla, constituyó un claro incumplimiento de obligaciones que generó responsabilidad.

Para el a quo, sin embargo, tal aserto aparece desvirtuado por los dichos de los testigos y sostuvo que sólo es exigible a los profesionales el nivel de conocimientos que se correspondan con el medio y la época, valorando el estado del arte al momento en que se producen los hechos relevantes, razones por las cuales no cabía modificar la solución que se adoptó a ese respecto.

Luego pasó a examinar si, de acuerdo a los términos pactados entre las partes, la demandada se encontraba en la necesidad de afrontar los gastos de trasplante hepático, que en definitiva la paciente se practicó en el extranjero. En tal sentido, puso de relieve el tribunal que los jueces tienen el deber facultad de promover, con prudente arbitrio y equidad el cumplimiento de los contratos del modo que las partes acordaron bajo el principio de la buena fe, y, que para interpretar sus alcances, dijo, no se debe considerar sólo lo expresado literalmente en el instrumento, sino también las consecuencias que se derivan de su propio accionar, la naturaleza del convenio, la lealtad recíproca, y los usos y prácticas observados en casos análogos.

Puntualizó, tras ello, el juzgador, que está acreditado en el *sub lite* que, en las exclusiones que contiene el reglamento al que adhirió la actora, no se hallaban los trasplantes, que recién fueron incluidos en el año 1990, pero afirmó que la interpretación del contrato en el punto en cuestión no puede hacerse sin atender al estado del conocimiento médico sobre trasplantes de hígado, en la comunidad científica, a la época en que el actor le fue necesario y en tal sentido, sostuvo, la individualización del contenido de la prestación de los servicios médicos a la que se obligó la demandada, no se incluía la efectivización de una práctica que no se realizaba en el país o sólo se había hecho de modo experimental, conclusión que se refirma si se atiende a que en el contrato se establece que los servicios se debían prestar por el Hospital Alemán o en los lugares admitidos en el plan médico y a través de los profesionales de nómina o por quien el plan designe.

Indicó que, a la fecha de la internación, el trasplante no se hacía, ni se hizo con posterioridad en el referido hospital y que el primer trasplante de ese tipo en el país recién se efectuó pocos días antes de dicha fecha de internación y no era una opción válida en el caso, por cuanto sólo se hizo de modo experimental en el Hospital Italiano, sobre pacientes crónicos y no agudos, como era el cuadro de la accionante.

Por tal razón, expresó que si al tiempo de la internación no se había realizado ese tipo de trasplante en el país, salvo en algún caso de modo experimental, su inclusión o exclusión en los planes prepagos no podían constituir una expectativa seria y por tanto, no pudo válidamente estar en la mente de ambos contratantes como efectivamente comprendida en el plan que tomó la actora, ni, por ende, la omisión de incluirla en el reglamento no puede tener como consecuencia que la prepaga deba responder por algo que no previó ninguno de los contratantes.

De otro lado, agregó, respecto de la responsabilidad derivada de la conducta de los profesionales, que para que ella sea susceptible de reproche, resulta indispensable la invocación y prueba del incumplimiento material del deber médico y establecer la relación de causalidad entre el obrar y la consecuencia dañosa, aspectos éstos que se hallan desvirtuados por las de autos, que acreditan que el diagnóstico fue correcto y que la enfermedad no podía ser curada o atenuada, quedando sólo como opción el trasplante, que a la fecha, como se dijo, no se hacía en el país.

Señaló que para que se dé la causalidad jurídica, se debe establecer una conexión de una conducta injusta y su consecuencia ilícita, es decir que demostrada la relación de causalidad material, debe darse además la posibilidad de asignar una responsabilidad en términos de justicia, porque aun aceptando que el hecho pueda ser la causa eficiente del daño, ello no implica que se tenga que reparar, pues es la causalidad jurídica la que determina la asignación y alcance de la responsabilidad y el resarcimiento que corresponda, según se trate de una omisión, incumplimiento de obligación, comisión de un ilícito o si se ha obrado con dolo o mera culpa.

Sostuvo que la doctrina mayoritaria adhiere al principio de la causalidad adecuada y atribuye la categoría de causa a aquella condición que es apropiada para producir el resultado y la determinación del nexo causal depende de las circunstancias que acompañan a la producción del daño, es decir sus particularidades y que, en el caso, los peritajes técnicos resultan sustanciales a los fines de resolver el punto, surgiendo de ellos que el trasplante hepático y sus necesidad era algo propio de la dolencia sufrida y no guardó relación con el obrar de los profesionales ni de la demandada.

Por otra parte, destacó que si el trasplante era inexcusable por la casi inexistencia de esperanza de sobrevivida, no se advierte cuál es el daño que sufrió la accionante imputable a la demandada, ya que la solución adoptada se consideró la única posible, pero no se hacía en el país y por tanto no le era obligatorio responder por ella.

Desestimó también el a quo la alegada autocontradicción del fallo con relación al descuento en el pago de los medicamentos, en virtud de que, además de hallarse conforme al contrato a su exclusivo cargo, de ello no se deriva perjuicio alguno y carece de todo sustento lógico sostener que su interrupción importó un incumplimiento contractual, ya que el error de haber permitido el beneficio durante un lapso, no genera la obligación de persistir en el equívoco, ni es fuente de derechos, ni genera obligaciones contractuales.

De igual manera, rechazó la pretensión de que se repare el daño psíquico o afecciones derivadas de la internación, por cuanto no hay obrar reprochable a los profesionales, ni se demuestra que sea exigible.

Finalmente, puso de relieve que existe contradicción en la pretensora, cuando fundamenta la procedencia del daño moral en la supresión de la cobertura médica y luego alega que debe condenarse a resarcir los descuentos en medicamentos aun más allá de la fecha de resolución del contrato, que deviene de su interpelación en orden a los establecido en los arts. 1201 y 1204 del Código Civil, lo que, por otra parte, destaca, no ha sido motivo de sus agravios. Modificó la asignación de las costas en primera instancia al considerar que si existió vencimiento parcial de la accionante, con oposición absoluta de la demandada, correspondía que ésta cargue con las costas por el importe en que es condenada.

II Contra dicha decisión la actora interpuso recurso extraordinario a fs. 1446/1509, el que denegado dio lugar a esta presentación directa.

Señala la recurrente que la sentencia que impugna cancela los derechos de una afiliada a un plan de medicina prepaga, a partir de la interpretación que formula del contrato —base de la acción— diseñado por la propia entidad médica. Advierte, a su vez, que dicho pronunciamiento admite que aquella entidad puede suprimir o alterar libre y unilateralmente las obligaciones a su cargo y que el obrar de los médicos involucrados debe ser juzgado a partir de sus propias declaraciones y no en función de la historia clínica de los pacientes.

Manifiesta luego, que de inicio se reconoció al derecho a la salud, rango constitucional, como derivación del derecho a la vida. Actualmente esa jerarquía es indudable —agrega— a partir de lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional que expresamente lo reconoce y de disposiciones incluidas en instrumentos internacionales a ella incorporados con la jerarquía que emana del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

Agrega que, asimismo, se halla en juego la inteligencia de otras normas constitucionales que fueron afectadas por la arbitrariedad de la sentencia, que no contempla el principio *pro-hominis* cuando interpreta las normas del contrato, y violenta el orden jurídico superior al no atender las circunstancias del caso, deviniendo por ello contrario a la Constitución afectar los derechos consagrados en los tratados y el texto fundamental.

Luego de sintetizar los antecedentes del caso, destaca que lo que pretendió la demanda, es que se declare la inexistencia de mora de su parte y bien opuesta la excepción de incumplimiento en los términos del art. 1201 del Código Civil, que se dé por resuelta la relación contractual por culpa de la accionada y se la condene a resarcir los daños, atribuyendo dos niveles de incumplimiento; de un lado negligencia de los profesionales al omitir indicar la posibilidad del trasplante hepático, (cuando ya se realizaban en el país y en el extranjero) imputable también al centro médico demandado. De otro lado, reclama el costo del trasplante, (no estaba excluido de la cobertura) y de los medicamentos, reconocidos en un 50% durante un lapso extenso, actitud que se interrumpió unilateral e intempestivamente, impidiendo el acceso a las recetas a partir de julio de 1990.

En su crítica, recuerda además, que el fallo omite la consideración de planteos y razones conducentes para la solución de la causa, ignorando las circunstancias comprobadas de autos.

A esos fines aduce que está probado que los trasplantes existían antes que la demandada redactara su reglamento, tanto en el mundo como en nuestro país y otras prepagas tenían exclusiones expresas referidas a ellos. Nada impedía que la accionada las hubiera incluido en su reglamento. También se ignoró que la enferma ingresó al Hospital, aprobándose su internación y se le proporcionaron medicamentos como afiliada afectada de una hepatitis fulminante y candidata potencial y de alta probabilidad de trasplante, como única posibilidad de salvación.

Añade que, siguiendo un criterio de buena fe en la interpretación, correspondía concluir que los trasplantes y los medicamentos estaban amparados por la cobertura; que la intención de establecer nuevas excepciones no formaban parte de la declaración común de voluntad. Y finalmente, de existir dudas, debían interpretarse en contra de quien formuló las reglas por cuanto se trata de un contrato de adhesión. Asimismo, sostiene que la cláusula especial del art. 16 del reglamento, prima sobre la general que regula la exclusividad de las prestaciones por el centro médico o por quien éste designe y que no existe otra regla que determine que las prestaciones no puedan ser otorgadas al afiliado en otras instituciones médicas o con profesionales ajenos a la nómina del plan.

Dice, por otra parte, que en el fallo no se atendió a que, primero, al incorporarse al plan de salud del Hospital Alemán, no se le informó cuáles eran las prestaciones que se cumplían y sí cuáles no, lo que determina que lo que no se hallaba excluido estaba incluido; segundo, que durante dos años se le abonaron los medicamentos vinculados con el trasplante; tercero, que oportunamente se le requirieron los records y comprobantes del hospital extranjero. Pone de relieve, por otro lado, que el fallo contradice los informes que acreditan la existencia del trasplante desde tiempo atrás, como opción válida y que existía bibliografía sobre el tema aunque ésta no fuera nacional.

Respecto de la responsabilidad médica, señala que el fallo comienza por ignorar la historia clínica, de donde se desprende que la actora se encontraba afectada de una insuficiencia hepática aguda; que estuvo en terapia intensiva y que nunca se aconsejó la realización de un trasplante; que las posiciones a las que se opuso el doctor Fischer conducentes al tema, fueron tenidas por confesas, de donde surgía que la iniciativa provino de los médicos traídos por la actora, lo que se refirma con la testimonial producida, que no ha sido correctamente evaluada, por lo que la sentencia deviene arbitraria por soslayar lo que surge de las probanzas de autos.

Destaca, a su vez, que la pretensión resarcitoria por el incumplimiento de obligaciones profesionales es de carácter moral, y consiste en haber abandonado a la paciente a su propia suerte, al omitir indicar la existencia de una terapéutica conocida y esa posible situación que le generó sufrimiento y desesperanza, circunstancia ésta que no requiere prueba, bastando la prudencia del magistrado para apreciar la afectación, con su conocimiento normal de las cosas y su experiencia de vida.

Pone de relieve que, con relación a las consecuencias de la resolución contractual y el alcance de la condena, el fallo confirma la decisión de primera instancia, mediante razonamientos dogmáticos, que omiten tener en cuenta que las liberalidades no se presumen y que no hay ninguna prueba de que haya mediado error o equívoco de la accionada que le permitiera dejar de emitir las recetas con descuento. Indica que no atiende a los argumentos por los cuales se alega que la trasplantada se encuentra obligada a recibir los medicamentos de por vida, es decir más allá de la fecha de la resolución contractual y ninguna obra social o prepaga aceptó la cobertura de los medicamentos y estudios derivados del trasplante.

Agrega, por último, que en la raíz y la esencia del sistema de daños, la responsabilidad civil tiene por finalidad procurar volver al status quo anterior al daño, es decir, la reposición de las cosas a su estado anterior o tan próxima como sea posible a aquella en la que habría estado si el hecho dañoso no se hubiera producido. Con relación a las costas, pone de resalto que la sentencia es contradictoria, porque habiendo sido confirmado el resarcimiento, aunque fuera de modo parcial, correspondía la imposición de costas al vencido.

III Cabe señalar que, en lo principal, los agravios del recurrente, están referidos a la supuesta arbitrariedad del decisorio, al alegar que el a quo omitió atender pruebas producidas y conducentes para la correcta solución del litigio, y a que realizó, además, una interpretación impropia de las probanzas acercadas a la causa, así como de las cláusulas del contrato que ligaba a las partes, materias que, si bien por principio, resultan ajenas al recurso extraordinario, deben atenderse con prioridad con arreglo a la doctrina de V.E. que sostiene que deviene insustancial el tratamiento de argumentos relacionados con la constitucionalidad, si en el caso, por admisión de la tacha de arbitrariedad, no hay una sentencia propiamente dicha (ver Fallos: 311:1602; 312:1034; 317:1455 entre otros).

Al ser ello así, no puedo comenzar sino por advertir que tiene resuelto reiteradamente V.E. que el remedio excepcional de la ley 48 no tiene por fin habilitar una instancia más de revisión de las sentencias que los jueces de la causa dictan dentro del marco de sus facultades exclusivas, sino sólo remediar aquellas situaciones extremas en que la decisión, por la gravedad de sus defectos, no constituye un acto jurisdiccional válido.

Más, al haber asimismo invocado la accionante que la solución acordada por los magistrados intervinientes ha venido a violar principios consagrados en normas de jerarquía superior receptadas en tratados internacionales y en la propia Constitución Nacional, corresponderá, a su turno, si se rechaza la aludida tacha, hacer algunas precisiones sobre tales agravios.

Cabe señalar, entonces, que el primer agravio que trae el apelante es que, contrariamente a lo afirmado en el decisorio, el trasplante hepático se hallaba cubierto por el contrato que unía a las partes en litigio, porque el mismo no figuraba en la lista de exclusiones respectiva. Su argumentación, sin embargo, se remite a señalar, de modo genérico, que se halla probado que los trasplantes existían desde tiempo atrás, tanto en el extranjero como en el país, pero omite objetar el fundamento sustancial del a quo, cual es que se tuvo por probado que específicamente el trasplante hepático no sólo no se hacía en la entidad demandada, sino que tampoco se realizaba entonces en nuestro país, por lo que mal podía estar incluido o excluido de modo expreso en el contrato.

Cabe poner de relieve, para precisar la cuestión en debate, que la afirmación del fallo no fue acerca de si se encontraban cubiertos los trasplantes, materia ésta que, por tanto, no se halla en discusión en el presente, sino, de modo puntual, que el trasplante hepático no estaba cubierto, ya que, al tiempo de la internación, se había dado en el país un solo caso de carácter experimental, y recomendable exclusivamente para enfermos crónicos y no agudos, como era el síndrome que afectaba a la actora. Este último hecho, valga señalarlo, admitido en la propia demanda (v. fs. 328) se ve corroborado por la circunstancia de que ésta tuvo que dirigirse al extranjero para intentararlo, por lo cual el juzgador concluyó que era contrario a toda lógica que las partes hubieran previsto que se encontrara cubierta una terapéutica que, hasta ese momento, era casi desconocida y no se aplicaba en el país.

Por otra parte, sostuvo el a quo que la circunstancia de que el trasplante se hiciera en centros asistenciales extranjeros, y por entonces sólo en etapa experimental, no habilita admitir, por vía de interpretación extensiva de normas aparentemente dudosas, que esos supuestos se hallaran previstos, aunque fuese de modo implícito, por el plan que contratara la accionante, en tanto surge de cláusulas expresas del reglamento reconocido como válido por la recurrente (1987), que obra a fs. 29/36, conforme a las cláusulas 1ª y 6ª del rubro beneficios y 17ª de las condiciones generales, que los servicios cubiertos por los distintos planes alcanzaban “exclusivamente” a las prestaciones asistenciales que brindaba la entidad dentro de sus instalaciones o en los lugares que el plan médico determine, es decir, literalmente, que de su texto, literalmente se desprende que si la práctica no se realizaba en el Hospital Alemán, debía serlo en un lugar indicado en el plan, el que sería determinado por personal médico según su nómina, de modo directo o indirecto.

Tales interpretaciones son evidentemente posibles y distan de no ser racionales, hablando en términos de la doctrina sobre la arbitrariedad de sentencias, y mal puede admitirse en su contra el argumento de la quejosa de que es dudosa una cláusula —que en realidad no parece serlo— para de tal manera beneficiarse con una interpretación que atienda al principio *pro*

hóminis en contra de quien redactó la reglamentación, máxime cuando, reitero una vez más, la intervención quirúrgica en cuestión no sólo no se hacía en las instalaciones de la demandada, sino tampoco en el país. Advierto que, el único y primer caso de la Argentina, se había dado a escasos seis días de la internación de la actora, en una entidad asistencial que no figuraba en el plan y que, consultada, según lo reconoce la propia recurrente, se negó a realizarle el trasplante, por no reunir la paciente, a juicio de ese equipo, el cuadro clínico necesario (ver fs. 328), marco que, en consecuencia, vuelve a poner, a mi criterio, a la decisión en recurso, al abrigo de la tacha que se le quiere endilgar.

Tampoco pueden prosperar los agravios referidos al rechazo de la pretensión de asignar responsabilidad por daño moral a la demandada, en tanto el hecho que se alega como productor del daño, cual es la invocada omisión de los médicos de no indicar la terapéutica del trasplante, no se acreditó.

Así lo pienso porque, como se dijo, la que nos ocupa era una práctica médica novedosa, excepcional, no efectuada en el país y por tanto resulta admisible que no fuera indicada en la historia clínica, como terapéutica aconsejable a realizar. Sin perjuicio de ello, cabe consignar, a los fines de apreciar si hubo abandono de la paciente a su propia suerte, que más allá de las obligaciones contractuales, se halla acreditado que la posibilidad del trasplante fue motivo de evaluación por los médicos que la asistían en el hospital demandado, quienes coincidieron con los prestigiosos especialistas consultados particularmente por la paciente, todos los cuales fueron contestes en que era una opción válida para salvar la situación grave de la paciente, discutiéndose la oportunidad y el lugar de su práctica, porque en el país, reitero, sólo se conocía un caso muy reciente en ese momento no aplicable a la situación dada (conforme surge del testimonio prestado en autos a fs. 746/747).

De todo lo cual se desprende que la conducta inicial, a que se refiere la actora, era más propia de una circunstancia asociada al tipo de ciencia de que se trata, de por sí opinable, en cuanto a lo que era más conveniente para la paciente en orden a los medios con que contaban los profesionales que la atendían, y no de una conducta negligente, imprudente o de impericia, que haya sido demostrada y que pueda ser fundamento del reclamo.

Creo necesario poner de relieve, en orden a lo expuesto, que la ciencia médica es una disciplina que se halla en permanente cambio y evolución, y ello guarda estrecha relación con los descubrimientos científicos y tecnológicos de que se pueda servir en cada tiempo y lugar, los que resultan en principio experimentales, o de muy reciente incorporación y por lo general se intentan en centros médicos, especializados de alta complejidad, motivo por el que no es dable exigir que los profesionales, aconsejaran una terapéutica que en ese momento excedía el ámbito de un grado razonable de certeza en cuanto a sus resultados y siempre en el marco de sus posibilidades científicas o de los medios técnicos a su disposición.

Por último, entiendo que tampoco cabe admitir los agravios respecto del alcance de la sentencia, que sólo condena al pago de los costos de medicamentos en el porcentaje cubierto por la demandada hasta la fecha de la resolución contractual, desde que el pronunciamiento en este punto se ajusta al reclamo de la demanda (ver. fs. 339 vta.) razón por la cual, en este aspecto, los agravios de la quejosa carecen de interés actual. En cuanto al daño moral, éste sería admisible para dar lugar a la pretensión, si el accionar de la demandada hubiera sido calificado como contrario a derecho por no haberse ajustado a lo que las partes habían pactado en el contrato, argumento desestimado en el fallo recurrido, el que, como se dijo no ha podido desvirtuarse por la actora recurrente.

No puedo dejar señalar que el reclamo de fs. 1395 vta. y siguientes, relativo a que se debió condenar a la demandada a resarcir en concepto de daño moral, los descuentos de medicamentos más allá de la fecha de resolución contractual, importó no sólo modificar los términos de la demanda y consecuentemente, a aquellos en que había quedado trabada la litis, sino introducir una pretensión que confunde los factores de atribución del daño resarcible y las diferencias entre las consecuencias indemnizables de un accionar antijurídico.

Tampoco pueden prosperar los agravios de la actora respecto de la imposición de las costas de la alzada, desde que más allá de resultar ajena esa materia a esta instancia extraordinaria, la alzada, ha fundado razonablemente su decisión en este punto, en el principio de la derrota (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

IV Rechazada, por ende, la imputación de arbitrariedad, cabe pasar al análisis de la cuestión federal que subyace en el recurso.

Empero, debe ponerse de resalto la extemporaneidad de este planteo relativo a la afectación del derecho a la vida y a la salud que, como constitucional, se pretende introducir por esta vía extraordinaria, desde que ella no fue clara y específicamente deducida en las instancias correspondientes.

En tal sentido, es del caso señalar que, salvo una mera y escueta referencia efectuada en la expresión de agravios del recurso contra la sentencia dictada en primera instancia, la actora, en ningún momento del proceso, alegó o invocó, con el rigor de fundamentación que V.E. exige en esta clase de planteos, como parámetro básico a tener en cuenta en la interpretación de las normas contractuales, la previsión y aplicación de normas federales, como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en 1994 a la jerarquía superior del texto magno, ni desarrolló su relación inmediata y directa con el tema en discusión en la litis, máxime cuando las citadas normas de nítida índole federal preexistían y se hallaban vigentes al tiempo, o en las oportunidades procesales pertinentes para su invocación y tratamiento, aunque sin revestir, todavía, jerarquía constitucional.

Cabe recordar que si bien el requisito del oportuno planteo de la cuestión federal, no está sujeto al uso de fórmulas sacramentales, exige la mención concreta del derecho federal invocado, así como la demostración de su vínculo con la materia del pleito, lo cual presupone un mínimo desarrollo argumental de la inconstitucionalidad que se alega y de su atinencia al caso. Por ello su introducción en el recurso extraordinario deviene tardío, cuando se desprende de las constancias de autos que el fallo de la alzada no difiere sustancialmente de la decisión de primera instancia a la que confirma en su fundamento sustancial (conf. 311:1804 y otros).

De todos modos, dada la importancia del tema, estimo necesario expresar que, en el sentido de su postulación constitucional, el derecho a la salud, en sus alcances extremos, debe estar tutelado, en principio, por el Estado —y aun así con las limitaciones reglamentarias a que pueden estar sujetos los derechos de ese elevado nivel, desde que no se los considera absolutos— y no parece lógico extenderlo, en esa extrema plenitud, a las empresas privadas consagradas con espíritu comercial a su vez a resguardarlo. De allí que, si bien estas empresas deben estar sujetas a una reglamentación exigente, que tienda a proteger ese fundamental derecho de modo estricto, no parece razonable que resulten obligadas a cumplir con prácticas todavía experimentales llevadas a cabo en otros países, porque entonces se extendería sin previsión su responsabilidad económica, asumida en ejercicio del derecho, a su vez trascendente, de desarrollar toda industria lícita, y las llevaría, o bien a erogaciones a la postre improductivas, que tenderían a suprimirlas, o bien a subir en demasía sus alícuotas, ciñendo su favorable uti-

lización a las personas de altos recursos, todo lo cual devendría, a la postre, en desmedro del derecho esencial cuya protección se pretende.

Por todo lo expuesto, opino que la queja debe ser desestimada. Buenos Aires, 3 de octubre de 2000. FELIPE DANIEL OBARRIO.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 16 de abril de 2002.

Vistos los autos: Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Peña de Marques de Iraola, Jacoba María c/ Asociación Civil Hospital Alemán, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la actora —asociada desde 1981 al Hospital Alemán y desde 1984 al Plan Médico del Hospital Alemán (PMHA)— estuvo afectada por una dolencia cuya única alternativa para salvar su vida consistió en el trasplante de hígado. Este se realizó con éxito en un hospital de Estados Unidos. El contrato que vinculaba a las partes al tiempo en que ocurrieron estos hechos (enero-febrero de 1988) no contenía mención alguna relativa a la cobertura de dicho trasplante.

2º) Que a su regreso se le suministró la medicación correspondiente para estos casos, inmunodepresores de alto costo, que fueron adquiridos con la receta de un médico perteneciente a la demandada con el 50% de descuento, durante un lapso de más de dos años. Asimismo, se le efectuaron en la institución los estudios de control necesarios.

3º) Que en julio de 1990 el reglamento fue modificado y se excluyó expresamente de la cobertura la operación de trasplante y los medicamentos que habían sido su consecuencia. En tal sentido, el facultativo que trataba a la paciente le comunicó la imposibilidad de seguir recetando las drogas. La actora intentó, sin éxito, la revisión de la medida y planteó una interpelación resolutoria. Adujo diversos incumplimientos de la demandada y dejó de abonar la cuota, razón por la cual se le dio de baja.

4º) Que la acción persiguió declarar resuelto el contrato por culpa de la demandada, y a consecuencia de ello, que se procediera al reembolso de los gastos médicos ocasionados por el trasplante, de los descuentos en la compra de medicamentos y el resarcimiento del daño moral.

5º) Que el fallo de primera instancia rechazó la demanda en cuanto al reclamo de reembolso por gastos de trasplante y el daño moral, declaró resuelto el contrato desde el 10 de enero de 1991 y condenó a la asociación al pago de los descuentos por compra de medicamentos hasta el momento en que, por reglamento, debió ejercer su facultad recisoria. El lapso abarcaba desde agosto de 1990 hasta enero de 1991.

6º) Que contra el pronunciamiento de la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que —por voto mayoritario— modificó lo resuelto en punto a que la interrupción del suministro de medicamentos no constituía incumplimiento alguno, impuso las costas de la

anterior instancia a la demandada y al confirmar la sentencia en todo lo demás que fue objeto de apelación rechazó la demanda, la actora planteó el recurso extraordinario cuyo rechazo dio origen a la presente queja.

7º) Que los agravios suscitan cuestión federal para habilitar la vía intentada pues aunque remiten al examen de temas de hecho y de derecho común que son —como regla y por su naturaleza— ajenos a la instancia extraordinaria, tal circunstancia no constituye óbice para invalidar la sentencia cuando, como ocurre en el caso, lo decidido no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa.

8º) Que, en efecto, lo resuelto por el a quo se basa en una fundamentación aparente. Por un lado admite: a) la necesidad de interpretar los acuerdos suscriptos dentro del marco de la autonomía de la voluntad de los litigantes a la luz del principio de buena fe y de conformidad con lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender aquéllos obrando con cuidado y previsión; b) el deber de los jueces de promover con prudente arbitrio y equidad el cumplimiento de los contratos; c) que estaba fuera de toda duda que en el reglamento al que se había adherido la actora los trasplantes no se encontraban en la lista de coberturas excluidas y que la incorporación a esa lista sólo se efectuó en el año 1990; d) el carácter restrictivo con el que debían entenderse las coberturas excluidas; e) que los contratos de adhesión debían interpretarse a favor del más débil. Pero por otro concluye en que la omisión de incluir la operación de trasplantes en la lista de coberturas excluidas en el reglamento general de la empresa de medicina prepaga, no tenía como consecuencia el deber de responder respecto de algo que no previó ninguno de los contratantes.

Al decidir del modo indicado, el a quo realizó una exégesis que contraría los principios enunciados al inicio, por lo que el fallo carece de la debida fundamentación exigible a las decisiones judiciales, con grave lesión de garantías constitucionales.

9º) Que, en efecto, cabe tener particularmente presente como pauta orientadora que en los casos de contratos con cláusulas predisuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes (doctrina de Fallos: 317:1684; 321:3493).

Esta regla hermenéutica se impone en razón de expresas disposiciones legales (art. 1198, Código Civil, art. 218, inc. 3º, Código de Comercio, art. 3º de la ley 24.240), y se acentúa en el supuesto del contrato de prestación médica, habida cuenta de la jerarquía de los valores que se hallan en juego: La vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria (Fallos: 321:3493).

10) Que tal derecho se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura pactada, siendo inadmisibles la referencia histórica al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría —con grave detrimento del servicio de salud— en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora —en forma casi cotidiana— al campo de las prestaciones médico asistenciales.

11) Que no obsta a esta conclusión las previsiones de la cláusula 17 de las condiciones generales, pues de dicho texto resulta que los servicios cubiertos no se ciñen a las prestaciones asistenciales que suministra el Hospital Alemán en sus instalaciones, ya que son admitidas también las llevadas a cabo “en los lugares que el Plan Médico determine a través del equipo

médico indicado en la nómina respectiva o *de aquellos profesionales que, estando fuera de dicha nómina, fueran designados por el Plan Médico*”, estipulación que habilita una apertura del sistema, subordinada a una derivación específica, que no fue cumplida por la demandada frente al complejo cuadro de extrema urgencia padecido por la reclamante.

12) Que, asimismo, lo resuelto por la cámara importó convalidar —con alcance retroactivo— una modificación unilateral de los términos contractuales, con un alcance que no se compadecía con la conducta observada por la empresa con posterioridad a la vigencia del convenio —cuyo valor como elemento interpretativo ha sido destacado por esta Corte (Fallos: 315:2140; 316:3199; 317:1598; 322:313 y 2966, entre otros)— desde que durante los dos años posteriores a la operación, se le recetaron los medicamentos inmunodepresores —con el 50% de descuento— tal como correspondía de acuerdo al plan HA2 suscripto por la demandante para el tratamiento ambulatorio (conf. fs. 32, 953 vta., y 972 vta. del peritaje contable).

13) Que, consiguientemente, la interrupción de su suministro luego de dicho lapso importó dejar librada a la actora a su suerte y fortuna en cuanto acreedora de la prestación asistencial, pues no existiría la posibilidad real de obtener una nueva cobertura en virtud de la preexistencia de su enfermedad.

14) Que, por lo demás, es igualmente aparente el argumento en punto a que la conducta de la demandada encontraba justificativo en una supuesta ecuación económico financiera, toda vez que en autos no se ha acreditado en modo alguno que la atención de los gastos de la actora pudiera traducirse —concretamente— en un gravamen patrimonial irreparable para la empresa.

15) Que, en tales condiciones, media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15, ley 48).

Por ello, y oído el señor Procurador fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expuesto. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase. JULIO S. NAZARENO — EDUARDO MOLINE O’CONNOR — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — GUILLERMO A. F. LOPEZ — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

Medidas cautelares — Prestaciones — Interés superior del niño.

Neira, Luis Manuel y otra c/ Swiss Medical Group S.A. 21/08/2003 - Fallos: 326:2906.

Antecedentes:

Los actores solicitaron una medida cautelar a fin de obtener los fondos para brindarle a su hijo menor la totalidad de las prestaciones emergentes del convenio homologado. El juez de grado hizo lugar a la medida cautelar y sustituyó dichas prestaciones por el pago de dinero.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la resolución a raíz de lo cual los actores interpusieron recurso extraordinario.

La Corte —en mayoría y en concordancia con el dictamen del señor Procurador Fiscal— declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efecto la sentencia y en base a la urgencia de la cuestión admitió los efectos del beneficio de litigar sin gastos.

El juez Maqueda en su voto, agregó que lo decidido no importa una decisión definitiva sobre la procedencia íntegra del reclamo sino que lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia y se presenta como un modo apropiado e inmediato de asegurar al menor el acceso a lo que su estado de salud reclama, sin perjuicio de que una resolución posterior pueda conciliar los intereses en juego y el derecho constitucional de defensa de la demandada.

En disidencia el juez Boggiano desestimó la queja. Y si bien admitió el beneficio de litigar sin gastos los recurrentes debían informar periódicamente acerca de su estado.



Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Convención sobre los Derechos del Niño. Función judicial** (Mayoría: Remisión al dictamen del Procurador General, Punto III).



Estándar aplicado por la Corte:

- Al estar comprometida la salud y el normal desarrollo de los menores, además de la atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de aquellos llamados al juzgamiento de los casos.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador Fiscal:

Suprema Corte:

I— En autos, el señor Juez de Primera Instancia, hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los actores, destinada a obtener los fondos suficientes para brindarle al menor Federico Martín Neira la totalidad de las prestaciones emergentes del convenio homologado de fs. 7, y, en consecuencia, sustituyó dichas prestaciones por el pago de la suma mensual de \$ 100.000 (v. fotocopia a fs. 12 del expte. N° 56.949/2002, foliatura a citar en adelante salvo expresa indicación).

Apelada esta resolución por la demandada “Swiss Medical Group S.A.”, fue revocada por la Sala “B” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (v. fs. 1623 y vta.). Para así decidir, señaló que hasta el momento no se ha podido determinar con objetividad cuáles son en concreto las atenciones que deben procurarse al menor, o en todo caso, si resultare procedente, la determinación económica de las mismas.

Desde tal óptica —prosiguió—, no puede disponerse una sustitución de las prestaciones médico asistenciales que se previeron en el acuerdo, más si se atiende al hecho de que el magistrado de la causa dispuso en los autos principales y con alcance de medida para mejor proveer, el pase al Cuerpo Médico Forense, resolución que fue confirmada por la Cámara. Por ello, y hasta tanto no se expida el sentenciador respecto de las diversas incidencias que se han planteado, decidió revocar la cautelar apelada.

II— Contra este pronunciamiento, los actores interpusieron el recurso extraordinario de fs. 1632/1703, cuya denegatoria de fs. 1720/1721, motiva la presente queja.

Alegan que la apreciación de la Cámara no se compadece con las constancias de la causa, y que carece de fundamentación en cuanto no refiere cómo obtuvo esa conclusión a pesar de los elementos probatorios obrantes en los diversos expedientes e incidentes en trámite y los expresos reconocimientos formulados por la contraria.

Afirman que las atenciones que deben procurarse al menor están determinadas en autos, ya sea porque la demandada ha reconocido su procedencia, o bien por las prescripciones de los especialistas en la materia.

Examinan a continuación, elementos agregados a los diversos expedientes existentes entre las partes que, a criterio de los apelantes, constituirían reconocimientos de la demandada en relación con las prestaciones que debe proporcionar al menor. Señalan, además, lo que para los actores constituyeron distintos incumplimientos al convenio por parte de la demandada, ya sea por no brindar las prestaciones o por no reintegrar honorarios de profesionales, o gastos por servicios, o elementos necesarios para mejorar la calidad de vida del niño. Indican también diversas contradicciones o incoherencias en las que aquélla habría incurrido, al reconocer ciertos rubros en algunas rendiciones de cuentas y desconocerlos en otras.

Destacan que el niño ha experimentado mejoras durante la vigencia de la medida cautelar, y afirman que la demandada pretende que tenga las mismas atenciones que aquellos que son atendidos en hospitales públicos conformándose con la sobrevivencia del mismo, cuando —advierten— el convenio fue para lograr el máximo de salud posible y la mejor calidad de vida del menor, como en el mismo se expresa.

Criticán que la sentencia no haya analizado el peligro de la demora y la verosimilitud del derecho del niño, que impone la necesidad de las atenciones que se requirieron y que se dieron en los términos de la medida cautelar ordenada por el juez de grado.

Afirman que la verosimilitud del derecho quedó reconocida por la demandada en diversas actuaciones, entre otras al admitir a fs. 271 del expediente de rendición de cuentas de noviembre de 2002, que el plan médico asistencial elaborado por el Dr. Juan C. Castillo, no difiere de los tratamientos consensuados oportunamente entre los padres del menor y Swiss Medical S.A.

Al ilustrar sobre algunos de los incumplimientos que reprochan a la demandada, refieren las diversas prestaciones que comprendería el convenio conforme al dictamen pericial de fs. 616/628 del principal (cuyas fotocopias se agregaron a fs. 1120/1133 de estos autos).

Denuncian que al privar al niño de asistencia a su salud y a su vida, se han violado tratados internacionales con jerarquía constitucional, como el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

III— El Tribunal tiene dicho que, si bien las decisiones vinculadas con medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten, resultan en principio ajenas a la vía del recurso extraordinario por no ser definitivas, cabe hacer excepción a ese principio cuando lo decidido ocasiona un perjuicio que, por las circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (v. doctrina de Fallos: 319:2325; 321:1187,2278; sentencia de fecha 11 de julio de 2002 en autos G.11, L. XXXVI, caratulados “Gómez, Timotea c/ ANSES”, entre otros).

Tal es lo que ocurre en el caso de autos, toda vez que la medida precautoria revocada, tuvo por objeto evitar eventuales perjuicios al menor, que podrían derivar de la falta de atención, o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos y de rehabilitación domiciliaria, lo que colocaría en riesgo la salud y la vida del niño.

En tales condiciones, llama la atención que el a quo, para dejar sin efecto la medida, se haya basado en la falta de resolución en torno a las denuncias de incumplimiento de las prestaciones, como respecto de las rendiciones de cuentas, y a que no se haya podido determinar todavía cuáles son las atenciones que deben procurarse al menor, cuando, precisamente, fueron éstas las circunstancias en las que el juez de grado justificó el reemplazo de las prestaciones en especie por el pago de una suma mensual con cargo de rendición de cuentas (v. fotocopia de fs.12).

Corresponde señalar que tal situación se mantiene hasta la fecha, de lo que dan cuenta los numerosos incidentes que demuestran —como lo advirtió el Juez de Primera Instancia— las insuperables diferencias entre las partes. Por tal motivo, y encontrándose en juego el interés superior del niño en aspectos tan esenciales como su salud y su vida, estimo que no resulta razonable dejar sin efecto la disposición precautoria dictada en su resguardo, y esperar “sine die” a que el sentenciador se expida respecto de las diversas incidencias que se han planteado, como propone el a-quo en la sentencia impugnada.

No puede escapar a este examen, que lo decidido —como lo acabo de expresar— compromete el interés superior de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (v. doctrina de Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:854, 2021; 325:292). Esta Procuración ha recordado al respecto (Autos: S.C. M. N° 3226, L. XXXVIII, caratulados “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. Direc. Gral. Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo”, dictamen de fecha 31 de octubre de 2002) que, como lo señalaron los jueces Fayt y Moliné O’Connor en Fallos: 318:1269 —a quienes se sumó el juez López en Fallos: 318:1676— los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos —según parecer de Fallos: 322:2701 y 324:122, y voto de los jueces Moliné O’Connor y López en Fallos: 324:975— viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.

En este marco, corresponde advertir que los diversos informes médicos obrantes en autos y en especial el preinforme del Cuerpo Médico Forense agregado a fs. 247/255 de esta queja, indican que el niño continúa siendo dependiente absoluto, con necesidad de prestaciones que no deben ser interrumpidas, por lo que, teniendo presente la doctrina antes reseñada, la amplitud del convenio obrante a fs. 1/3, y la jerarquía de los valores que se hallan en juego —la preservación de la salud, comprendida dentro del derecho a la vida—, se impone la solución que, hasta tanto se dilucidan las numerosas incidencias planteadas en autos, aleje el peligro de que el menor se vea impedido por cualquier circunstancia de recibir aquellas prestaciones.

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 11 de junio de 2003. FELIPE DANIEL OBARRIO.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 21 de agosto de 2003.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Luis Manuel Neira y Virginia M. Catenazzi por sí y en representación de su hijo menor Federico Martín Neira en la causa Neira, Luis Manuel y otra c/ Swiss Medical Group S.A.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que atento a que los recurrentes han invocado motivos que justifican un tratamiento urgente de la cuestión planteada en autos, cabe admitir los efectos del beneficio de litigar sin gastos provisional en los términos de la doctrina de Fallos: 313:1181; 321:1754, a los fines de proceder al tratamiento de la queja deducida.

Que los agravios de los apelantes encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos a la sala de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase. CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — EDUARDO MOLINE O’CONNOR — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — GUILLERMO A. F. LOPEZ — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1º) Que atento a que los recurrentes han invocado motivos que justifican un tratamiento urgente de la cuestión planteada en autos, cabe admitir los efectos del beneficio de litigar sin gastos provisional en los términos de la doctrina de Fallos: 313:1181 y 321:1754, a los fines de proceder al tratamiento de la queja deducida.

2º) Que los agravios de los apelantes encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.

3º) Que por lo demás, cabe aclarar que lo expresado no importa una decisión definitiva sobre la procedencia íntegra del reclamo formulado por los actores, sino que lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual y se presenta como un modo apropiado e inmediato de asegurar al menor el acceso a lo que su estado de salud reclama, sin perjuicio de que una resolución posterior pueda conciliar —según el grado de verosimilitud— los intereses en juego y el derecho constitucional de defensa de la demandada (Fallos:

320:1633 y causa C.28.XXXVIII “Coto Centro Integral de Comercialización S.A. c/ Entre Ríos, Provincia de s/ inconstitucionalidad” del 10 de octubre de 2002).

4º) Que en ese contexto y sin perder de vista que el objeto de las medidas precautorias no es lograr el fin perseguido en la demanda de manera anticipada, encontrándose en la causa elementos que permiten apreciar prima facie cuáles son las necesidades que la atención de la salud del infante requiere con urgencia, resulta oportuno recordar que a la hora de resolver deberá hacerse mérito de dicha documentación y decidirse, dentro de un marco de razonabilidad, de mesura y atendiendo a las consecuencias de la decisión —particularmente frente a las proyecciones que podría tener al tiempo de solucionar los diferentes conflictos planteados entre las partes—, los alcances de la nueva medida cautelar.

Por ello y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase. JUAN CARLOS MAQUEDA.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

Que atento a que los recurrentes han invocado motivos que justifican un tratamiento urgente de la cuestión planteada en autos, cabe admitir los efectos del beneficio de litigar sin gastos provisional en los términos de la doctrina de Fallos: 313:1181; 321:1754, a los fines de proceder al tratamiento de la queja deducida.

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, se desestima la queja. Hágase saber a los recurrentes que deberán informar periódicamente acerca del estado en el que se encuentra el beneficio de litigar sin gastos, bajo apercibimiento de considerar —en caso de silencio— que ha sido desestimado. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. ANTONIO BOGGIANO.

Legitimación — Derechos de incidencia colectiva — Defensor del pueblo — Acción de amparo — Medicamentos.

Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud - Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar. 18/12/2003 - Fallos: 326:4931.

Antecedentes:

La Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo iniciado por la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta

y declaró la nulidad de la resolución 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación respecto de la cobertura de los medicamentos de las enfermedades esclerosis múltiple y síndrome de desmielizante aislado, que excluía del tratamiento cubierto por el Plan Médico Obligatorio a las personas con esclerosis múltiple sin haber tenido dos brotes o exacerbaciones en los dos últimos años o padecieran de síndrome desmielinizante aislado y alto riesgo de conversión a esclerosis múltiple definida. Además, confirmó la sentencia en cuanto a la intervención del Defensor del Pueblo revocándola en relación a la de las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de otras provincias y de la Argentina.

La Corte, por mayoría y remitiendo al dictamen del señor Procurador General, declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, mal concedidos los incoados por la Asociación de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza y Corrientes y la Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina. Revocó la sentencia en cuanto otorgaba legitimación al Defensor del Pueblo y la confirmó en lo principal al considerar que la modificación introducida al originario Plan Médico Obligatorio en lo referente a la cobertura de medicamentos lesiona el derecho a la salud de quienes sufren de esclerosis múltiple ya que el Ministerio de Salud no había probado cuál era el motivo para determinar que una enfermedad discapacitante que tenía una cobertura total en los medicamentos, no lo tuviera en algunos supuestos.

El juez Zaffaroni en su disidencia adhirió al voto de la mayoría en cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional y confirmó la sentencia apelada en lo principal, excepto en lo que resuelve respecto de la legitimación del señor Defensor del Pueblo sosteniendo que carecía de incidencia en el fondo del asunto.

El juez Fayt, también en disidencia, resolvió que el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional carecía de fundamentación suficiente y que los recursos deducidos por las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza, Corrientes, la Asociación de Esclerosis Múltiple de la Argentina y el Defensor del Pueblo eran inadmisibles (art. 280 CPCCN).

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Legitimación para accionar. Defensor del pueblo.** (Mayoría: Remisión al Acápito V párrafos 3° y 4° del Dictamen del Procurador General).
- b) **Procedencia del amparo relacionado con el derecho a la vida y la salud.** (Mayoría: Remisión al Acápito VII párrafos 1° y 2° del Dictamen del Procurador General).
- c) **Reconocimiento legislativo del derecho a la salud.** (Mayoría: Remisión al Acápito VII, Párrafo 2° del Dictamen del Procurador General).



Estándar aplicado por la Corte:

- La legitimación de una asociación surge de su carácter de titular de un derecho de incidencia colectiva como es la protección de la salud como parte del objeto de la asociación (49).

(49) **Nota de Secretaría:** Ver "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social (Estado Nacional) s/ amparo ley 16.986" (Fallos: 323:1339) pág. 57 de este suplemento.

- Corresponde rechazar la legitimación del Defensor del Pueblo pues la ley 24.284 (50) excluye expresamente del ámbito de su competencia al Poder Judicial (art. 16, párrafo segundo) y establece que si iniciada su actuación “se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención” (art. 21).

- El amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados por la Ley Fundamental. Tiene por objeto una efectiva protección de derechos y es imprescindible la necesidad de ejercer esta vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud.

- La vida de los individuos y su protección constituyen un bien fundamental en sí mismo imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (51).

- Normativamente el derecho a la salud se halla reconocido en tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) en el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º, arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General:

Suprema Corte:

I A fs. 390/397 del expediente principal, la Cámara Federal de Apelaciones de Salta confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo iniciado por la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta en cuanto declaró la nulidad de la resolución 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación —modificatoria de la similar 939/00 Programa Médico Obligatorio— en lo que respecta al punto medicamentos de las enfermedades esclerosis múltiple y síndrome de desmielizante aislado y excluyó del tratamiento allí prescripto a aquellas personas que, en la Provincia de Salta, sufran de esclerosis múltiple sin haber tenido dos brotes o exacerbaciones en los dos últimos años o padezcan de síndrome desmielinizante aislado y alto riesgo de conversión a esclerosis múltiple definida, sin perjuicio de las medidas que la administración nacional pueda adoptar a fin de verificar la certeza de las dolencias. Asimismo, confirmó la sentencia en punto a la intervención del Defensor del Pueblo pero la revocó en relación a la

(50) **Nota de Secretaría:** Creación de la Defensoría del Pueblo.

(51) **Nota de Secretaría:** En el mismo sentido: “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” (Fallos: 329:4918).

de las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza, Corrientes, Santa Cruz y Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina.

II Disconforme con el fallo, la representante del Ministerio de Salud de la Nación interpuso el recurso extraordinario de fs. 401/414, que fue concedido en lo tocante a la interpretación de normas federales pero denegado por la arbitrariedad alegada (fs. 449/450), lo que motivó la presentación de la pertinente queja.

Sostuvo que la alzada aplicó incorrectamente las resoluciones que contienen y aprueban el Plan Médico Obligatorio al merituar parcialmente el informe médico aportado como prueba y arribar, por ende, a conclusiones que carecen de rigor científico.

Afirmó que el veredicto era puramente voluntarista y dogmático, a la vez que su fundamento era dubitativo y autocontradictorio. Sobre estos puntos, dijo que yerra el *a quo* cuando sostiene que con el hecho de no otorgar determinado medicamento en una etapa de la enfermedad se está limitando el derecho de protección a la salud, desde el momento en que dicha garantía se halla realmente en resguardo al no autorizarse tratamientos innecesarios frente a la inexistencia de un diagnóstico certero.

Consideró que el decisorio era arbitrario porque no sólo accedió a las pretensiones de una asociación que no estaba legitimada para actuar sino que además concluyó que no se había acreditado la existencia de un caso individualizado que encuadre en la medida que se cuestionó. En síntesis, entendió que no existía agravio concreto o actual sino meramente conjetural a pesar de lo cual el tribunal se expidió nulificando el acto de la cartera estatal.

En igual línea, sostuvo la improcedencia de la acción de amparo, para lo cual, no sólo reiteró la inexistencia de caso concreto sino que explicó la imposibilidad de los jueces de decidir sobre cuestiones abstractas en tanto deben juzgar sobre la aplicación de la ley a un caso o causa contencioso. Adujo también, que para la viabilidad de la acción de amparo la turbación del derecho constitucional debe ser grosera y concreta y deben quedar fuera de su alcance las cuestiones opinables, como es, a su criterio, la del *sub lite*, a la par de estimar aplicable la doctrina de la Corte Suprema que determina la inexistencia de causa o caso cuando se procura la declaración genérica y directa de inconstitucionalidad de un acto de otro poder.

En otro orden, ataca la legitimación del Defensor del Pueblo con sustento en precedentes jurisprudenciales que limitan, dijo, su actuación cuando los considerados afectados en sus derechos subjetivos han podido acceder a la justicia en procura de su tutela, como acontece, a su entender, en esta *litis*, donde distintas asociaciones se presentaron con ese fin.

III También del Defensor del Pueblo de la Nación, interpuso, a fs. 415/429, remedio extraordinario, en tanto las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza y Corrientes y la Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina presentaron sendos escritos de adhesión a los fundamentos de aquél (fs. 430/433). Los recursos fueron concedidos por cuestión federal pero denegados en cuanto a la tacha de arbitrariedad, sin que se presentaran las correspondientes quejas.

El Defensor del Pueblo limitó el objeto del recurso a los alcances de la sentencia al señalar que ésta debió tener efectos *erga omnes*. Ello es así, en su parecer, porque el Ombudsman actúa en representación del universo de quienes padecen de esclerosis múltiple y síndrome desmielizante aislado, caso contrario se vulneran las disposiciones constitucionales que habilitan su participación procesal (arts. 43 y 86).

Del mismo modo, atribuyó la calidad de efectos generales a los decisorios dictados en todos los procesos en que esa institución actúa, en razón de su carácter nacional y consideró errado que la alzada acotara la tutela colectiva a la jurisdicción del tribunal interviniente. Dijo, así, que era una autocontradicción del fallo reconocer la legitimación del órgano defensor pero cercar los efectos de la decisión a los enfermos sólo de la Provincia de Salta.

Argumentó, en este sentido, que aquellas personas que no se sintieran representadas por el Defensor del Pueblo de la Nación, individual o colectivamente, deben iniciar un juicio o presentarse en el ya promovido y solicitar un nuevo fallo o que la sentencia no les sea oponible.

IV Previo a todo otro análisis, cabe abordar el tema de la admisibilidad formal, de los recursos extraordinarios incoados en autos por las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza y Corrientes y la Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina.

En este sentido, fácil es advertir que las presentaciones se limitan a un asentimiento de los argumentos esbozados en el escrito recursivo del Defensor del Pueblo de la Nación, por lo cual y toda vez que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha señalado la improcedencia de la adhesión al recurso extraordinario (Fallos: 209:28 pág. 70 y sus citas; 257:48; 322:523), cabe concluir que esas apelaciones han sido mal concedidas por el *a quo*.

V Considero que un orden lógico impone analizar el cuestionamiento que formula el Estado Nacional a la legitimación de la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta y del Defensor del Pueblo de la Nación para promover el presente amparo, pues, si bien los agravios exhibidos sobre el particular son breves y poco fundamentados, la existencia de dicho presupuesto constituye un requisito ineludible para la existencia de un “caso” o “causa” que habilite la intervención de un tribunal de justicia (art. 116 de la Ley Fundamental), ya que la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte (art. 2º ley 27) y su ausencia tornaría inoficiosa la consideración de los planteamientos formulados por el apelante (arg. Fallos: 322:528).

Una constante jurisprudencia de la Corte, elaborada sobre la base de lo establecido en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, ha expresado que esos casos son aquellos en los que se persigue, en concreto, la determinación del derecho entre partes adversas, motivo por el cual no hay causa “cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes”, ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular declaraciones (Fallos: 307:2384, entre otros).

En este orden de ideas, con relación a la legitimación de la asociación actora, reitero aquí la opinión expuesta por esta Procuración General el 22 de febrero de 1999 *in re* “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social (Estado Nacional) s/ amparo ley 16.986”, a cuyos términos V.E. remitió conforme surge de Fallos: 323:1339. Así lo considero, toda vez que la Asociación Civil Esclerosis Múltiple de Salta funda su legitimación para accionar en su carácter de titular de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud —en el caso, la defensa de los derechos de las personas con esclerosis múltiple— como parte del objeto de la asociación.

Ahora bien, tal como ha sostenido el Tribunal en el precedente de Fallos: 323:4098, con relación a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación, si bien el art. 86 de la Carta Magna prescribe que ese organismo tiene legitimación procesal, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la

relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (conf. Fallos: 323:4098 y sus citas de Fallos: 310:2943; 311:2725; 318:1323). Sostuvo V.E. que la ley 24.284 excluye expresamente, del ámbito de competencia del órgano en cuestión, al Poder Judicial (art. 16, párrafo segundo) y establece que si iniciada su actuación “se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención” (art. 21) (Fallos: 321:1352).

En el caso *sub examine*, varias asociaciones locales de esclerosis múltiple se han presentado en autos —sin perjuicio de lo sostenido sobre ellas en el ap. IV precedente— y es la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta quien ha iniciado la presente acción judicial, a la que el Defensor del Pueblo adhirió.

De esta forma, con lo establecido por las normas que regulan la actuación del organismo y lo recién mencionado, basta para rechazar su legitimación procesal en la presente causa, tornándose inoficioso considerar los agravios por él vertidos en su recurso.

VI Sentado ello, el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional es, en mi opinión, formalmente admisible, pues se encuentra en discusión el alcance e interpretación de normas de carácter federal (resolución 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación —modificatoria de la similar 939/00 Programa Médico Obligatorio—) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

En igual orden, dado que el agravio fundado en la tacha de arbitrariedad, guarda estrecha conexidad a la cuestión federal, corresponde analizar en forma conjunta ambos temas (Fallos: 325:50 y 609).

VII Respecto del agravio atinente a la viabilidad de la vía elegida en el *sub lite*, resulta oportuno mencionar que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados por la Ley Fundamental. En este sentido, la Corte ha dicho reiteradamente que tiene por objeto una efectiva protección de derechos (Fallos: 321:2823) y ha explicitado la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (Fallos: 325:292 y sus citas).

En efecto, en el último de esos precedentes la Corte ha declarado que “...el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112 y 323:1339)”. Asimismo, ha entendido que la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. A mayor abundamiento, sostuvo también que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— e inc. 1º, del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (conf. Fallos: 323:1339).

No cabe duda, pues, que en el *sub lite*, procede la vía del amparo.

VIII Finalmente, considero no asiste razón al apelante en cuanto sostiene que el decisorio es dogmático, voluntarista y que carece de rigor científico. Muy por el contrario, las extensas consideraciones que formularon los jueces de ambas instancias respecto de la entidad y evaluación de la prueba existente en autos —tanto aquella aportada por la actora como la que acompañó el Estado Nacional en oportunidad de presentar el informe del art. 8° de la ley 16.986— con la que concluyeron resultaba suficiente para resolver la controversia, alcanza para sustentar la decisión que finalmente adoptaron y que, en lo personal, comparto.

A mi modo de ver, la modificación introducida al originario Plan Médico Obligatorio en lo referente a la cobertura de medicamentos en los casos de esclerosis múltiple, sus clases y variantes, lesiona el derecho a la salud de quienes sufren esta enfermedad discapacitante —garantía resguardada no sólo por normas nacionales sino también de protección internacional que tienden a una actitud de apoyo progresivo en el tratamiento de estas manifestaciones del aparato neurológico—. Esta falta de apoyo se deduce de la propia resolución impugnada, que en un intento por no vulnerar derechos en ejercicio, determina que “Sin perjuicio de las normas establecidas en esta Resolución sobre la cobertura en medicamentos, las mismas no podrán introducir limitaciones sobre tratamientos en curso al momento de su puesta en vigencia” (ver copia a fs. 96 —el subrayado es propio—).

Este mismo precepto, además, no sólo marca una desigualdad de trato entre enfermos de una misma clase (por ejemplo, un enfermo con síndrome desmielizante aislado que esté en tratamiento mediante la cobertura del 100% en el medicamento, en cambio el que no lo haya comenzado no tendrá ese porcentaje) sino que echa por tierra el único argumento del Ministerio de Salud para sostener la validez de la resolución, cual es que la exclusión de determinados casos de la cobertura estriba en una protección a la salud de los enfermos al evitar autorizar, de ese modo, tratamientos innecesarios frente a la inexistencia de diagnósticos certeros. En ese entendimiento, si el fin de eliminar la cobertura del 100% es evitar el medicamento para aquellos con síndrome desmielizante aislado o que tengan esclerosis múltiple pero no hayan tenido dos brotes o exacerbaciones en los últimos dos años, **en aras de protegerles la salud**, no se entiende lógicamente que sí se pueda mantener para los mismos casos si ya han iniciado el tratamiento. O se “protege la salud” en todos los supuestos en iguales condiciones, en cuyo caso el ministerio debería limitar todos esos tratamientos en lugar de asegurarles cobertura, aún los que están en curso de ejecución, o el argumento es netamente falaz. Me inclino por esto último.

Por otro lado, la prueba de ambas partes se apoya en los mismos informes médicos y de su lectura no surge —como sostuvieran las instancias judiciales preintervinientes— fundamento alguno para determinar la limitación temporal de dos años para la confirmación inequívoca de la enfermedad, como aduce la cartera ministerial nacional.

En cuanto a que cierto es, como arguye el recurrente, que en el artículo especial “Consenso sobre el uso de Drogas inmunomoduladoras en el tratamiento de esclerosis Múltiple en la Argentina” (fs. 51/52) se expresa que los pacientes con SDA de alto riesgo “pueden” igualmente ser tratados con la medicación, lo que implica que no está obligatoriamente indicada, también lo es que del informe médico de fs. 59/61 surge el beneficio de su tratamiento para evitar los progresos de la enfermedad. En efecto, se expresa allí que “El

reconocimiento de los SDA (síndrome desmielizante aislado) ha tenido sin duda un importante impacto en el manejo de pacientes con EM (esclerosis múltiple), y probablemente estos enfermos representen una nueva categoría en futuras clasificaciones de formas clínicas de la enfermedad. Existe un consenso unánime con respecto al inicio temprano del tratamiento en aquellos pacientes con un diagnóstico certero de EM. En pacientes con SDA una cuidadosa evaluación de ellos deberá realizarse, y claros factores de alto riesgo establecerse a fin de seleccionar apropiadamente aquellos pacientes que serán incluidos en esquemas de tratamiento inmunomodulador, destinados a disminuir el riesgo de desarrollar EM clínicamente definida. Este llamado de atención se sustenta en: 1) Los SDA pueden presentar otras etiologías diferentes de EM; 2) Es posible que alguno de estos pacientes puedan presentar un cuadro de enfermedad multifocal pero monofásica, tal como sucede en la encefalomiелitis diseminada aguda; 3) Pacientes con SDA y sin claros factores de riesgo probablemente no desarrollen nuevos episodios consistentes con el diagnóstico de EM clínicamente definida, y por lo tanto no deberán ser expuestos a tratamientos inmunomoduladores. En conclusión, es claro que el tratamiento de pacientes con SDA y alto riesgo de desarrollar EM clínicamente definida, utilizando IFN beta1a intramuscular es beneficioso. Sin embargo, particular cuidado deberá ponerse en la adecuada selección de los mismos, a fin de incluir en estos esquemas terapéuticos los pacientes apropiados. Finalmente el tratamiento en este grupo de pacientes deberá realizarse siguiendo pautas similares a las recomendadas para el uso de drogas inmunomoduladoras en el tratamiento de Esclerosis Múltiple clínicamente definida”.

Tengo para mí que lo imperioso en el *sub lite* es diferencial el diagnóstico de la dolencia y la prescripción de las drogas que la combatan o atenúen, de la cobertura de éstas por las obras sociales o prepagas. Lo primero es tarea de los profesionales médicos especializados en esta enfermedad, de quienes es impensable que prescriban un medicamento que no resulte conveniente para su tratamiento, máxime tratándose de fármacos que, si bien son beneficiosos para la enfermedad, pueden tener efectos adversos importantes que aconsejan un sistema de monitoreo periódico —fs. 329— y lo segundo ingresa dentro de la competencia de la autoridad de aplicación al formular el plan médico obligatorio que debe necesariamente estar basado en el materia idóneo correspondiente.

De cualquier modo, el debate aquí planteado no es, como dice el Ministerio de Salud, salvaguardar a los enfermos de posibles reacciones adversas y contraindicaciones del fármaco —lo que insisto será evaluando por el médico y no por una autoridad administrativa— sino el grado de cobertura del remedio por las obras sociales y prepagas para un tipo de enfermedad considerada de alto riesgo y baja incidencia —según surge de autos, unos 6.500 pacientes en todo el país— sin que el ministerio haya logrado probar cuál es el motivo para determinar que una enfermedad discapacitante que tenía el 100% de cobertura en los medicamentos, ahora en algunos supuestos no la tenga, circunstancia que, al afectar directamente el derecho de los enfermos de esclerosis múltiple a la protección de la salud, torna, a mi criterio, al acto en arbitrario.

IX Por todo lo expuesto, opino que corresponde admitir formalmente el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional (Ministerio de Salud), tener por mal concedidos aquellos intentados por las asociaciones de esclerosis múltiple de La Pampa, Mendoza, Corrientes y de Argentina, revocar la sentencia en cuanto a la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación conforme lo dicho en el acápite V del presente y confirmarla. Buenos Aires, 4 de agosto de 2003. Nicolás Eduardo Becerra.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 18 de diciembre de 2003.

Vistos los autos: “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud — Estado Nacional s/ acción de amparo-medida cautelar”.

Considerando:

Que esta Corte comparte el dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, mal concedidos los recursos extraordinarios incoados por la Asociación de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza y Corrientes y la Asociación de Esclerosis Múltiple de Argentina, se revoca la resolución recurrida en cuanto otorga legitimación al Defensor del Pueblo y se la confirma en lo principal. Con costas. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase. CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ANTONIO BOGGIANO — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ — E. RAUL ZAFFARONI (*en disidencia parcial*).

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional carece de fundamentación suficiente.

Que, por su parte, los recursos deducidos por las Asociaciones de Esclerosis Múltiple de La Pampa, Mendoza, Corrientes, La Asociación de Esclerosis Múltiple de la Argentina y el Defensor del Pueblo son inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, y oído el señor Procurador General se declaran mal concedidos los recursos extraordinarios interpuestos e improcedente el recurso de hecho. Notifíquese. Archívese la queja y devuélvanse los autos principales. CARLOS S. FAYT.

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

Que adhiero al voto de la mayoría en cuanto —por remisión al dictamen del señor Procurador General— declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional y confirma la sentencia apelada en lo principal que decide, con costas, como también respecto de los remedios federales que se desestiman, con excepción de lo que resuelve respecto de la legitimación del señor Defensor del Pueblo, tema que —según estimo— dada la forma en que se pronuncian los jueces del Tribunal sobre los restantes aspectos de la cuestión, carece de incidencia en el fondo del asunto. E. RAUL ZAFFARONI.

Derecho a la vida y a la salud - Menores - Discapacitados - Ley 22.431 (52) - Obligaciones del Estado - Sistema Unico de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad - Ley 24.901 (53) - Carga de adoptar las medidas razonables.

Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. - Direc. Gral. de Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo. 08/06/2004 - Fallos: 327:2127.

Antecedentes:

Los padres de una menor discapacitada iniciaron un amparo contra la Fuerza Aérea Argentina a fin de que se haga cargo del tratamiento integral de salud de aquélla.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la decisión de grado que hizo lugar al amparo, al estimar que no había sido invocada la adhesión de la Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad (art. 1º, ley Nº 24.901), y que para acceder a una cobertura pública en materia de discapacidad debían gestionarse los beneficios otorgados por el Estado Nacional en el marco de lo dispuesto por el Dec. Nº 762/97 y previsiones concordantes. Contra dicha decisión, la actora dedujo recurso extraordinario.

La Corte Suprema, por mayoría, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la resolución apelada.

En disidencia, los jueces Petracchi, Belluscio y Boggiano, declararon procedente el recurso y confirmaron la resolución, por entender que la Fuerza Aérea Argentina no había adherido al sistema de las leyes Nº 23.660 y 23.661, ni al de la ley 24.901, en virtud de lo cual el tratamiento integral no era, en principio, alegable en relación a la entidad demandada.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Inteligencia de las previsiones federales que tutelan los derechos a la vida y salud de los menores y discapacitados.** (Mayoría: remisión al Acápito VII del dictamen del Procurador General, Disidencia de los jueces Petracchi, Belluscio y Boggiano: remisión al Acápito VII del dictamen del Procurador General).
- b) **Prestaciones a cargo de la Fuerza Aérea Argentina** (Mayoría: remisión al Acápito VIII del dictamen del Procurador General).

(52) **Nota de Secretaría:** Sistema de protección integral de los discapacitados.

(53) **Nota de Secretaría:** Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

***Estándar aplicado por la Corte:*** (54)

- La Fuerza Aérea Argentina debe cubrir en forma integral las prestaciones básicas por discapacidad al tener tutela constitucional el derecho a la vida y a la salud y por la índole de obligaciones que conciernen al Estado Nacional en su condición de garante primario del sistema de salud —inclusive en el orden internacional— sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepagada.

- Si bien la Fuerza Aérea Argentina no adhirió al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 y habiéndose resaltado la obligación de la autoridad pública de emprender acciones positivas a fin de promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, en particular los que presenten impedimentos físicos o mentales, no le resulta ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de la menor discapacitada a los beneficios de la seguridad social con el alcance integral que en esta materia estatuye la normativa tutelar (55).

- La protección y la asistencia integral a la discapacidad que constituye una política pública de nuestro país y el interés superior de un menor conllevan, en el contexto de particular urgencia invocado en el litigio, a no imponer a la menor discapacitada que acuda a los órganos a que se refiere la reglamentación de las leyes 22.431 y 24.901, sino imponer a la Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance —con compensación de los gastos que irroque el tratamiento ante los órganos competentes— o, más ampliamente, articular con aquéllos un mecanismo que permita contar a la niña con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación (56).

Texto del Fallo:**Dictamen del Procurador General**

Suprema Corte:

I. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala 1), revocó la decisión de grado que hizo lugar al amparo promovido por los padres de una menor

(54) **Nota de Secretaría:** En el mismo sentido, ver “Gallardo, Guadalupe y otros c/ Dirección de Ayuda Social para el Pers. Del Congreso s/ sumarísimo” (Fallos: 330:228).

(55) En el mismo sentido, se pronunció la Jueza Highton de Nolasco en la causa “Gómez, Mirta Liliana y otros c/ Dirección de Bienestar de la Armada y otro” (Fallos: 327: 5270).

A su vez, la Corte, haciendo suyos los argumentos de la Procuradora Fiscal, reiteró este criterio en la causa “Segarra, Marcelo Fernando c/ Instituto de Obra Social del Ejército s/ sumarísimo” (Fallos: 331:1449), con remisión a la doctrina del fallo “Franchi, Héctor Laerte s/ jubilación” (Fallos: 313:579), respecto a que la ley 22.431 instituyó un sistema de protección integral de las personas discapacitadas tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, tratando de establecer un régimen particular en relación con los derechos de los discapacitados.

(56) **Nota de Secretaría:** Vr., en sentido similar, “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” (Fallos: 329: 4918).

discapacitada contra la Fuerza Aérea Argentina a fin de que se haga cargo del tratamiento integral de la misma (v. fs.108/113). Para así decidir, en lo que interesa, estimó que: a) no ha sido invocada la adhesión de la Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad (art. 1º, ley Nº 24.901); y, b) para acceder a una cobertura pública en materia de discapacidad deben gestionarse los beneficios otorgados por el Estado Nacional en el marco de lo dispuesto por el decreto Nº 762/97 y previsiones concordantes (fs. 129/130).

Contra dicha decisión, la actora dedujo recurso extraordinario (v. fs. 138/152), que fue contestado por la demandada (fs. 157/159) y concedido —parcialmente— a fs. 160.

II. En suma, la recurrente estima que la solución provista por la a quo interpreta erróneamente diversos preceptos de las leyes Nº 22.431 y 24.901 y decretos. Nº 762/97 y 1193/98, al tiempo que contraría lo dispuesto por los artículos 14, 16, 18, 28, 31, 33, 42, 75, incisos 19, 22 y 23, y 99, inciso 2, de la Constitución Nacional y dispositivos concordantes de tratados internacionales —particularmente, el artículo 23, incisos 1 y 2, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño— al desconocer el derecho de su hija discapacitada a recibir una cobertura integral para su patología. Reprocha, además, la índole arbitraria del pronunciamiento.

III. Ante todo, es menester resaltar que, al pronunciarse respecto de la admisibilidad del recurso, la alzada —como se anticipó— lo concedió sólo en lo que atañe a los alcances conferidos a la ley Nº 24.901 y decretos. Nº 762/97 y 1193/98 (fs. 161 vta.); no así en lo que se refiere a la arbitrariedad. De ahí, puesto que la actora no dedujo recurso de hecho, que la jurisdicción ha quedado expedita sólo en la medida en que la queja ha sido concedida por el tribunal (doctrina de Fallos: 318:1246 y sus citas, entre muchos otros).

IV. La impugnación de la recurrente atañe a la aplicación e inteligencia de previsiones federales que tutelan los derechos a la vida y salud de los menores, por lo que resulta admisible el recurso extraordinario (cfse. Fallos: 323:3229; 324:3569; etc.). En ese plano, V.E. no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del tribunal, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto debatido (v. Fallos: 320:1602; 323:1656, etc.).

Ello no importa desconocer que, en tanto la alzada remite —a fin de acceder a una cobertura pública— al régimen del decreto Nº 762/97, el resolutorio podría entenderse privado de la índole definitiva a que se refiere el art. 14 de la ley Nº 48. No obstante, dada la naturaleza de los intereses en debate, e inclusive, lo dicho por la actora en orden a la conveniencia de que el tratamiento asistencial continúe en el ámbito en que se desarrolla en la actualidad, estimo que ésta es la ocasión oportuna para interpretar los preceptos en juego a fin de tutelar debidamente los derechos comprometidos en el litigio (doctrina de Fallos: 318:1246, etc.).

V. Conviene señalar que no se discute en el caso la índole de relación que une a las partes ni la patología que aqueja a la menor, sino, si atañe a la demandada la obligación de cubrir en forma integral las prestaciones básicas por discapacidad que la actora reclama.

A partir de lo dicho por V.E., particularmente, en Fallos: 323:3229 y 324:3569, ha quedado en claro no sólo el plano constitucional en que sitúa el asunto sino, también, la índole de obligaciones que conciernen al Estado Nacional en su condición de garante primario del sistema de salud —inclusive en el orden internacional— sin perjuicio de las que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga (cfse., además, Fallos: 321:1684 y 323:1339, entre otros antecedentes sobre el tema).

Así, en el precedente de Fallos: 323:3229, V.E. resaltó con nitidez que las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública (cfse. cons. 31), y que la ley N° 22.431 obliga al Estado a garantizar a los menores discapacitados los tratamientos médicos en la medida en que no pudieren afrontarlos las personas de quienes dependen o los entes de obra social a que estén afiliados (cons. 32). En un sentido similar, se pronunció en Fallos: 324:3569, cons. 15 y siguientes.

Vale apuntar que ya en el precedente registrado en Fallos: 313:579, V.E. se refirió al propósito integral de la protección inherente al sistema instaurado por la ley N° 22.431, dirigido a abarcar todos los aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados (cons. 5°).

VI. Precisado lo anterior, cuadra, primero, determinar si la demandada puede entenderse sea uno de los organismos del Estado Nacional a que se refieren los artículo 4° de las leyes N° 22.431 y 24.901, tal como asevera la actora en su presentación federal, o, en su caso, cual resulta la índole y el alcance de sus obligaciones en el estricto diseño de la normativa en examen.

Entiendo que la respuesta a tales interrogantes comienza a partir de la lectura del citado artículo 4° de la ley 22.431, que establece que el Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con discapacidad no incluidas en el sistema de obras sociales, en la medida que aquéllas o las personas de quienes dependan no pudieren afrontarlas, los servicios que enumera.

A su turno, el artículo 2° del decreto 762/97, considera beneficiarias del Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, a aquellas personas discapacitadas, incorporadas o no al sistema de seguridad social, que acrediten su patología mediante el certificado establecido en el artículo 3° de la ley N° 22.431 y que requieran, para su plena integración, de las prestaciones básicas que se enumera en el anexo I.

El artículo 2° de la ley N° 24.901, por su parte, sienta la obligación de las obras sociales enunciadas en el artículo 1° de la ley N° 23.660, de proveer la cobertura total de las prestaciones básicas incluidas en la norma; puntualizando el artículo 4°, para el caso de personas discapacitadas carentes de cobertura de obra social, su derecho a las prestaciones reconocidas en el sistema a través de los organismos dependientes del Estado.

En el precepto reglamentario de la ley N° 24.901 —dec. N° 1193/98—, puntualmente, se precisa la situación de las obras sociales no comprendidas en el citado artículo 1° de la ley N° 23.660, al establecerse que las mismas podrán adherir al Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad (art. 2°); pautándose, a su turno, para el caso de personas con discapacidad sin cobertura suministrada por ente, organismo o empresa y sin recursos económicos suficientes, la posibilidad de obtener las prestaciones a través de los organismos del Estado Nacional, Provincial o Municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, según corresponda, adheridos al sistema.

Por último, el mismo dispositivo reglamentario establece, respecto de los organismos dirigidos a brindar cobertura al personal militar y civil —activo o pasivo— de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, la posibilidad de optar por su incorporación al sistema mediante la firma del correspondiente convenio de adhesión (v. art. 8°, dec. 1193/98).

En el plano público, por su parte, sin perjuicio de la responsabilidad atribuida en cada materia a los respectivos ministerios, la normativa remite al accionar de un conjunto de

organismos con competencia específica, a los que se refieren, entre otros preceptos, los artículos 14 del decreto N° 762/97 y 1° del Anexo B: Anexo I, del decreto N° 1193/98.

VII. De la reseña anterior emerge, en primer lugar, que los organismos del Estado a que se hace referencia son, primariamente, en la inteligencia de la precitada normativa, los del artículo 14 del decreto N° 762/97 y concordantes del N° 1193/98 (v., en especial, art. 1°, Anexo B: Anexo I). Ello es así, en el marco de la tarea rectora que atañe, en este orden, al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, según lo expresado en Fallos: 323:3229 y 324:3569. Tales entes habrán de contar para el desarrollo de su tarea con los fondos que prevén, principalmente, los artículos 11, inciso f), del decreto N° 762 /97 y 7°, inciso e), de la ley N° 24.901.

En segundo término, que entidades como la demandada aparecen expresamente aludidas en el anterior detalle normativo, en atención a lo dispuesto por los artículos 2 de la ley 24.901 y 2 y 8 del decreto 1193/98. Así, estimo, se trata la Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea (DIBPFA), de uno de los entes a que se refiere el artículo 1, inciso g), de la ley 23.660, cuya inclusión en las previsiones de tal normativa aparece condicionada a que "... adhieran en los términos que determine la reglamentación..." (v. fs. 61: Resol. FAA N° 682/98).

A su turno, también la reglamentación de la ley 24.901, al ocuparse de las obras sociales no comprendidas en el artículo 1 de la ley N° 23.660, puntualiza que podrán adherir al Sistema de Prestaciones Básicas (art. 2) y, en el caso puntual de "... los organismos que brindan cobertura al personal militar y civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad..." y a los pensionados y jubilados de dichos ámbitos, como así también todo otro ente de obra social... estatuye que "... podrán optar por su incorporación al sistema mediante convenio de adhesión..." (art. 8).

Es claro, en mi perspectiva, puesto que no se debate que la Fuerza Aérea Argentina no adhirió al sistema de las leyes N° 23.660 y 23.661, y tampoco se ha invocado aquí —como lo resalta la a quo— la adhesión de la Institución al sistema de la ley N° 24.901 (v. fs. 130), que la preceptiva en cuestión no es alegable —al menos prima facie— en relación a la entidad demandada; máxime, cuando el régimen de financiación previsto para las prestaciones a cargo de las obras sociales, reglado por los artículos 11, inciso a), del decreto 762/97 y 7, inciso a), de la ley N° 24.901, supone la pertenencia al sistema de las leyes N° 23.660 y 23.661.

VIII. Expuesto lo anterior, entiendo que no cabe asentir a las objeciones de la actora relativas a la índole facultativa de la adhesión al sistema de la ley 24.901 por parte de la demandada, ni a la falta de reconocimiento a sus afiliados de la posibilidad de optar por otras prestadoras, toda vez que dicha crítica, huérfana del correlativo planteo constitucional oportuno y fundado, según es menester, no excede la expresión del mero desacuerdo de la actora con las características del citado régimen, así como con el que gobierna a la entidad accionada.

Empero, aun admitido ello, considero que no puede escapar a este examen, en primer término, que la protección y la asistencia integral a la discapacidad —como se ha explicitado con fundamento, especialmente, en las leyes N° 22.431 y 24.901 y en jurisprudencia de V.E. que pone énfasis en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia— constituye una política pública de nuestro país; y, en segundo, que lo decidido compromete el "interés superior..." de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención sobre los Derechos del Niño (v. Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:854, 2021; 2388; 3229; 324:122, 908, 1672) de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (v. Fallos: 318:1269; 319:3370; 320:1292; 322:328; 323:854, 2021; 324:908; y, recientemente, S.C. M. N° 1116, L. XXXVI, "M., A. y otros s/ abuso deshonesto", sentencia del 27 de junio del corriente y S.C. P. N° 709, L. XXXVI, "Portal de Belén — Asociación

Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, del 05 de marzo, también, de 2002).

A este respecto, conviene recordar que, como señalaron los jueces Fayt y Moliné O'Connor en Fallos: 318:1269 —a quienes se sumó el juez López en Fallos: 318:1676— los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda; siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención citada impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos —según parecer de Fallos: 322:2701 y 324:122; y voto de los jueces Moliné O'Connor y López en Fallos: 324:975— y que viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos, no es admisible pueda resultar notoriamente dejada de lado por un ente como la Dirección General de Bienestar para el Personal de la Fuerza Aérea, situado, finalmente, en órbita del Ministerio de Defensa de la Nación; es decir, del Poder Ejecutivo Nacional.

Y es que no en balde V.E. ha resaltado la impostergable obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales (cfse. Fallos: 324:3569), cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales (Fallos: 323:3229).

Es precisamente en este punto en el que considero que comienza a asistir razón a la actora, desde que las anteriores circunstancias imponían, a mi entender, otro tipo de conducta por parte de la demandada respecto de quien, en definitiva, en su calidad de afiliado, se limitó a pedir que se complete el reconocimiento hasta aquí parcial del tratamiento médico indicado a su hija menor discapacitada. En efecto, la accionada no acreditó haber encarado siquiera gestión alguna tendiente a encauzar el requerimiento de la actora por ante las instancias competentes, limitándose en todo momento a negar su responsabilidad y a argüir diversas limitaciones de tenor presupuestario que, conforme sus dichos, estarían aquejándola; en un plano en el cual no puede entenderse le resultara ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance que fuera menester para lograr la realización plena de los derechos de la menor discapacitada a los beneficios de la seguridad social (cfse. Fallos: 321:1684; 324:3569), con el alcance integral que en esta materia estatuye la normativa tutelar a que se hizo varias veces referencia (v. Fallos: 313:579).

Lo anterior es así, en tanto que, situados siempre en el contexto de particular urgencia invocado en el litigio, no advierto la razonabilidad de imponer a la aquí actora —menos actualmente— que acuda a los órganos a que se refiere la reglamentación de las leyes 22.431 y 24.901; máxime, cuando tampoco advierto, a priori, inverosímil que la demandada pueda gestionar la compensación de los gastos que irrogue el tratamiento de la menor ante los órganos competentes o, más ampliamente, articular con aquellos un mecanismo que, sin transitar por los extremos puntuales a que se refiere el artículo 8º del decreto 1193/98, permita contar a la niña con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación.

Señalo en orden a lo anterior que, si bien a propósito de un reclamo vinculado con prestaciones alimentarias a favor de un menor, V.E. interpretó que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda

conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso dirigido contra los organismos a que se hizo referencia en el acápite anterior y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (v. Fallos: 324:122, etc.); la suspensión de los cuales, como recuerdan con cita de preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los ministros López y Moliné O'Connor, no puede ser admitida bajo ninguna circunstancia (cfse. Fallos: 324:975).

IX. Por lo expresado, entiendo que corresponde admitir la presentación y revocar la sentencia. Buenos Aires, 31 de Octubre de 2002. NICOLAS EDUARDO BECERRA.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 8 de junio de 2004.

Vistos los autos: “Martín, Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Arg. Direc. Gral. Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”.

Considerando:

Que el Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador General, a cuyos términos corresponde remitirse por razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Con costas (art. 68, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO (*en disidencia*) — ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — MARINA COSSIO DE MERCAU — JORGE OSCAR MORALES.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE DOCTOR DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ANTONIO BOGGIANO

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, al revocar lo resuelto en la instancia anterior, rechazó el amparo promovido por los padres de una menor discapacitada a fin de que la demandada se haga cargo de su asistencia integral. Contra tal pronunciamiento la actora interpuso recurso extraordinario de fs. 138/152, concedido parcialmente a fs. 160.

2º) Que con relación a la procedencia formal del recurso extraordinario y a la interpretación y aplicación de leyes federales en juego, esta Corte comparte lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación (capítulos III a VII), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

3º) Que ello determina la improcedencia del amparo ante la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el actuar de la demandada, que ajustó su accionar a la normativa aplicable al caso (Fallos: 310:567; 311:1313; 313:101, entre otros).

4º) Que, por lo demás, cabe señalar que los precedentes de Fallos: 323:3229 y 324:3569 no guardan analogía con el presente.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance con el que ha sido concedido y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — ANTONIO BOGGIANO.

Derecho a la salud - Acción de amparo - Obras sociales - Interés superior del niño.

Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo. 23/11/2004 - Fallos: 327:5210.

Antecedentes:

La Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina desestimó la solicitud para realizar en el exterior un tratamiento médico a la hija del actor que padecía atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdnig-Hoffman). Con el patrocinio de la defensora pública oficial interpuso acción de amparo respecto de la resolución.

El magistrado que intervino hizo lugar al pedido y ordenó que la demanda arbitrara los medios para el traslado de la niña.

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca declaró la nulidad de lo resuelto y rechazó la acción de amparo. La señora defensora oficial dedujo recurso extraordinario que denegado dio lugar a la queja.

La Corte —por mayoría— revocó la sentencia apelada e hizo lugar al amparo sosteniendo que las medidas adoptadas para facilitar un justo desenlace pudieron y debieron ser empleadas en las instancias anteriores a fin de obtener un reconocimiento del interés superior a que se refiere el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Acción de Amparo. Interés superior del niño.** (Considerando 9º).
- b) **Derecho a la salud.** (Considerando 10).
- c) **Obligación obras sociales** (57). (Considerando 18).

(57) **Nota de Secretaría:** Respecto a la obligación de las obras sociales de cubrir tratamientos o intervenciones en el exterior, la Corte Suprema dictó la Resolución 1699/01 (Fallos: 324:3988), mediante la cual no hizo lugar a la avocación que se le había solicitado en un expediente administrativo iniciado por afiliados a la Obra Social del Poder Judicial, tras la negativa de ésta de acoger su petición. Los reclamantes habían pedido la cobertura de la totalidad de los gastos médicos necesarios para solventar una “Operación de Norwood”, tratamiento sugerido para paliar la enfer-



Estándar aplicado por la Corte:

- Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.
- Cuando no se atiende al propósito sustancial de la acción de amparo, y este es el de preservar la vida, la salud y la integridad física de un menor que se halla ante un grave riesgo, se comprometen derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.
- Habida cuenta del objetivo primordial de la acción de amparo y de que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 sobre protección integral de las personas con discapacidad, corresponde declarar el derecho de la menor interesada a obtener los cuidados que su estado requiere.

Texto del Fallo

Dictamen del Procurador Fiscal:

Suprema Corte:

El tribunal, a efectos de contar con mayores elementos de juicio para una acabada solución de esta causa, solicitó al Cuerpo Médico Forense que, luego de evaluar las circunstancias y documentos que la integran y a “tenor del estado actual de los conocimientos científicos”; informe si existían tratamientos comprobados para evitar el deterioro progresivo de la enfermedad de la menor interesada y, además, señale cuál es el aconsejado para “mejorar su calidad de vida” y los lugares en que pueda ser llevado a cabo eficazmente en el país (v. fs. 81).

Respondiendo dicho informe, así como los solicitados posteriormente por el Tribunal, de los que surge que puede ser llevado a cabo en el Hospital de Pediatría “Profesor Dr. Juan P. Garrahan”, y dado que tal conclusión fue aceptada, tanto por el defensor público oficial cuanto por el padre de la menor en ejercicio de la patria potestad, quien, a su vez, sostuvo que, en ta-

medad Síndrome de hipoplasia ventricular izquierda que padecía su hijo no nato, en un Hospital de Estados Unidos de América.

La Dirección Médica de la Obra Social les informó que no brindaba cobertura fuera de los límites de la República, que la Operación se realizaba en el país y puso a consideración de los interesados las distintas alternativas institucionales. La Corte Suprema, por mayoría, no hizo lugar a la avocación por entender que no se observaba en el caso un supuesto de excepción que autorizara una solución diversa. Agregó que el principio de solidaridad exigía una correcta y cuidadosa administración de las finanzas de la Obra Social pues, de no ser así, la solidaridad devendría ilusoria y que en ese momento cualquier contribución de carácter extraordinario repercutiría indefectiblemente en forma desfavorable en los derechos del conjunto de los afiliados, que con su aporte personal permitían el mantenimiento de la cobertura que les correspondía.

les condiciones el objeto de la acción que articuló está satisfecha (v. fs. 100), considero que un pronunciamiento respecto de los agravios que sobre ese punto se alegan en esta presentación directa, resulta a esta altura abstracto.

Sin perjuicio de ello, creo necesario señalar que las pautas que V.E. sentó entre otras, en una causa análoga (Fallos: 323:3229), tanto las referidas a la prevención de la salud y a la obligación de lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (v. incs. 15 a 21), cuanto las relativas a quienes deben procurar el pleno goce de tales derechos (v. considerandos 22 a 25) como a mi juicio parece debe serlo, trascienden las peculiaridades de dicha causa y revisten el carácter general que expresa el criterio del Tribunal. Por lo tanto, de ser compartidas por V.E. en su actual integración, correspondería que los gastos que insuma el mentado tratamiento y los derivados de él, en las condiciones explicitadas por el Honorable Cuerpo Médico Forense, sean solventados por la Obra Social que cubre a la menor interesada.

En términos tales, y dado que el punto referente a las costas resulta ajeno a mi dictamen, dejo contestada la vista que V.E. me corrió oportunamente, sin ahondar más al respecto dada la premura que exige el delicado tema, en el que sustancialmente se destaca la procedencia del resguardo de la salud de la niña, que, no me parece ocioso señalar, debieron, antes de las formalidades procesales del caso, privilegiar los jueces de la causa, como lo ha demostrado con sus medidas V.E. Buenos Aires, 22 de octubre de 2004. Felipe Daniel Obarrio.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 23 de noviembre de 2004.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Sergio Adrián Maldonado en la causa Maldonado, Sergio Adrián s/ materia: previsional s/ recurso de amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que el actor, patrocinado por la señora defensora pública oficial ante la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, interpuso acción de amparo respecto de la resolución de la Superintendencia de Bienestar de la Policía Federal Argentina que había desestimado su solicitud de ayuda económica para realizar en el exterior un tratamiento médico a su hija, menor de edad, que padece de atrofia muscular espinal (enfermedad de Werdnig-Hoffman).

2º) Que el magistrado que intervino hizo lugar al pedido y ordenó a la demandada que arbitrara los medios para que la niña fuese trasladada al *Centro Internacional de Restauración Neurológica* (CIREN) de la ciudad de La Habana, República de Cuba, con el fin de continuar la terapia que había sido iniciada tres años antes en ese lugar con la aprobación de la misma obra social.

3º) Que, a tal efecto, después de haber recabado diferentes informes a instituciones oficiales y a las embajadas de los Estados Unidos de América, de la Federación de Rusia y de la República de Cuba acerca de las características de la enfermedad y de su eventual remedio en el orden nacional e internacional, el juzgador tuvo en cuenta para decidir que los profesionales del *Complejo Médico de la Policía Federal Argentina Churruca-Visca* habían dictaminado que ningún tratamiento podía cambiar la evolución funcional de la paciente por ser “irremediablemente progresiva y fatal”, y consideró que a pesar de que debían practicarse terapias paliativas

y que la obra social las había dispuesto en el *Centro Médico Internacional de Rehabilitación Integral Dr. Roberto Quiñones Molina (REHABIMED)* de la Provincia de Buenos Aires, el estado de salud de la niña continuaba declinando, mientras que en Cuba había logrado con anterioridad progresos evidentes.

4º) Que, además, el juez entendió que subsistían las “razones humanitarias” que habían justificado en su oportunidad el traslado de la afiliada y su atención en la clínica CIREN, e hizo mérito de que la demandada no había alegado la imposibilidad económica de reiterar ese procedimiento. Por lo tanto, y por aplicación de diversas cláusulas de tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional, concluyó que no existían argumentos válidos para negar el derecho a obtener en el exterior la mejor calidad de vida posible (conf. arts. 33, 43 y 75, inc. 22, de la Ley Suprema; XI y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros).

5º) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca declaró la nulidad de lo resuelto y rechazó la acción de amparo, con costas. Señaló que en la demanda se había pedido que la rehabilitación se realizase en la Clínica *Primavera* de la ciudad de Moscú y que el cambio extemporáneo de ese destino por Cuba en razón de no haberse logrado información cierta acerca de aquel establecimiento, excedía los límites de la *litis* y lesionaba el derecho de defensa de la demandada.

6º) Que la alzada también reprochó la valoración de la prueba en la instancia anterior e interpretó que no mediaba violación de derechos constitucionales o arbitrariedad que dieran sustento al reclamo, pues la obra social había prestado asistencia adecuada y no cabía alegar ineficiencia o lentitud cuando la terapia en el centro médico de la Provincia de Buenos Aires (REHABIMED) fue abandonada por voluntad de la familia después de haberse cumplido el veinte por ciento de las sesiones propuestas.

7º) Que contra ese pronunciamiento, la señora defensora oficial dedujo recurso extraordinario que, denegado, dio lugar a la presente queja. A dichas actuaciones adhirió la señora defensora oficial ante la Corte, quien asumió la representación de la hija del demandante y sostuvo la procedencia del remedio federal por arbitrariedad de la sentencia y por hallarse en juego la inteligencia y aplicación de normas de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que resguardan la vida y la salud, según se detallan en el escrito correspondiente.

8º) Que los apelantes sostienen que con excesivo rigor formal y apartamiento de los hechos de la causa el *a quo* se ha desentendido del interés superior de la menor (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño) y clausurado una vía apta para procurar la rehabilitación que le es debida y que en el país no ha podido ser lograda. Argumentan que se ha demostrado que la interrupción del tratamiento en el exterior no sólo impidió continuar con su evolución, sino que le significó un notorio retroceso en las habilidades adquiridas; que son falaces los argumentos del *a quo* referentes al abandono voluntario de la terapia en Buenos Aires (REHABIMED) y que el fallo no ha tenido en cuenta las serias objeciones de los especialistas que han informado acerca de las técnicas utilizadas en ese lugar.

9º) Que este Tribunal ha resuelto reiteradamente que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos: 324:122; causa L.1153.XXXVIII “Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado

Nacional” del 15 de junio de 2004, conf. dictamen del señor Procurador General de la Nación, y sus citas).

10) Que la decisión del *a quo* ha soslayado dichas pautas. Con un razonamiento ritual, impropio de la materia que se debate, ha hecho hincapié en la extemporaneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, que ha sido, en definitiva, preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, lo que compromete derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país (fs. 78/86; 300/301 vta. de los autos principales; arts. 3º, 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Fallos: 323:3229; 324:3569 y sus citas).

11) Que los fundamentos de los magistrados no se compadecen con las circunstancias del caso. El tratamiento realizado en la Provincia de Buenos Aires a que hace referencia el fallo para rechazar el reclamo, fue concluido por decisión de la propia obra social, como surge de las declaraciones efectuadas por profesionales de la propia demandada, por el actor y por la técnica en rehabilitación que atendía a su hija al momento de resolverse la causa, que coinciden con las explicaciones dadas por el centro REHABIMED, elementos que no han sido evaluados correctamente por el juzgador (fs. 111/116, 263/266 vta., 298/301 vta. y 305/306 de los autos principales). En consecuencia, resulta dogmático el reproche basado en el abandono voluntario de la atención recibida.

12) Que, en tales condiciones, frente al deterioro progresivo de la salud —denunciado a lo largo del juicio— sin que se hubiesen adoptado medidas apropiadas en las instancias de grado y con el fin de evaluar el interés superior de la niña, cuya tutela encarecen las normas internacionales (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño), esta Corte requirió informe al Cuerpo Médico Forense acerca de la existencia de tratamientos para la enfermedad y de instituciones que desarrollen en el ámbito nacional terapias eficaces dirigidas a mejorar la calidad de vida (fs. 81 de la queja).

13) Que el dictamen del médico forense es ilustrativo en orden a que en el estado actual de los conocimientos científicos la enfermedad de Werdning-Hoffman no tiene cura conocida. Sin embargo, sus complicaciones pueden ser contrarrestadas o limitadas con métodos específicos y rehabilitación en uno o más establecimientos del país, según se detallan en el informe correspondiente (fs. 82/95).

14) Que la necesidad de dar solución acorde con las características de la patología y las situaciones de riesgo que provoca, ha llevado a este Tribunal a disponer también que se practicara en el Hospital de Pediatría Prof. Dr. Garrahan una evaluación médica completa, con indicación del plan terapéutico sugerido para el alivio de la menor. Los resultados del ateneo científico reunido con esa finalidad dan cuenta de su estado actual de salud y de la conveniencia de realizar una intervención quirúrgica correctiva, además de un seguimiento integral de la paciente con equipos interdisciplinarios (fs. 101, 108/110, 125/126).

15) Que la suma de opiniones recabadas por esta Corte confirman que la evolución de la enfermedad diagnosticada depende no sólo de factores personales sino también de la asistencia sanitaria oportuna que pueda prevenir y contener las consecuencias negativas que regularmente se producen en estos casos, para lo cual es imprescindible la participación conjunta de profesionales de diversas áreas y de instituciones cercanas al domicilio de la familia (fs. 121/122, 123/124, 127/128, además de las ya citadas). Por ello, el problema de autos no puede ser resuelto con una mera renovación de los tratamientos realizados dentro o fuera del país.

16) Que, en efecto, la menor requiere terapias de rehabilitación continuadas en el tiempo, de intensidad progresiva y seguimiento profesional constante, exigencias que no han sido satisfechas por la obra social (conf. observaciones de la doctora Rossi, médica del hospital Churruca-Visca y de la técnica en rehabilitación, a fs. 111/111 vta., 263/264 y 298/301 vta. de los autos principales, que han quedado revalidadas con los resultados de los exámenes en la queja), ni podrían ser cubiertas con tratamientos contingentes fuera del país, como se desprende de las explicaciones de los profesionales consultados por esta Corte.

17) Que las medidas sugeridas por el Cuerpo Médico Forense y la labor desarrollada hasta el presente por los especialistas del Hospital Garrahan, acerca de lo cual han sido oídas las partes, demuestran acabadamente que existen en la República Argentina condiciones concretas para dar la atención sanitaria que es debida a la niña y organizar su continuidad en lugares accesibles para la familia, con miras a alcanzar el mayor nivel posible de bienestar personal de la paciente, lo que ha quedado corroborado por el actor y los funcionarios de la Defensoría Oficial, que han prestado conformidad con el tratamiento propuesto (fs. 99, 100/100 vta. y 130).

18) Que, en consecuencia, habida cuenta del objetivo primordial de la acción de amparo y de que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901, sobre protección integral de las personas con discapacidad, corresponde admitir la demanda y declarar el derecho de la menor interesada a obtener los cuidados que su estado requiere, en las condiciones indicadas por el Cuerpo Médico Forense y los especialistas del Hospital de Pediatría “Profesor Dr. Juan P. Garrahan”.

19) Que, por lo tanto, deviene abstracto pronunciarse sobre la negativa de rehabilitación en el exterior, como lo expresa el señor Procurador Fiscal en su dictamen, cuyos fundamentos este Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse que las medidas que en esta instancia excepcional se han adoptado para facilitar un justo desenlace del caso, pudieron y debieron ser empleadas en las instancias anteriores en vistas a obtener un eficaz reconocimiento del interés superior a que se refiere el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

20) Que, por lo demás, las razones dadas en el mencionado dictamen para justificar la obligación de la demandada de cubrir los gastos devengados y que se deriven del tratamiento que se ordena por la presente, se ajustan a los principios constitucionales que dieron lugar a la doctrina sentada por esta Corte en Fallos: 323:3229; 324:3569 y en el caso L.1153.XXXVIII “Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional” del 15 de junio de 2004, ya citados, a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, también corresponde remitir.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y, por ser innecesaria mayor sustanciación, se hace lugar a la acción de amparo con el alcance que surge de los considerandos precedentes. Con costas. Agréguese la queja al principal, practíquese la comunicación a la Procuración del Tesoro a los fines de lo dispuesto en el art. 6º de la ley 25.344. Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

Obras Sociales - Medicina prepaga - SIDA - Afiliación.

V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo 02/12/2004 Fallos: 327:5373.

 **Antecedentes:**

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado el reclamo formulado contra la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles para la obtención de la cobertura médico-asistencial en condición de adherente voluntario al considerar que dicho ingreso estaba supeditado al exclusivo criterio del ente asistencial (art. 3.1 del reglamento aprobado por resolución N° 165/98 de la Superintendencia de Servicios de Salud).

El actor dedujo recurso extraordinario que denegado dio lugar a la queja.

La Corte, por mayoría y remitiendo al dictamen del señor Procurador General, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y condenó a la demandada a incorporar al actor al plan médico solicitado.

 **Algunas cuestiones a resolver:**

- a) **Empresa de medicina prepaga - Obra social.** (Mayoría: remisión al dictamen del Procurador General, punto V).
- b) **Voluntad del legislador - VIH-SIDA.** (Mayoría: remisión al dictamen del Procurador General, punto V).
- c) **Solicitud de afiliación.** (Mayoría: remisión al dictamen del Procurador General, punto VII).

 **Estándar aplicado por la Corte:**

- Si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano negocial, más aun cuando reivindican su naturaleza predominante de obra social.

- La ley 23.798 (58) puso de manifiesto la intención legislativa de dar a la lucha contra el VIH el carácter de orden público, así como también de resguardar ciertos valores básicos para asegurar la solidaridad social, propósito en

(58) **Nota de Secretaría:** de Prevención y lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

orden al cual, las posteriores leyes 24.455 (59) y 24.754 (60) no constituyen sino un más que ostensible correlato.

- El rechazo que hace una obra social a una solicitud de adhesión no es razonable por el deseo de desentenderse de la continuidad de un tratamiento en el contexto de una relación jurídica preexistente, toda vez que la facultad del ente asistencial pierde autonomía absoluta y plena debiendo prevalecer una hermenéutica de equidad que favorezca a aquel que pretende permanecer en la relación asistencial, dada su condición de parte más débil.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

I— V.E., con apoyo en que los argumentos aducidos en la presentación extraordinaria y mantenidos en la queja pueden, prima facie, involucrar asuntos de orden federal susceptibles de apreciación en la instancia del artículo 14 de la ley N° 48, declaró procedente el recurso directo del actor y decretó la suspensión del curso del proceso y el mantenimiento de la medida cautelar (fs. 269 y 280).

II— En lo que nos ocupa, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (Sala 3), confirmó la decisión de la anterior instancia que rechazó el reclamo formulado contra la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles (Osecac), dirigido a obtener una cobertura médico-asistencial en condición de adherente voluntario (fs. 165/171).

Para así decidir, expresado en síntesis, consideró que la aceptación del ingreso como beneficiario facultativo a Osecac se encuentra supeditada al exclusivo criterio del ente asistencial, conforme surge del artículo 3.1 del reglamento aprobado por resolución N° 165/98 de la Superintendencia de Servicios de Salud, por lo que la misma es de estricta naturaleza contractual, lo cual obsta a que la denegación sea tildada de discriminatoria, y que, por lo demás, la quejosa puede siempre acudir al sistema de salud pública (fs. 187/189).

Contra dicho pronunciamiento, el actor dedujo apelación federal (fs. 192/199), que fue contestada (fs. 203/213) y denegada a fs. 215, dando lugar al recurso directo de fs. 255/262, declarado por V.E., prima facie, procedente —como se reseñó— a fs. 269.

III— La quejosa alega que la sentencia es arbitraria y que vulnera las previsiones de los artículos 33, 42, 43 y concordantes de la Constitución Nacional; 4, 5 y concordantes del Pacto de San José de Costa Rica (art. 75, inc. 22, de la C.N.) y disposiciones de las leyes N° 23.798; 24.455 y 24.754. Dice que omitió considerar los argumentos basados en el derecho a la vida e integridad físico-psíquica del pretensor, limitándose a tratar lo relativo a la discriminación, soslayando, por otro lado, que atañe al imputado de tal proceder acreditar, en todo caso, la ausencia de una responsabilidad en ese sentido.

(59) **Nota de Secretaría:** Obligación de las obras sociales a cubrir gastos generales por el SIDA.

(60) **Nota de Secretaría:** Régimen aplicable a la medicina.

Señala que omitió también examinar que, en el plano de la afiliación voluntaria, la demandada viene a fungir como una suerte de empresa de medicina pre-paga, resultándole, por tanto, aplicable las normas de la ley N° 24.754 y el temperamento explicitado en Fallos: 324:677 y 754, apreciado todo en el marco de lo que comporta una figura contractual de trascendencia pública, caracterizada, por regla, como de adhesión y consumo.

Hace hincapié, igualmente, situada en el contexto reglamentario de la asistencia médica obligatoria, en que ningún perjuicio puede acarrear a la accionada la afiliación del actor, desde que ella involucra como contraprestación el pago de un importe mensual; y en que la definición de la contienda exigía ponderar la validez y relevancia del precepto aprobado por resolución N° 165/98, a la luz de los especiales valores e intereses en juego (fs. 192/199).

IV— El pretensor, en su condición de dependiente de la firma BG S.R.L., fue beneficiario de Osecac entre octubre de 1993 y marzo de 2001, fecha en que venció el período de excedencia de tres meses a que se refiere el artículo 10 de la ley N° 23.660, a contar desde el despido que lo desvinculó de su empleadora, el que —según lo relatado— se verificó en diciembre de 2000.

El conflicto, en concreto, se suscitó a partir del intento del pretensor de incorporarse como beneficiario voluntario al plan de prestaciones de la demandada conocido como OSECAC TOTAL, pedido que fue rechazado y que el quejoso atribuyó al hecho de padecer el virus del VIH-SIDA desde 1990; agraviándose, entre otros motivos, por entenderse objeto de un trato discriminatorio por parte de la Obra Social (cfse. fs. 13 /18).

Conforme se reseñó, tanto el juez de primera instancia (fs. 165/171) como la Sala (fs. 187/189), asintieron, en definitiva, a la tesitura expuesta por Osecac en orden a que la aceptación de la solicitud de afiliación se hallaba sujeta al exclusivo criterio del ente asistencial, sin que resultara válido inferir de la denegatoria formalizada, agravio alguno.

V— Examinadas las actuaciones, advierto que las partes debatieron a lo largo del proceso, aspectos singularmente vinculados al objeto litigioso que, como bien lo señala el actor, no fueron objeto de una debida consideración por la Sala, ceñida, en este punto —lo digo una vez más— al argumento basado en la índole discrecional de la admisión del requerimiento afiliatorio.

Destaca notoriamente entre ellos, el concerniente a los eventuales derechos de los beneficiarios derivados de una afiliación prolongada a entidades como la demandada, especialmente, en circunstancias de padecimientos como el aquí descripto; máxime, a partir del criterio sentado en Fallos: 324:677; antecedente traído a colación en forma reiterada por el peticionario, junto al publicado en Fallos: 324:754 (fs. 24vta./25, 71, 140, 155 y 180/181).

Se hizo hincapié allí, si bien en referencia al vínculo habido con una entidad de medicina pre-paga, en que se tratan éstas de relaciones jurídicas definidas por la permanencia y continuidad de las prestaciones médicas, en las que la estabilidad de la vinculación es su nota relevante, sin que, en cambio, revista mayor trascendencia que el nexo sea concertado por el propio interesado o por su ex-empleadora en su beneficio, en tanto, subsistiendo la ecuación económica de la relación —extremo asegurado a través del pago de la cuota por el adherente— la economía y el objeto específico del negocio resultan salvaguardados.

Es de remarcar que la analogía existente entre las obras sociales y las entidades de medicina pre-paga —en la que se detiene, por ejemplo, el juez Vázquez en Fallos: 324:754, al subrayar las similitudes jurídicas, económicas y operativas habidas entre unas y otras y, a su vez, entre

éstas y el contrato de seguro— ha sido recogida aquí por la propia Osecac, particularmente, al poner énfasis en las semejanzas habidas entre el régimen jurídico inherente a tales empresas y el que atañe al plan OSECAC TOTAL, al que intentó adherir el actor (fs. 133).

Es en ese ámbito en el que V.E. ha puesto de relieve que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina pre-paga presenta rasgos comerciales, en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso que excede o trasciende el mero plano negocial (Fallos: 324:677 y 754, voto de los ministros Fayt y Belluscio); sin pasar por alto que, amén de lo expresado, la accionada ha reivindicado su naturaleza predominante de obra social, por sobre lo que puede tener de contractual su plan anexo para beneficiarios voluntarios (fs. 133vta.).

A lo expuesto se añade, sin perder de vista que se encuentran aquí en situación de riesgo los derechos a la vida y a la salud del quejoso —sobre cuyo estatuto primordial se explayó VE., entre otros, en los precedentes de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569, con especial referencia, inclusive, en algunos de ellos, a las obligaciones que deben asumir en este punto las obras sociales y entidades de medicina prepaga— que tampoco se hizo cargo la alzada, según es menester, de las objeciones referidas a la falta de fundamentos del rechazo de la solicitud de afiliación presentada oportunamente por el actor.

En efecto, con prescindencia del ligamen jurídico en virtud del cual se relacionaron el accionante y la Obra Social, lo concreto es que, por algo más de siete años, aquél accedió al sistema de prestaciones generales provisto por la demandada. En tales circunstancias y hallándose esta última al tanto de la condición médica del actor —por lo expresado y en razón, además, de lo declarado por el propio peticionario en la solicitud de afiliación (fs. 114/115)— no puede justificarse que se haya descartado sin, al menos, un abordaje específico, la cuestión relativa a si posee sustento la pretensión de la actora de que se le provean razones que justifiquen el rechazo de su pedido de adhesión a la obra social, allende la mención de que “sometida a la evaluación prevista en la reglamentación vigente ... ha sido denegada” (fs. 7).

Adviértase en ese sentido, una vez puesto de resalto por el actor la alta relevancia revestida por su inclusión en el plan facultativo de Osecac —tanto en orden a la continuidad, regularidad y, diría, inclusive, familiaridad con los tratamientos y centros asistenciales de consulta, así como respecto del interés por evitar eventuales períodos de carencia— que aquél situó el rechazo referido en el contexto de un ejercicio abusivo de los derechos, citando la disposición del artículo 1071, 2º párrafo, del Código Civil (v. fs. 182), sin suscitar, empero, consideración alguna por la alzada, como antes había acaecido con el juez de primera instancia.

Igual omisión cabe reprochar respecto del argumento fincado en los derechos constitucionales a la vida y salud del peticionario, invocados ya desde la etapa prejudicial y reiterados a todo lo largo del proceso (cfse. fs. 6, 9, 17/18, 23/25, 70, 180/82, etc.), y a la explícita postulación en base a esos dispositivos, superiores en jerarquía, de la inaplicabilidad del artículo 3.1 del reglamento aprobado por resolución SSS N° 165/98 (cfse. fs. 182), precepto sobre el que se apoyaron, finalmente, las decisiones de ambas instancias.

El citado proceder —situados en un contexto en el que el dictado de la ley N° 23.798 ha puesto de manifiesto la intención legislativa de dar a la lucha contra el VIH el carácter de orden público, así como también de resguardar ciertos valores básicos para asegurar la solidaridad social (v. Fallos: 323:1339, voto del juez Vázquez), propósito en orden al cual, las posteriores leyes N° 24.455 y 24.754 no constituyen sino un más que ostensible correlato— considero que termina de privar de sustento al pronunciamiento de fs. 187/189.

VI— Cabe puntualizar, por lo demás, que la negativa de la demandada a proveer razones que justifiquen el rechazo de la solicitud de afiliación del pretensor, no se ha visto alterada sustancialmente en el derrotero seguido por las actuaciones por ante los tribunales de justicia. En efecto, la Obra Social ha reiterado la adecuación de su accionar a lo establecido por el artículo 3.1 del reglamento aprobado por la resolución N° 165/98 (v. fs. 116/125). No obstante, al menos en una ocasión, ha explicado, también, que el criterio para aprobar las solicitudes “... reside en el objeto mismo de la Obra Social, o sea que en cuanto a prestaciones médicas, tienen prioridad absoluta los beneficiarios naturales de la misma, o sea a quienes debe prestaciones por resultar trabajadores comprendidos en el Convenio Colectivo 130/75...” (el subrayado obra en el escrito original de la demandada); sin que resulte admisible “... distraer fondos de los aportados y debidos a los beneficiarios para atender las necesidades de quienes no están comprendidos en la ley 23.660...” (fs. 135).

La argumentación transcripta sería pasible de varias observaciones, amén de la obvia referida a que hasta hace escaso tiempo y por un lapso considerable el actor fue, también, un empleado de comercio. Destaca entre ellas —situados en el ámbito definido por el artículo 1° de la ley N° 23.798 [declara de interés nacional a la lucha contra el VIH-SIDA] y por las obligaciones instituidas en las leyes N° 24.455 y 24.754— la que se refiere al abono de una cuota mensual por el afiliado-adherente, parte de cuyo monto —no es ocioso resaltarlo— se dirige a coparticipar en el Fondo Solidario de Redistribución de la Superintendencia de Servicios de Salud, extremo que, si hubiera duda de ello, testimonia sobre los vínculos existentes entre el segmento “natural” de la Obra Social y el inherente a las afiliaciones voluntarias (cfse. art. 6.1 y 5 del reglamento aprobado por resolución N° 165/98).

Y es que, frente a la coexistencia en una entidad como la accionada de un segmento prestacional enmarcado en la preceptiva de la ley N° 23.660 y otro que la propia parte ha analogizado con las prestaciones que provee la así llamada medicina pre-paga, resulta cuanto menos controversial, en casos como el aquí examinado, que pueda asentirse a una escisión tan tajante en la conducta y en la responsabilidad como la que la Obra Social esgrime; en especial, atendiendo a lo apuntado en el párrafo anterior y a los propios dichos de la requerida (fs. 135).

Entiendo que, en algún punto, la paradoja implicada en el hecho de que quien en un primer instante defiende su posición aferrado a un argumento de arbitrio contractual relativo al sistema de la resolución 165/98, intente justificar luego su proceder invocando el compromiso asumido con los trabajadores del gremio mercantil (fs. 135), da cuenta en parte de esa dificultad.

A propósito del último estatuto, interesa destacar por su proximidad con lo controvertido aquí, que el artículo 9.1 del aludido reglamento para los beneficiarios adherentes prevé que en ningún caso podrá la Osecac aplicar la cláusula de rescisión del convenio si el afiliado o su grupo social han adquirido alguna patología luego de adscribir al plan; extremo que ilustra nítidamente sobre la existencia de un reproche reglamentario, si bien referido al segmento facultativo, respecto de un obrar que guarda alguna similitud con el que la apelada aquí defiende.

A mi entender, entonces, el examen de la cuestión efectuado por la alzada, soslayó indebidamente ponderar los extremos indicados, privando así de sustento a lo decidido; sin que quepa, a su turno, extremar el rigor en la apreciación del remedio en este punto, habida cuenta la índole de los derechos en juego y puesto que, finalmente, se pretende el resguardo de garantías cuya interpretación ha sido confiada a V.E. (Fallos: 311:2247; 324:677, etc.).

VII— Para concluir, destaco que el actor, tras revistar más de siete años como beneficiario de la accionada y padeciendo el virus del VIH-SIDA, se ve impedido de contar con la asistencia médica intermediada por ésta, en virtud de las razones de que se da cuenta en el dictamen.

En tal contexto, y como se puso de manifiesto en Fallos: 324:677 y 325:677, no puede desconocerse que resultaría más que difícil o acaso imposible para él, en su actual situación, acceder a otra cobertura sanitaria similar, a lo que se suma, como indicó a fs. 13vta., 22, 69, etc., que la patología que porta impone un tratamiento regular y sin dilaciones y que, en estos casos, su ausencia, en forma y tiempo oportuno, aparece como un agravio susceptible de lesionar los sentimientos más hondos del enfermo, amén de implicar, dependiendo el caso de cada afectado, una violación de derechos esenciales en forma inmediata o mediata (Fallos: 323:1339, voto del juez Vázquez). Por otro lado, la solución que propone la Obra Social en la comunicación postal cuya copia obra a fs. 11 (“... insertarse en cualquiera de los programas privados u oficiales de asistencia...”), y que retoma, en parte, la alzada al aludir al sistema de salud pública, amén de lo ya señalado, importa desconocer o prescindir de la más que crítica situación por la que atraviesa hoy el último sector.

Es por ello y dado que, por todo lo expresado, no descarto que V.E. decida ingresar al fondo del asunto y resolver, en definitiva, la cuestión (Fallos: 316:713; 324:677, entre muchos más), que entiendo menester añadir aquí las consideraciones que siguen.

El actor acude por esta vía sumarísima ante los órganos de justicia postulando, en definitiva, que so pretexto de una argumentación de autonomía negocial, la accionada le ha negado la posibilidad de continuar con su cobertura médico-asistencial por ante esa Obra Social.

Reclama, por este medio, la protección de su derecho a la vida y a la salud y a no ser discriminado y aprecio que le asiste razón en su pretensión de amparo jurisdiccional.

Ello es así porque, siempre en referencia a lo ya expresado, estimo que no se evidencia razonable el rechazo de la solicitud de adhesión a la Obra Social, la que sólo cabe entender, frente a la ausencia de una explicación y prueba concluyente en contrario —que, a mi ver, las circunstancias y relevancia de los intereses en juego exigían— y frente al ofrecimiento de resguardo del equilibrio patrimonial de la relación, determinada por el deseo de desentenderse de la continuidad del tratamiento de la dolencia padecida por el actor, antes que, como se preteió, por una decisión de autonomía contractual que, insisto, los extremos de la causa autorizan a descartar.

Es más, en el aludido contexto de una relación jurídica preexistente, estimo que la facultad del ente asistencial viene a perder autonomía absoluta y plena y ha de ser interpretada en forma restrictiva, debiendo prevalecer en casos debatibles como el presente, una hermenéutica de equidad que favorezca a aquel que pretende permanecer en la relación asistencial, dada su condición de parte más débil en el vínculo, y todo ello a favor del principio de buena fe, que debe privar en este tipo de vinculaciones (v. art. 1198, C.C.).

Y es que, como tuve ocasión de puntualizarlo al emitir dictamen en el antecedente de Fallos: 324:677, el que conviene tener a la vista aquí, supuestos como el de marras, aconsejan un abordaje no tan severo y estrechamente negocial del tema, sino uno que tome en cuenta las circunstancias concretas del actor y las particularidades del contexto en el que la relación se inserta. Puesto en otros términos y siempre desde mi perspectiva, los pormenores de la causa imponían— máxime tratándose de una entidad de origen gremial, dirigida mediatamente a proveer prestaciones médico-sanitarias— otro tipo de conducta por parte de la accionada, respecto de quien, en definitiva, en su calidad de antiguo afiliado, enfrentado a las más que

probables limitaciones a la autonomía personal implicadas por el virus que padece (Fallos: 323:1339), se limitó a gestionar la continuidad del vínculo, si bien, en otra condición reglamentaria.

VIII— Por lo expresado, entiendo que corresponde declarar procedente la impugnación federal y restituir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien proceda, se dicte una nueva decisión con arreglo a lo indicado; o bien, que en ejercicio de las facultades que V.E. entiende que le confiere en estos casos el artículo 16, 2º párrafo, de la ley Nº 48, dada la índole y urgencia que reviste el asunto, revoque la sentencia y, de estimarlo pertinente, se pronuncie sobre el fondo de esta cuestión, con el alcance que se expresa. Buenos Aires, 22 de diciembre de 2003. Nicolás Eduardo Becerra.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2004.

Vistos los autos: “V. W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas en estas actuaciones encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador General, a cuyas consideraciones en lo sustancial, corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la ley 48, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda, condenando a la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles a incorporar al actor al plan médico solicitado, en los términos y con el alcance previsto en la reglamentación del servicio. Las costas se imponen, en todas las instancias, a la demandada vencida. Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

Discapacidad - Sistema Nacional de Seguro de Salud - Medicación - Responsabilidad del Estado.

***Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo.
24/05/2005 - Fallos: 328:1708.***

Antecedentes:

La actora, de 55 años de edad, discapacitada visual y motora a causa de padecer esclerosis múltiple, promovió acción de amparo contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional a fin de obtener la medicación necesaria para hacer frente a su enfermedad, pues carece de

los recursos económicos para adquirirla y dirige su pretensión contra actos y omisiones de los demandados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, hizo lugar a la acción de amparo deducida contra ambos demandados. Los jueces Boggiano y Zaffaroni, en su voto concurrente, hicieron lugar a la acción intentada en los mismos términos que el voto de la mayoría con exclusión del considerando primero.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Derecho a la salud y acciones positivas.** (Mayoría: Considerando 3º; Voto concurrente de los jueces Boggiano y Zaffaroni: Considerando 3º).
- b) **Responsabilidad estatal y provincial.** **Leyes 23.661 (61), 22.431 (62) y 24.901 (63)** (Mayoría: Considerandos 3º a 5º y 8º a 10; Voto concurrente de los jueces Boggiano y Zaffaroni: Considerandos 3º a 5º y 8º a 10).

Estándar aplicado por la Corte:

- El derecho a la salud, cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema) y la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

- Las obligaciones emergentes del marco normativo examinado —y la condición de discapacitada de la amparista—, imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional —mediante el Ministerio de Salud— el que debe acudir en forma subsidiaria de manera de no frustrar los derechos del amparista. De no ser así, las leyes sancionadas en la materia dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.

- La interrupción de la entrega de la medicación y la falta de respuesta a la amparista ante el requerimiento de su renovación resultan materia de reproche pues puso en riesgo su derecho a la vida y a la salud.

(61) **Nota de Secretaría:** Sistema Nacional del Seguro de Salud.

(62) **Nota de Secretaría:** Sistema de Protección Integral de las personas discapacitadas.

(63) **Nota de Secretaría:** Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: “Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, de los que

Resulta:

I) A fs. 19/25 se presenta Susana Beatriz Orlando, de 55 años de edad, domiciliada en Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, quien denuncia ser discapacitada visual y motora a causa de padecer esclerosis múltiple, y promueve la presente acción de amparo ante la justicia federal contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional a fin de obtener la medicación necesaria para enfrentar el mal que padece, en razón de carecer de los recursos económicos para adquirirla.

Manifiesta que dirige su pretensión contra actos y omisiones de los demandados. En cuanto al Estado provincial, atento que la esclerosis múltiple no resulta ser una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento (v. fs. 10, expediente 294607/01) y, por consiguiente, no es provisto por las autoridades locales. Por su parte, el Estado Nacional, por intermedio del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación solamente le entregó seis cajas del medicamento, “*Acetato de Glatiramer - Copolimero (Copaxone)*”, cantidad que resulta insuficiente para paliar la enfermedad, y cuya solicitud de renovación no ha sido respondida hasta la fecha (fs. 3).

Funda su derecho en lo dispuesto en los arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, en la ley nacional 23.661 que creó el Sistema Nacional del Seguro de Salud, en la resolución del Ministerio de Salud 939/2000, modificada por su similar 1/2001, en las leyes 24.901 y 22.431, y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Solicita, asimismo, el dictado de una medida cautelar con el objeto de que las demandadas arbitren los medios necesarios para la provisión del medicamento en cuestión, que resulta imprescindible para su vida, ya que debe ser administrado sin interrupción para evitar así los brotes de la enfermedad. Por último, ante la posibilidad de que los demandados requieran la aplicación del art. 14 de la ley 25.453, que modifica el art. 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que impide el dictado de medidas cautelares que afecten los recursos del Estado, requiere la declaración de su inconstitucionalidad.

El juez federal interviniente se declara incompetente para entender en el proceso, en consonancia con la opinión de la fiscal del fuero (fs. 27).

A fs. 38/39, el Tribunal resuelve que la causa es de su competencia originaria y hace lugar a la medida cautelar solicitada.

II) Al contestar el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986, el Estado Nacional solicita el rechazo del amparo impetrado con fundamento, a su criterio, en la inobservancia de los requisitos de admisibilidad de la vía elegida, la inexistencia del daño y la ausencia de derechos constitucionales conculcados por su parte. Destaca que, conforme a la documentación acompañada, la amparista ha realizado todos los trámites por ante la Provincia de Buenos Aires, la cual es, a su juicio, la obligada primaria en razón del domicilio denunciado.

Señala además que el Ministerio de Salud no otorga medicamentos en forma directa, salvo los supuestos contemplados en los programas de Banco de Drogas Antineoplásicas y el Progra-

ma Nacional de HIV y Retrovirus Humano. Por último invoca la emergencia sanitaria declarada por el decreto 486/02, como un indicador de la situación que atraviesa el sector (fs. 55/62).

III) A fs. 65/95, se presenta la Provincia de Buenos Aires y acompaña el expediente administrativo N° 2900-36443, que da cuenta del trámite seguido en el ámbito del Ministerio de Salud de esa jurisdicción en orden a hacer efectiva la medida cautelar. La Dirección de Políticas del Medicamento, si bien indica cuáles son las patologías cubiertas por el Banco de Drogas de Alto Costo “que no incluye a la esclerosis múltiple” informa que la droga en cuestión fue puesta a disposición de la amparista y retirada la orden correspondiente (fs. 65/95).

Con posterioridad, ante el incumplimiento de la Provincia de Buenos Aires denunciado por la actora a fs. 115, el Tribunal intima a la demandada a que realice la entrega que se encuentre pendiente a esa fecha e informe acerca del cumplimiento periódico de la decisión recaída a fs. 38/39.

En su mérito, la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud de la Nación requiere a la Unidad Ministro que arbitre las medidas necesarias tendientes a la entrega subsidiaria de la medicación respectiva (fs. 120). A su vez, adjunta lo informado a dicha cartera por el Coordinador del Banco de Drogas de la Provincia de Buenos Aires con relación a la entrega mensual del medicamento a la amparista desde el mes de junio de 2002 (fs. 123/125).

La Provincia de Buenos Aires acredita ese extremo en autos al adjuntar a fs. 136 el expediente administrativo N° 5.100-11029/02, del que surge el cumplimiento de la medida cautelar durante los períodos de junio, julio y septiembre de 2002. Más tarde, en razón de una nueva demora en la provisión del fármaco, la autoridad local acompañó el expediente N° 5100/15694/03 que da cuenta de su entrega (fs. 155).

A fs. 166, la amparista manifiesta que continua su tratamiento conforme a la prescripción médica que así lo acredita y adjunta, y solicita que se dicte sentencia favorable a la acción promovida.

Considerando:

1º) Que esta Corte ha señalado reiteradamente que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita (Fallos: 310:576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396, entre muchos otros). También ha dicho que el objeto de la acción de amparo es la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental (confr. el art. 43 de la Constitución Nacional y la doctrina de Fallos: 259:196; 263:296; 267:165, entre otros y Fallos: 324:3602).

2º) Que de acuerdo a estas pautas, la acción intentada en el *sub examine* resulta procedente toda vez que se hallan reunidos los extremos requeridos por la ley 16.986 a ese fin. En efecto, tanto de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista al tiempo de iniciar el trámite, lo que revela la inacción de las demandadas. Tal como surge de fs. 166, la naturaleza del mal que aqueja a la actora requiere continuar con el tratamiento prescripto de manera prolongada.

Por otra parte, su derecho a recibir la droga “*Acetato de Glatiramer — Copolimero (Coxaxone)*” con un 100% de cobertura no ha sido cuestionado por las demandadas, como tampoco se ha puesto en duda el tratamiento indicado. De tal manera, el Estado Nacional, a través del Ministerio de Desarrollo Social, lo consintió al proporcionar inicialmente la droga durante seis meses y la Provincia de Buenos Aires asumió luego su entrega, a través del Banco Nacional de Drogas de Alto Costo, a resultas de la medida cautelar ordenada por el Tribunal.

3º) Que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema). Así, el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931).

4º) Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario.

En tal sentido, la ley 23.661 creó un sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”. Con tal propósito, ese seguro ha sido organizado en el marco de una concepción “integradora” del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden “su participación en la gestión directa de las acciones” (art. 1º). Su objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...” (art. 2). El Ministerio de Salud, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y lleva a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde “articular y coordinar” los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (arts. 3º, 4º, 7º, 15, 28 y 36) (Fallos: 323:3229).

Asimismo, con relación al Programa Médico Obligatorio (P.M.O.), la resolución 1/01 del Ministerio de Salud, al aprobar modificaciones a su similar 939/00, establece en el punto 4 del anexo I, “Medicamentos”, la cobertura del 100% de la esclerosis múltiple para pacientes con dos o más brotes en los últimos años. Ello se articula por medio del agente del seguro con apoyo financiero del Fondo Solidario de Redistribución, según las normas que dicte la Administración de Programas Especiales.

5º) Que, además, en mérito a la condición de discapacitada de la amparista como consecuencia de las secuelas de la enfermedad acreditada en autos a fs. 11 corresponde también examinar los alcances de las leyes 22.431 —que instituye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas—, y 24.901, que establece un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de aquéllas.

La ley 22.431 crea el referido sistema, tendiente a asegurar a las personas discapacitadas la atención médica, la educación y la seguridad social. A ese fin, define la condición de discapacidad y establece las obligaciones que deben asumir los distintos órganos del Estado, los entes de obra social y los particulares en materia de salud, trabajo y transporte, entre otros aspectos. Por el art. 27, primer párrafo, se faculta al Poder Ejecutivo Nacional a proponer a las provincias que sancionen en sus jurisdicciones regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la presente ley.

A su vez, la ley 24.901 al organizar el sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, encomendó al Estado Nacional y sus organismos dependientes la atención de las prestaciones dispuestas en él a favor de las personas discapacitadas que no cuenten con cobertura de obras sociales y carezcan de medios propios para afrontar sus necesidades (conf. arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley citada), condiciones éstas que han sido acreditadas en el *sub examine*. Determina el modo de financiamiento de las prestaciones previstas en la ley e instruye al Poder Ejecutivo a proponer a las provincias la sanción en sus jurisdicciones de regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la referida ley (arts. 7º y 8º). Además, dentro de las prestaciones básicas, el art. 28 alude a las asistenciales como aquellas que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos esenciales de la persona con discapacidad, entre ellos, la atención especializada.

La reglamentación de la ley 24.901 está dada por el decreto 1193/98, que dispone que las personas con discapacidad y carentes de recursos podrán obtener las prestaciones básicas a través de los organismos del Estado Nacional, Provincial o Municipal, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que adhieran al sistema (art. 4º). La Superintendencia de Servicios de Salud se constituye en el organismo responsable de la supervisión y fiscalización del nomenclador de prestaciones básicas (arts. 11 a 39).

6º) Que, por otra parte, en Fallos: 323:3229 antes citado, este Tribunal ha dejado bien establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales. En este sentido cabe recordar que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires garantiza para todos sus habitantes el derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural (art. 12, inc. 1º). Al reconocer entre los derechos sociales, a la discapacidad, declara que: “La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

“Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales...” (art. 36, inc. 5º). También reconoce el derecho social a la salud y sostiene que: “La Provincia garantizará a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...” Asimismo, declara: “El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud...” (art. 36, inc. 8º).

7º) Que con relación a la normativa nacional referida en el considerando 5º, la ley provincial 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas, por el cual el Estado provincial se compromete a asegurar los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a las que se encuentren en imposibilidad de obtenerlos (confr. arts. 1º, 2º y 3º). La norma comprende a los discapacitados neurolocomotores y sensoriales visuales, condición alegada por la amparista. El art. 6º dispone que el Ministerio de Salud ac-

tuará de oficio en el ámbito de su competencia para lograr el cumplimiento de las medidas establecidas en la ley, a cuyo efecto deberá: “otorgar subsidios a discapacitados sin cobertura social con destino a la obtención de elementos de recuperación y rehabilitación de alta complejidad médica, y de tratamientos médicos especializados que no se realicen en establecimientos estatales”.

8º) Que en estas condiciones, las consecuencias del criterio esgrimido por la Provincia de Buenos Aires —en cuanto a que la esclerosis múltiple no es una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento y por lo tanto la droga prescrita no es provista por las autoridades locales— no pueden redundar en un perjuicio directo a la afectada, pues al privarla de la atención sanitaria que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le garantiza, se estaría tolerando una desigualdad respecto de otras personas en similar situación pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo en pugna con las disposiciones constitucionales y legales vigentes. No obstante ello, cabe observar que las constancias del expediente indican que el suministro del fármaco fue realizado finalmente por el Banco de Drogas de Alto Costo, en cumplimiento de la medida cautelar ordenada.

9º) Que, con respecto a la responsabilidad asignada a la Provincia de Buenos Aires frente a la situación que compromete la vida y la salud de sus habitantes, resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo examinado imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional —mediante el Ministerio de Salud—, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista.

De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.

En este contexto, no puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo por medio de Ministerio demandado para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (Fallos: 323:3229, considerando 27).

10º) Que en esa inteligencia ha de entenderse la decisión de la autoridad nacional “el Ministerio de Desarrollo Social” de proveer la medicación por seis meses ante la reticencia inicial de la Provincia de Buenos Aires de asistir a la amparista, de acuerdo a las constancias de autos. Esa acción orientada a atender una situación de urgencia y extrema necesidad en orden al tratamiento prescripto, se ajustó a los principios constitucionales aplicables y a las leyes dictadas en su consecuencia, según han sido analizadas anteriormente. Por tal motivo, la interrupción de la entrega de la medicación y la falta de respuesta a la amparista ante el requerimiento de su renovación resultan materia de reproche, pues puso en riesgo grave su derecho a la vida y a la salud.

Por ello, se hace lugar a la acción de amparo deducida contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CESAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT — ANTONIO BOGGIANO (*según su voto*)— JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI (*según su voto*)— ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ANTONIO BOGGIANO Y DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que la acción intentada en el *sub examine* resulta procedente toda vez que de los términos de la demanda como de la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista al tiempo de iniciar el trámite, lo que revela la inacción de las demandadas. Tal como surge de fs. 166, la naturaleza de la enfermedad que aqueja a la actora requiere continuar con el tratamiento prescripto de manera prolongada.

2º) Que por otra parte, su derecho a recibir la droga “Acetato de Glatiramer — Copolímero (Copaxone)” con un 100% de cobertura no ha sido cuestionado por las demandadas, como tampoco se ha puesto en duda el tratamiento indicado. De tal manera, el Estado Nacional, a través del Ministerio de Desarrollo Social, lo consintió al proporcionar inicialmente la droga durante seis meses y la Provincia de Buenos Aires asumió luego su entrega, a través del Banco Nacional de Drogas de Alto Costo, a resultas de la medida cautelar ordenada por el Tribunal.

3º) Que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, que está reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema). Así, el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931).

4º) Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participen de un mismo sistema sanitario.

En tal sentido, la ley 23.661 creó un sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”. Con tal propósito, ese seguro ha sido organizado en el marco de una concepción “integradora” del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden “su participación en la gestión directa de las acciones” (art. 1º). Su objetivo fundamental es “proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...” (art. 2). El Ministerio de Salud, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y lleva a cabo la política de medicamentos. En tal carácter, le corresponde “articular y coordinar” los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (arts. 3º, 4º, 7º, 15, 28 y 36) (Fallos: 323:3229).

Asimismo, con relación al Programa Médico Obligatorio (P.M.O.), la resolución 1/01 del Ministerio de Salud, al aprobar modificaciones a su similar 939/00, establece en el punto 4 del anexo I, “Medicamentos”, la cobertura del 100% de la esclerosis múltiple para pacientes con dos o más brotes en los últimos años. Ello se articula por medio del agente del seguro con apoyo financiero del Fondo Solidario de Redistribución, según las normas que dicte la Administración de Programas Especiales.

5º) Que, además, en mérito a la condición de discapacitada de la amparista como consecuencia de las secuelas de la enfermedad acreditada en autos a fs. 11 corresponde también examinar los alcances de las leyes 22.431 —que instituye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas—, y 24.901, que establece un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de aquéllas.

La ley 22.431 crea el referido sistema, tendiente a asegurar a las personas discapacitadas la atención médica, la educación y la seguridad social. A ese fin, define la condición de discapacidad y establece las obligaciones que deben asumir los distintos órganos del Estado, los entes de obra social y los particulares en materia de salud, trabajo y transporte, entre otros aspectos. Por el art. 27, primer párrafo, se faculta al Poder Ejecutivo Nacional a proponer a las provincias que sancionen en sus jurisdicciones regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la presente ley.

A su vez, la ley 24.901 al organizar el sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, encomendó al Estado Nacional y sus organismos dependientes la atención de las prestaciones dispuestas en él a favor de las personas discapacitadas que no cuenten con cobertura de obras sociales y carezcan de medios propios para afrontar sus necesidades (conf. arts. 1º, 2º, 3º y 4º de la ley citada), condiciones éstas que han sido acreditadas en el *sub examine*. Determina el modo de financiamiento de las prestaciones previstas en la ley e instruye al Poder Ejecutivo a proponer a las provincias la sanción en sus jurisdicciones de regímenes normativos que establezcan principios análogos a los de la referida ley (arts. 7º y 8º). Además, dentro de las prestaciones básicas, el art. 28 alude a las asistenciales como aquellas que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos esenciales de la persona con discapacidad, entre ellos, la atención especializada.

La reglamentación de la ley 24.901 está dada por el decreto 1193/98, que dispone que las personas con discapacidad y carentes de recursos podrán obtener las prestaciones básicas a través de los organismos del Estado Nacional, Provincial o Municipal, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que adhieran al sistema (art. 4º). La Superintendencia de Servicios de Salud se constituye en el organismo responsable de la supervisión y fiscalización del nomenclador de prestaciones básicas (arts. 11 a 39).

6º) Que, por otra parte, en Fallos: 323:3229 antes citado, este Tribunal ha dejado bien establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales. En este sentido cabe recordar que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires garantiza para todos sus habitantes el derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural (art. 12, inc. 1º). Al reconocer entre los derechos sociales, a la discapacidad, declara que: “La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

“Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales...” (art. 36, inc. 5º). También reconoce el derecho social a la salud y sostiene que: “La

Provincia garantizará a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos...” Asimismo, declara: “El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud...” (art. 36, inc. 8°).

7°) Que con relación a la normativa nacional referida en el considerando 6°, la ley provincial 10.592 establece un régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas, por el cual el Estado provincial se compromete a asegurar los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a las que se encuentren en imposibilidad de obtenerlos (confr. arts. 1°, 2° y 3°). La norma comprende a los discapacitados neurolocomotores y sensoriales visuales, condición alegada por la amparista. El art. 6° dispone que el Ministerio de Salud actuará de oficio en el ámbito de su competencia para lograr el cumplimiento de las medidas establecidas en la ley, a cuyo efecto deberá: “otorgar subsidios a discapacitados sin cobertura social con destino a la obtención de elementos de recuperación y rehabilitación de alta complejidad médica, y de tratamientos médicos especializados que no se realicen en establecimientos estatales”.

8°) Que en estas condiciones, las consecuencias del criterio esgrimido por la Provincia de Buenos Aires “en cuanto a que la esclerosis múltiple no es una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento y por lo tanto la droga prescrita no es provista por las autoridades locales” no pueden redundar en un perjuicio directo a la afectada, pues al privarla de la atención sanitaria que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le garantiza, se estaría tolerando una desigualdad respecto de otras personas en similar situación pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo en pugna con las disposiciones constitucionales y legales vigentes. No obstante ello, cabe observar que las constancias del expediente indican que el suministro del fármaco fue realizado finalmente por el Banco de Drogas de Alto Costo, en cumplimiento de la medida cautelar ordenada.

9°) Que, con respecto a la responsabilidad asignada a la Provincia de Buenos Aires frente a la situación que compromete la vida y la salud de sus habitantes, resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo examinado imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y la continuidad que el caso exige, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional “mediante el Ministerio de Salud”, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista.

De no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.

En este contexto, no puede soslayarse la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo por medio de Ministerio demandado para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (Fallos: 323:3229, considerando 27).

10) Que en esa inteligencia ha de entenderse la decisión de la autoridad nacional “el Ministerio de Desarrollo Social” de proveer la medicación por seis meses ante la reticencia inicial de la Provincia de Buenos Aires de asistir a la amparista, de acuerdo a las constancias de autos. Esa acción orientada a atender una situación de urgencia y extrema necesidad en orden al tratamiento prescripto, se ajustó a los principios constitucionales aplicables y a las leyes dictadas en su consecuencia, según han sido analizadas anteriormente. Por tal motivo, la interrupción de la entrega de la medicación y la falta de respuesta a la amparista ante el requerimiento de

su renovación resultan materia de reproche, pues puso en riesgo grave su derecho a la vida y a la salud.

Por ello, se hace lugar a la acción de amparo deducida contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese. ANTONIO BOGGIANO — E. RAUL ZAFFARONI.

Medida cautelar - Afiliación - Obra social.

F., S. C. c/ Obra Soc. de la Act. de Seguros Reaseguros Capit. Ahorro s/ incidente de apelación. 20/12/2005 - Fallos: 328:4493.

Antecedentes:

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la decisión de primera instancia que había concedido una medida cautelar, al sostener que una vez concluido el período de asistencia previsto en el art. 10 de la ley 23.660, no se advertía que el derecho de la actora gozara de la verosimilitud necesaria para reclamar la continuidad de una afiliación que era facultativa tanto para quien la solicitaba como para la obra social que debía aceptarla.

La actora dedujo recurso extraordinario que fue concedido.

La Corte —por mayoría— dejó sin efecto la sentencia apelada, admitió la medida cautelar y ordenó a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda, hasta que se resolviera la cuestión de fondo, que arbitre las medidas pertinentes para la continuidad de toda la cobertura médico asistencial que recibía la actora, asumiendo ésta todos los recaudos y el pago correspondiente.

En su voto concurrente la Dra. Argibay sostuvo que la interrupción unilateral de afiliaciones prolongadas a obras sociales o prepagas, cuando se trata de personas que sufren dolencias crónicas y que, a su vez, ofrecen mantener en el mismo nivel los pagos que venía recibiendo la prestadora constituyen actos lesivos del derecho a la salud (64) por lo que convalidar una desafiliación en estas condiciones no puede fundarse sólo en el derecho de la obra social a hacerlo.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) Medidas cautelares. Procedencia. Derecho a la salud.** (Mayoría: Considerandos 4º y 5º; Voto de la jueza Argibay: Considerandos 5º y 6º).

(64) **Nota de Secretaría:** Vr. V., W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo. 02/12/2004. Publicada en la pág. 117 de este suplemento.



Estándar aplicado por la Corte:

- Si bien las medidas cautelares son ajenas a la vía del recurso extraordinario por no ser definitivas, cabe hacer excepción a ese principio si tuvo por objeto evitar eventuales perjuicios que podrían derivar de la falta de atención o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos, lo que colocaría en riesgo la salud e, incluso, la propia vida, máxime si se trata de una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 20 de diciembre de 2005.

Vistos los autos: “F, S. C. c/ Obra Soc. de la Act. de Seguros Reaseguros Capit. Ahorro s/ incidente de apelación”.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la decisión adoptada por el juez de grado a fs. 36/37, mediante la que se había concedido la medida cautelar solicitada, en los términos del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2º) Que para pronunciarse en el sentido indicado, el tribunal *a quo* sostuvo que, una vez concluido el período de asistencia previsto en el art. 10 de la ley 23.660, no se advertía *prima facie* que el derecho de la accionante goce de la verosimilitud necesaria para reclamar —aún con carácter cautelar— la continuidad de una afiliación que, en principio, aparece como facultativa tanto para quien la solicita como para la Obra Social que debe aceptarla (fs. 147/148).

3º) Que contra esta decisión, la actora dedujo recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 160.

4º) Que este Tribunal tiene dicho que, si bien las decisiones vinculadas con medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten, resultan en principio ajenas a la vía del recurso extraordinario por no ser definitivas, cabe hacer excepción a ese principio general cuando —como sucede en el *sub lite*— lo decidido ocasiona un perjuicio que, por las circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (v. doctrina de Fallos: 319:2325; 321:1187, 2278; 325:1784, entre muchos otros).

5º) Que ello ocurre en la especie, toda vez que la medida precautoria revocada tuvo por objeto evitar eventuales perjuicios a la actora, que podrían derivar de la falta de atención, o del incumplimiento de prestaciones de servicios médicos, lo que colocaría en riesgo la salud e, incluso, su propia vida, máxime teniendo en consideración que la recurrente padece una patología que impone un tratamiento oncológico regular y sin dilaciones.

6º) Que desde tal perspectiva, y sin que esto importe juicio alguno respecto de la decisión que corresponda adoptar oportunamente en estos autos respecto de la cuestión de fondo, resulta indudable que, en virtud de la doctrina sentada por esta Corte en la causa V.1389.XXX-VIII. “V. W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo”

—sentencia del 2 de diciembre de 2004—, en el presente caso media verosimilitud en el derecho y se configuran los presupuestos establecidos en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como para acceder a la medida cautelar solicitada.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, 2º párrafo, de la ley 48, dada la índole y urgencia que reviste el asunto, corresponde, bajo responsabilidad de la actora y previa caución juratoria, admitir la medida cautelar peticionada y ordenar a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda que, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, arbitre las medidas pertinentes a fin de permitir la continuidad de toda la cobertura médico asistencial que recibía la señora S. C. F., quedando a su cargo el cumplimiento de los recaudos, como así también el pago de las sumas correspondientes. Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta coincide con los considerandos 1º a 3º del voto de la mayoría.

4º) El remedio federal ha sido correctamente concedido por la Cámara de Apelaciones, pues para fundar su decisión de revocar la medida cautelar negó que se encuentre *prima facie* vulnerado un derecho que la actora ha fundado en la Constitución Nacional, decisión que, muy posiblemente, no podrá ser oportunamente reevaluada en la sentencia final. Esto último se debe a que lo resuelto por el *a quo* implica la interrupción del tratamiento que recibe la actora para el cáncer que padece y que la demandada, por su parte, no ha dado razones que permitan descartar esta ominosa posibilidad. Por lo tanto, considero que la decisión es definitiva sobre el punto constitucional.

5º) Sin embargo, el sólo hecho de iniciar una demanda, aún en las circunstancias dramáticas de la actora, no confiere *ipso facto* un derecho a que quien es seleccionado como legitimado pasivo deba hacerse cargo de cumplir durante todo el período que dure el proceso con lo que el actor le demanda. No obstante, ello sí puede ser ordenado cuando la demanda tiene una presunción a su favor a la que técnicamente se la llama “verosimilitud del derecho”. Esta verosimilitud debe referirse no sólo al derecho de la actora, sino también a que el obligado sea el demandado.

6º) En un caso similar al presente, esta Corte ha resuelto que la interrupción unilateral de afiliaciones prolongadas a obras sociales o prepagas, cuando se trata de personas que sufren dolencias crónicas y que, a su vez, ofrecen mantener en el mismo nivel los pagos que venía recibiendo la prestadora constituyen actos lesivos del derecho a la salud (V.1389.XXX-VIII. “V. W. J. c/ Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/ sumarísimo” —sentencia del 2 diciembre de 2004—). Si se tiene en cuenta que dicha regla jurisprudencial gobierna, en principio, el presente caso, convalidar una desafiliación en estas condiciones no puede fundarse solamente, como lo ha hecho la Cámara, en el derecho de la demandada a hacerlo.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16, 2º párrafo, de la ley 48, dada

la índole y urgencia que reviste el asunto, corresponde, bajo responsabilidad de la actora y previa caución juratoria, admitir la medida cautelar peticionada y ordenar a la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda que, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, arbitre los medidas pertinentes a fin de permitir la continuidad de toda la cobertura médico asistencial que recibía la señora S. C. F., quedando a su cargo el cumplimiento de los recaudos, como así también el pago de las sumas correspondientes. Notifíquese y devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY.

Internación - Debido Proceso - Control jurisdiccional - Conflicto de competencia - Medidas urgentes - Principio de inmediatez.

T., R. A. s/ internación. 27/12/2005 - Fallos: 328:4832.

Antecedentes:

Se planteó un conflicto negativo de competencia entre un juez nacional del fuero civil y un tribunal provincial del fuero de familia, respecto a la internación de un menor por consumo de estupefacientes.

El magistrado nacional estimó que no se había iniciado un proceso de insania sino que se trataba de un control de internación, resultando competente el juez con jurisdicción en el lugar donde se hacía efectiva la internación.

Dicho criterio no fue compartido por el tribunal provincial, que consideró que debía conocer el juez que había prevenido.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró competente al tribunal provincial.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Garantía de debido proceso. Control jurisdiccional de las medidas de internación.** (Mayoría: Considerando 4º).
- b) **Conflicto de competencia. Medidas urgentes. Internación.** (Mayoría: Considerando 7º).
- c) **Competencia. Principio de inmediatez. Lugar de internación** (65). (Mayoría: Considerando 6º; Voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay: remisión al dictamen del Procurador Fiscal (66): Considerando 6º).

(65) **Nota de Secretaría:** Ver también Competencia "A., M. J." (Fallos: 330:5234); Competencia "D., J. A." (Fallos: 331:68) y Competencia "M., S. A." (Fallos: 331:1859), entre otras.

(66) **Nota de Secretaría:** Competencia N° 619. XXII "C., J. A. s/ internación" (Fallos: 312:1373).

***Estándar aplicado por la Corte:***

- Una persona sólo puede ser restringida en su libertad mediante una resolución adoptada por los jueces designados por la ley. En aquellos procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la garantía del debido proceso y el control jurisdiccional de las condiciones en que se lleva a cabo la internación, pues se trata de personas cuyo estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono hacen extremar todo recaudo (67).

- La debida tutela de los derechos esenciales de los pacientes institucionalizados, exige que sea el juez del lugar donde se encuentra el centro de internación, el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla, sin perjuicio de que resuelva declarar su incompetencia o, en su caso, requiera la intervención del juez del domicilio del causante a los fines previstos en el art. 5º, inc. 8º, segundo párrafo, del código de rito, si así correspondiere. En consecuencia, en el supuesto de suscitarse una contienda de competencia entre magistrados, el deber de aquél no cesa hasta tanto el conflicto no sea resuelto, o bien —según sea el caso— hasta que el juez del domicilio del causante asuma su competencia, si ello correspondiese.

- El hecho de que el juez que conoce en el trámite de internación se encuentre en el mismo lugar que el establecimiento donde habita el eventual incapaz, coadyuva al contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por la medida, favorece la concentración en ese marco de todas las diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud, propende a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos y la prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo, aspectos todos ellos vinculados a los principios de inmediatez y economía procesal.

Texto del Fallo:**Dictamen del Procurador Fiscal**

Suprema Corte:

Los titulares del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 10 (fs. 15/16) como del Tribunal de Familia N° 2, del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires (fs. 22/22 vta.) se declararon incompetentes para entender en la presente causa. En tal situación quedó planteado un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a V.E. en los términos del art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58.

(67) **Nota de Secretaría:** En este sentido se pronunciaron los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, en su disidencia en la causa "S. de B., M. del C. c/Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional", (Fallos: 332: 2068).

Dicha contienda, guarda sustancial analogía con la considerada por el Tribunal en autos: Competencia N° 619.XXII “C., J. A. s/internación”, sentencia de fecha 22 de agosto de 1989 (Fallos: 312:1373) y en su sentencia de fecha 18 de junio de 1995, in re Competencia N° 35. XXX “C., M. A. s/internación”, a cuyos fundamentos me remito en razón de brevedad.

Por ello, teniendo en cuenta que el presunto incapaz se encuentra internado en la localidad de City Bell, Provincia de Buenos Aires (fs. 11), opino que corresponde dirimir la contienda planteada disponiendo que compete al Tribunal de Familia N° 2 de La Plata, seguir conociendo en el juicio. Buenos Aires, 31 de diciembre de 2004. — FELIPE DANIEL OBARRIO.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2005.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que tanto la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 10 como los integrantes del Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2 del Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires, se declararon incompetentes para entender en estas actuaciones, quedando trabado un conflicto negativo de competencia que corresponde dirimir a esta Corte, según lo prescripto por el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58.

2º) Que la señora jueza nacional que previno destacó que en el sub lite no se ha iniciado un proceso de insania en los términos del art. 141 del Código Civil, sino que se trata de un control de internación, encontrándose el causante alojado en un establecimiento ubicado en la localidad de City Bell, provincia de Buenos Aires. En este sentido, sostuvo que en procesos como el de autos “cabe atenerse a la residencia que deriva de la internación en virtud de lo dispuesto en el art. 5º, inc. 8º, segundo párrafo, del Código Procesal, resultando competente el juez con jurisdicción en el lugar donde se hace efectiva (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de agosto de 1989 en autos: ‘C. J. A. s/internación’, Competencia N° 619.XXII”) (fs. 15 vta.). Agregó que “el Decreto-ley 7967/72 ‘internación y externación de dementes’, modificado por el artículo 9 de la ley 11.453 de la Pcia. de Bs. As., dispone la obligación de comunicar la internación al tribunal o juez pertinente, esto es, el del lugar en que es producida la internación, quien deberá continuar interviniendo en el trámite y expedirse confirmando o revocando la internación”. Por ello, se declaró incompetente y ordenó la remisión de la causa “al Tribunal que en turno corresponda a la jurisdicción donde se encuentra alojado el causante” (fs. 16) para que continuase su trámite. Por su parte, el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2 de la ciudad de La Plata se declaró igualmente incompetente con fundamento en lo resuelto por esta Corte en los autos “Souto, Jesús s/art. 482 Cód. Civil” (Fallos: 323:2024) y “Aliaga, Juan Carlos s/cumplimiento ley 22.914, art. 1º inc. d” (Competencia N° 492.XXXIV, pronunciamiento del 12 de noviembre de 1998), al entender que debía conocer el juez que había prevenido en estas actuaciones.

3º) Que, de los antecedentes obrantes en el expediente, surge que no hubo en esta causa decreto fundado de internación (involuntaria) ni control sobre su legalidad ni respecto a las condiciones de aquélla. En efecto, el 4 de mayo de 2004 se presentó en la Defensoría de Menores e Incapaces N° 2 el señor J. L. I., oportunidad en la que manifestó que su sobrino R. A. T. (de 20 años de edad y quien se domiciliaba con su madre en Capital Federal, según lo expresó el compareciente) consumía drogas (fs. 2), lo que motivó la solicitud del señor defensor público

de menores en turno de Capital Federal a la justicia nacional en lo civil, a los efectos de que los señores médicos forenses revisaran a R. A. T. y se expidiesen sobre su estado de salud físico y psíquico como así también respecto de la necesidad de internación o tratamiento adecuado para su afección (fs. 3), ordenando la Corte Suprema de Justicia de la Nación titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 10 el correspondiente pase de los autos al Cuerpo Médico Forense a dicho fin (fs. 4).

Los profesionales médicos concluyeron que R. A. T. presentaba un trastorno psíquico por abuso de sustancias psicoactivas, recomendando, en consecuencia, su internación para su mayor protección, estabilización del cuadro y comienzo de adecuado tratamiento (fs. 6/7), informando la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico al defensor público que R. A. T. había sido derivado en tratamiento de internación al programa “Darse Cuenta”, en una institución con sede en City Bell, provincia de Buenos Aires (fs. 11), suscitándose con posterioridad la contienda de competencia a resolver por este Tribunal.

4º) Que en nuestro sistema constitucional resulta inconcebible que una persona sea restringida en su libertad sino en virtud de resolución adoptada por los jueces designados por la ley (conf. Fallos: 139:154). Concretamente, el art. 482, párrafos 2º y 3º del Código Civil prevé, en relación a las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública, la facultad de las autoridades policiales de disponer su internación compulsiva, dando inmediata cuenta al juez, contemplándose además la posibilidad de que aquélla sea solicitada por las personas enumeradas en el art. 144 del mencionado cuerpo normativo, la que será ordenada por el juez previa información sumaria, designándose “un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”; ello es así en razón del carácter cautelar, provisional o preventiva de dicha detención.

En efecto, en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla. El art. 8, párrafo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el debido proceso se refiere al “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros —Excepciones preliminares, sentencia del 2 de febrero de 2001 [Serie C No. 72, párr. 124]; Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú —interpretación de la sentencia de fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 6 de febrero de 2001 [Serie C No. 74, párr. 102]; Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Terry y Revorero Marsano vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001 [Serie C No. 71, párr. 69]; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, [Serie A No. 9, párr. 27]).

Estas reglas deben, con mayor razón, ser observadas en los procesos en los que se plantea una internación psiquiátrica coactiva en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial el control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla.

5º) Que, en este orden de ideas, es menester agregar que tanto los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental” (resolución 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento A/46/49 -1991-Nº 49 anexo en 188-192, documento de las Naciones Unidas), tomados en cuenta como fundamento en el caso “Víctor Rosario Congo v. Ecuador” (Informe 63/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 11.427, Ecuador, del 13 de abril de 1999, párr. 54) precisan el estatuto básico de los derechos y garantías procesales de las personas presuntamente afectadas por trastornos mentales, enunciándose, entre otros, la designación de un defensor para que lo asista y represente, la obtención de un dictamen independiente sobre la posible enfermedad mental, previéndose la posibilidad de detención —la que se desarrollará por un período breve y en tanto sea la opción menos restrictiva— cuando exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros. En todos los casos, los motivos de la admisión o la retención se comunicarán sin tardanza al paciente y al órgano de revisión (Principio 16, admisión involuntaria), quien deberá examinar a la persona “lo antes posible”, decisión que podrá ser apelada ante un tribunal superior (Principio 17, órgano de revisión).

De manera coincidente, la audiencia inmediata con el presunto enfermo —personalmente o, en su caso, mediante alguna forma de representación— ha sido doctrina mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del derecho de aquél al respeto de las garantías fundamentales del procedimiento (caso *Winterwerp v. The Netherlands*, pronunciamiento del 24 de octubre de 1979, serie A, núm. 33 —6301/73—; sobre este tema: L.O. Gostin and L. Gable, *The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*, 63 *Maryland Law Review* (2004); L.O. Gostin, *Human Rights of Persons with Mental Disabilities: The ECHR*, 23 *International Journal of Law and Psychiatry* (2000); O. Lewis, *Protecting the rights of people with mental disabilities: the ECHR*, *European Journal of Health Law* 9 (4) —2002—).

A su vez, la Corte Europea ha establecido que, independientemente de la complejidad Cpor su naturaleza médicaC de estos casos de internación, las autoridades nacionales tienen la obligación sin demora de revisar su legalidad, debiendo organizarse el sistema judicial —o el correspondiente— de tal forma que esta revisión se dé en intervalos periódicos, razonables, con fundamento en que la demora en realzarla no sólo extiende la duración de la detención sino que puede dar lugar a evaluaciones psiquiátricas equivocadas que no correspondan a la actual situación mental de la persona. (Caso *X. v. United Kingdom* (art. 50) —7215/75 —1982— ECHR 8 —18 october 1982 y en L.O. Gostin y L. Gable, “*The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*”, *Maryland Law Review* 63 [2004] 64-65).

6º) Que, resulta de plena aplicación al sub lite, lo dictaminado por el señor Procurador en los autos caratulados “Caimi, José Antonio s/internación” (Competencia Nº 619. XXII) —Fallos: 312:1373— al sostener que el hecho de que el juez que conoce en el trámite de internación se encuentre en el mismo lugar que el establecimiento donde habita el eventual incapaz, en primer término, coadyuva al contacto directo y personal del órgano judicial con el afectado por

la medida. Además, favorece la concentración en ese marco de todas las diligencias médicas destinadas a determinar su estado de salud, y finalmente propende a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos y la prolongación excesiva de los plazos en la adopción de decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo, aspectos todos ellos vinculados a los principios de inmediatez y economía procesal (capítulo II, párrafo cuarto del referido dictamen).

7º) Que, en virtud de lo expuesto y en atención a lo normado por los arts. 5º incs. 8º y 12; 235 segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, llevan a concluir que el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla, sin perjuicio de que resuelva declarar su incompetencia o, en su caso, requiera la intervención del juez del domicilio del causante a los fines previstos en el art. 5º, inc 8º, segundo párrafo, del código de rito, si así correspondiere. En efecto, la debida tutela de los derechos esenciales de la persona sometida al tipo de proceso como el de autos, impone al juez del lugar de la internación forzosa la obligación de tomar las medidas urgentes que aquélla requiera. En consecuencia, en el supuesto de suscitarse una contienda de competencia entre magistrados, el deber de aquél no cesa hasta tanto el conflicto no sea resuelto, o bien —según sea el caso— hasta que juez del domicilio del causante asuma su competencia, si ello correspondiese. Lo contrario, esto es, aceptar que la internación sin orden judicial y el mantenimiento de esa situación irregular sin control periódico alguno durante la tramitación de los conflictos que de esta índole pudieran plantearse, no significa otra cosa que convalidar la violación del estatuto básico de los derechos fundamentales de las personas con padecimientos —reales o presuntos— como los enunciados en el art. 482, párrafos 2º y 3º del Código Civil, tornándose así ilusorio el contenido de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que, en el caso, resulta competente para conocer en las actuaciones —con arreglo a los términos del considerando 7º del presente— el Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nº 2 del Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán. Hágase saber lo decidido al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 10. ENRIQUE S. PETRACCHI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — JUAN C. MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — RICARDO L. LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Autos y Vistos:

De conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Tribunal Colegiado de Instancia Unica del Fuero de Familia Nº 2 del Departamento Judicial de La Plata, provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 10. ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — CARMEN M. ARGIBAY.

Derecho a la nutrición - Ley 25.724 (68) - Incompetencia originaria de la Corte Suprema.

Rodríguez, Karina Verónica c/ Estado Nacional y otros s/ acción de amparo. 07/03/2006 - Fallos: 329:553.

Antecedentes:

Karina Verónica Rodríguez en representación de sus hijos menores interpuso acción de amparo ante el Juzgado Federal N° 4 de La Plata contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes a fin de que se lleven a cabo las acciones necesarias para que sus hijos superen el grave estado de desnutrición, bajo el control de las autoridades competentes.

Asimismo, solicitó que se dictara una medida cautelar con el objeto de que se provean los elementos necesarios para asegurar una dieta alimentaria y se realicen controles de la evolución de la salud de los menores.

El juzgado se declaró incompetente sosteniendo que eran partes el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, por lo que remitió el caso a la Corte Suprema.

La Corte —por mayoría— declaró la incompetencia originaria e hizo lugar a la medida cautelar por mediar suficiente verosimilitud en el derecho y en particular peligro en la demora (art. 230 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Las juezas Highton de Nolasco y Argibay en disidencia, sostuvieron que ante el desamparo expuesto por la actora no competía al Tribunal valorar o emitir juicios generales de situaciones cuyo gobierno no le está encomendado al impedírsele la naturaleza específica de sus funciones.

Algunas cuestiones a resolver:

a) Deberes del Estado Nacional, provincias y municipalidades conforme a la ley 25.724 (69). (Considerando 3°)

Estándar aplicado por la Corte:

- El Tribunal no resulta competente pues no media incumplimiento del Estado Nacional por el desamparo expuesto por la actora y sus hijos menores, toda vez que la ley 25.724 de creación del programa de nutrición y alimentación nacional (arts. 7° y 8°) y su decreto reglamentario, fueron dictados según lo dispuesto por los arts. 75, incs. 22 y 23 y concordantes de la Constitución Nacional estableciendo que la ejecución del programa ha quedado en

(68) **Nota de Secretaría:** Ley de creación del Programa de Nutrición y Alimentación Nacional.

(69) **Nota de Secretaría:** En sentido similar ver “Esquivel, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros” (Fallos: 329: 548) y Q. 103.XLI “Quiñone, Alberto Juan c/ Buenos Aires, Provincia de” (de fecha 11 de julio de 2006), donde la Corte ordenó las medidas cautelares solicitadas, si bien declaró su incompetencia.

cabeza de cada una de las provincias, con indicación de acciones precisas a cargo de los municipios.

- De acuerdo a la ley 25.724 que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación, las provincias tienen, entre otras funciones, las de impulsar la generación de políticas de abastecimiento alimentario en los niveles locales a fin de garantizar la accesibilidad de toda la población, especialmente a los grupos vulnerables (niños hasta los 14 años, embarazadas, discapacitados y ancianos desde los 70 años en situación de pobreza) y promover la creación de centros de provisión y compra regionales. Por su parte, los municipios deben inscribir a los destinatarios del programa en un Registro Único de Beneficiarios e implementar una red de distribución de los recursos, promoviendo la comensalidad familiar, siempre que ello sea posible, o a los distintos comedores comunitarios donde se brinde el servicio alimentario, a fin de garantizar el objetivo de la mencionada ley.

- Cuando se trate de un caso de desnutrición infantil, en el que se solicite una medida cautelar con el fin de que se provean los elementos necesarios para asegurar una dieta alimentaria, y toda vez que en el mismo medie suficiente verosimilitud en el derecho y en particular peligro en la demora —de conformidad con lo establecido en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— corresponde hacer lugar a la medida precautoria solicitada.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador Fiscal subrogante:

Suprema Corte:

— I —

Karina Verónica Rodríguez, con domicilio en el barrio “La Matera” de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, en representación de sus hijos menores, Rut Rodríguez y Kevin Hernández, de cinco y dos años de edad respectivamente, promovió acción de amparo, con fundamento en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 25.724, que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación, ante el Juzgado Federal N° 4 de La Plata, contra el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), contra la Provincia de Buenos Aires y contra el Municipio de Quilmes, a fin de que se disponga el cese de las acciones y omisiones de las demandadas que la llevan a padecer un grave estado de desnutrición (v. certificados de fs.2/3) y, a la vez, que se lleven a cabo todas las acciones necesarias para superarlo, bajo el control de las autoridades competentes, en defensa de sus derechos a la vida y a la salud, garantizados por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales.

Manifestó que su familia subsiste con la ayuda que les otorga el Estado a través de un plan de asistencia social, complementado con la comida que recibían en tres comedores que operaban en su barrio. Añadió que debido al cierre de dichos centros asistenciales, lo que percibe actualmente no le alcanza para brindar a sus hijos ni siquiera lo indispensable para una comida diaria.

Solicitó, además, la concesión de una medida cautelar por la cual se intime a las accionadas a proveer en forma inmediata los alimentos necesarios para asegurarles una dieta balanceada y controlar la evolución de la salud de los menores, informando semanalmente al Juzgado hasta tanto se dicte sentencia en la causa.

A fs. 24, el Juez Federal, de conformidad con el dictamen del Fiscal de fs. 22/22 vta., se declaró incompetente por entender que la causa corresponde a la competencia originaria de la Corte, al ser demandadas una Provincia y el Estado Nacional (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

A fs. 29, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

— II —

La cuestión que se debate en autos guarda sustancial analogía con la que fuera objeto de tratamiento por este Ministerio Público en oportunidad de expedirse, el 3 de mayo de 2004, in re S. 730, XL, Originario, “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, en tanto el Estado Nacional no es parte sustancial en el proceso toda vez que, ni de los términos de la demanda, ni de las constancias obrantes en el expediente se desprende que haya existido un acto u omisión en concreto por parte de la autoridad nacional respecto de la pretensión que aquí se sustenta, motivo por el cual entiendo, prima facie, que no media incumplimiento alguno de este co-demandado. En su mérito, entiendo que no procede la competencia originaria de la Corte *ratione personae*.

Por otra parte, cabe resaltar que la actora y sus hijos viven en la Provincia y en el Municipio demandados, cuyas autoridades son las directamente encargadas de velar, en principio, por la alimentación y salud de las personas carenciadas.

En tales condiciones, y en virtud de lo expuesto en el dictamen citado *ut supra* y sus citas, que doy aquí por reproducido *brevitatis causae*, opino que el proceso resulta ajeno a la instancia originaria de la Corte.

No obstante, asiste a V.E. la posibilidad, tal como lo dispuso en dicho precedente, en caso de estimar que exista peligro en la demora, de decretar la medida cautelar solicitada, según lo previsto en el art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, 5 de julio de 2005. RICARDO O. BAUSSET.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 7 de marzo de 2006.

Autos y Vistos: Considerando:

1º) Que a fs. 13/20 se presenta Karina Verónica Rodríguez, en representación de sus hijos menores Rut Rodríguez y Kevin Lautaro Hernández, de 5 y 2 años de edad, respectivamente, e inicia acción de amparo, con fundamento en la ley 25.724 —que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación— ante el Juzgado Federal N° 4 de La Plata, contra el Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, a fin de que se disponga el cese de las acciones y omisiones de dichas agencias

estatales que hacen que sus hijos padezcan un grave estado de desnutrición, y que se lleven a cabo las acciones necesarias para superarlo, bajo el control directo y efectivo de las autoridades competentes.

Afirma que su grupo familiar subsiste con la ayuda que le otorga el Estado a través de un plan de asistencia social y, hasta hace poco, con la que le prestaban tres comedores que funcionaban en su barrio y que actualmente han sido cerrados. Solicita, asimismo, que se dicte una medida cautelar por la cual se ordene a los demandados a proveer en forma inmediata los elementos necesarios para asegurar una dieta alimentaria y se realicen controles de la evolución de la salud de los menores.

2º) Que a fs. 24 el juzgado interviniente se declara incompetente para entender en estas actuaciones por ser partes el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires y ordena su remisión a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3º) Que a pesar que el Tribunal ha decidido en reiteradas oportunidades que cuando se demanda al Estado Nacional y a otro provincial, la única forma de conciliar lo preceptuado por el art. 117 de la Constitución Nacional respecto de las provincias con las prerrogativas que le asisten a la Nación al fuero federal, sobre la base de lo dispuesto por el art. 116 de la Ley Fundamental, es sustanciar la acción en la instancia originaria de la Corte Suprema (Fallos: 320:2567; 322:190; 323:1110, entre otros), este principio no puede ser aplicado en autos.

En efecto, teniendo en cuenta lo expresado en el escrito de inicio y las funciones que de acuerdo a lo establecido en la ley 25.724 de creación del programa de nutrición y alimentación nacional —invocada por la demandante como fundamento de su reclamo— competen al Estado Nacional, por una parte, y a la provincia y al municipio por la otra (arts. 7 y 8 de la citada ley), en el presente caso no media incumplimiento del primero como para justificar la promoción de este amparo en esta instancia originaria.

Ello es así pues la ley 25.724 y su decreto reglamentario fueron dictados por el Estado Nacional en el marco de lo dispuesto en los arts. 75, inc. 22 y 23 y concordantes de la Constitución Nacional, y en los términos que ha quedado redactada la norma y por aplicación de los principios que hacen a la organización federal, la ejecución del Programa de Nutrición y Alimentación Nacional se ha puesto en cabeza de cada una de las provincias, con indicación de acciones precisas a cargo de los respectivos municipios.

En tal sentido, el art. 7, inc. e de la ley dispone que las comisiones provinciales tienen, entre otras funciones, la de impulsar la generación de políticas de abastecimiento alimentario en los niveles locales a fin de garantizar la accesibilidad de toda la población, especialmente a los grupos vulnerables (niños hasta los 14 años, embarazadas, discapacitados y ancianos desde los 70 años en situación de pobreza) y promover la creación de centros de provisión y compra regionales. Y el art. 8, de dicha ley por su parte, establece que los municipios, entre otras funciones, tienen las de inscripción de los destinatarios del programa en un Registro Único de Beneficiarios (inc. a) y las de implementar una red de distribución de los recursos, promoviendo la comensalidad familiar, siempre que ello sea posible, o a los distintos comedores comunitarios donde se brinde el servicio alimentario, a fin de garantizar el objetivo de la presente ley (inc. c).

4º) Que en atención a lo expuesto, a que la demandante tiene su domicilio en la localidad de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, y de conformidad con la conclusión del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante de fs. 30/31, corresponde declarar que el Tribunal no re-

sulta competente para entender en las presentes actuaciones. Sin perjuicio de ello y toda vez que en este caso media suficiente verosimilitud en el derecho y en particular peligro en la demora, de conformidad con lo establecido en el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada, la que deberá ser cumplida de acuerdo con lo previsto por el art. 196 cód. cit. (conf. P.1425.XL “Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo”, sentencia del 7 de diciembre de 2004).

Por ello, se resuelve: 1) Hacer lugar a la medida cautelar y, en consecuencia, ordenar a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que le provea a Kevin Lautaro Hernández y Rut Rodríguez de los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de su salud, en un plazo de cinco días. Notifíquese con habilitación de días y horas inhábiles. 2) Declarar la incompetencia de esta Corte para entender en las presentes actuaciones. Notifíquese. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Que a fs. 13/20 se presenta Karina Verónica Rodríguez, en representación de sus hijos menores Rut Rodríguez y Kevin Lautaro Hernández, de 5 y 2 años de edad, respectivamente, e inicia acción de amparo, con fundamento en la ley 25.724 —que creó el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación— ante el Juzgado Federal N° 4 de La Plata, contra el Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, a fin de que se disponga el cese de las acciones y omisiones de dichas agencias estatales que hacen que sus hijos padezcan un grave estado de desnutrición, y que se lleven a cabo las acciones necesarias para superarlo, bajo el control directo y efectivo de las autoridades competentes.

Afirma que su grupo familiar subsiste con la ayuda que le otorga el Estado a través de un plan de asistencia social y, hasta hace poco, con la que le prestaban tres comedores que funcionaban en su barrio y que actualmente han sido cerrados. Solicita, asimismo, que se dicte una medida cautelar por la cual se ordene a los demandados a proveer en forma inmediata los elementos necesarios para asegurar una dieta balanceada y se realicen controles de la evolución de la salud de los menores.

2º) Que a fs. 24 el juzgado interviniente se declara incompetente para entender en estas actuaciones por ser partes el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires y ordena su remisión a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3º) Que más allá de lo expresado por el señor Procurador Fiscal subrogante acerca de la competencia, cabe destacar que del relato efectuado por la actora y de la documentación por ella acompañada no surge que ningún organismo público haya negado a los hijos de la peticionaria el acceso a la prestaciones requeridas.

4º) Que de acuerdo a las circunstancias expuestas, no se advierte la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten o amenacen los derechos

invocados (arts. 43 de la Constitución Nacional y 1º de la ley 16.986). Corresponde entonces rechazar la demanda sin sustanciación (art. 3º de la ley citada en último término).

5º) Que en tales condiciones, cabe agregar que el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser considerado ni resuelto por esta Corte toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado toda vez que la naturaleza específica de sus funciones en el marco de las instituciones fundamentales se lo impide (Fallos: 300:1282 y 301:771).

Por ello, y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante, se decide: Rechazar *in limine* la demanda de amparo seguida por Karina Verónica Rodríguez, en representación de sus hijos menores Rut Rodríguez y Kevin Lautaro Hernández, contra el Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes (art. 3º, ley 16.986). Notifíquese. ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Costas - Derecho a la salud - Estado Nacional - Provincias.

Barria, Mercedes Clelia y otro c/ Chubut, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ amparo. 11/04/2006 - Fallos: 329:1226.

Antecedentes:

Los actores iniciaron acción de amparo contra el Estado Nacional, la Provincia del Chubut y Dialcer S.R.L. reclamando la continuación de la prestación que recibieron hasta el 1º de diciembre de 2003 de los servicios de hemodiálisis y diálisis peritoneal.

Las partes habían celebrado un convenio en el cual Dialcer S.R.L. garantizaba la prestación de los servicios —que fueron suspendidos frente a la falta de pago por parte del Ministerio de Salud de la Provincia del Chubut— y aceptaron imputar los depósitos efectuados por la Provincia del Chubut al pago de la deuda reclamada durante los años 2002 a febrero de 2004. La Dirección Nacional de Prestaciones Médicas asumió la cancelación de las prestaciones a partir de marzo de 2004 por cuenta y orden de la provincia.

Las partes levantaron la medida cautelar y se comprometieron a manifestar su posición respecto de las costas.

La Corte —por mayoría— impuso las costas por la actuación de la actora y de Diaceler S.R.L. al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut.

En su voto concurrente los jueces Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay concluyeron que los actores actuaron razonablemente al comprender como sujetos pasivos de la prestación al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut, pues ambas tenían a su cargo el cumplimiento del Programa Federal de Salud y que la conducta en que incurrieron ambas dependencias al omitir

las obligaciones estipuladas a su cargo justificó que las costas del proceso les sean impuestas en forma concurrente.

El juez Maqueda en su voto coincidió con lo resuelto por la mayoría excepto en lo referente a la reiterada y persistente inejecución de la obligación de pagar el servicio en que incurrieron las dependencias gubernamentales que podría haber legitimado un comportamiento distinto (arts. 510 y 1201 del Código Civil) por parte de la sociedad comercial.



Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Acciones positivas. Omisión de dependencias estatales. Derecho a la salud. Costas** (Mayoría; Considerandos: 4º, 6º a 8º).



Estándar aplicado por la Corte:

- Corresponde imponer concurrentemente las costas del proceso que prevé el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut, pues los actores se vieron obligados a iniciar una acción de amparo por haber omitido aquéllos las acciones positivas a su cargo dirigidas a satisfacer el derecho a la salud que conlleva el resguardo de la autonomía personal y de la vida misma.

-Corresponde la imposición de costas a dependencias gubernamentales, al no observarse responsabilidad alguna de parte de una sociedad comercial que no incumplió con la asistencia médica estipulada a pesar de que la reiterada y persistente inejecución de la obligación de pagar el servicio en que incurrieron dichas dependencias podría haber legitimado un comportamiento diverso; también resultó perjudicada por la suspensión de transferencia de partidas y ha tomado intervención en un pleito al que ha sido ajena.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 11 de abril de 2006

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que a fs. 19/24 se presentan Mercedes Clelia Barria y Juan Carlos Figueroa, por medio de apoderado, e inician acción de amparo contra el Estado Nacional, la Provincia del Chubut y Dialcer S.R.L. con el objeto de reclamar que los codemandados les continúen prestando los servicios de hemodiálisis y diálisis peritoneal que vienen recibiendo hasta el 1º de diciembre de 2003, tres veces por semana.

Dicha pretensión se dirigió contra el Ministerio de Salud de la Nación por ser el responsable directo del Programa Federal de Salud (PROFE); contra el Ministerio de Salud de la Provincia del Chubut como delegado de la autoridad sanitaria nacional para la administración e implementación de algunos aspectos del citado programa; y contra Dialcer S.R.L., empresa que les suministró materialmente a los actores el servicio de hemodiálisis por haber sido contratada por los otros codemandados.

Frente a la falta de pago de las prestaciones médicas por parte del ministerio provincial, la empresa Dialcer S.R.L. comunicó a los actores su intención de suspender las prácticas en cuestión, hecho que dio lugar a la amenaza en que la actora basó su pretensión.

2º) Que a fs. 585 las partes celebraron un convenio, con fecha 29 de diciembre de 2004, en el cual Dialcer S.R.L. garantiza la prestación del servicio de hemodiálisis y diálisis peritoneal a los actores y acepta imputar los depósitos efectuados por la Provincia del Chubut —en cumplimiento de la medida cautelar— al pago de la deuda reclamada por la prestación de servicios durante los años 2002 a febrero 2004, reservándose el derecho a reclamar los intereses por pago fuera de término y por diferencias de liquidación; la Dirección Nacional de Prestaciones Médicas, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, asume la cancelación de las prestaciones realizadas a los actores a partir del mes de marzo de 2004, por cuenta y orden de la Provincia del Chubut, a tenor del convenio suscripto en el año 2004, entre el Estado local y aquella agencia nacional.

Asimismo, las partes prestaron conformidad con el levantamiento de la medida cautelar decretada a fs. 33/34 y, dentro de los cinco días hábiles posteriores a la feria judicial, se comprometieron a manifestar su posición respecto de las costas correspondientes a estas actuaciones.

3º) Que, a fs. 597/598 vta., la parte actora considera que las costas deben ser soportadas por las codemandadas Ministerio de Salud de la Nación y la Provincia del Chubut, en partes iguales, porque dieron origen al amparo al no abonar los servicios de diálisis.

La demandada Dialcer S.R.L., a fs. 622/625 vta., sostiene idéntica postura, argumentando que ambas jurisdicciones —Ministerio de Salud de la Nación y Provincia del Chubut— son responsables por la atención médica y el pago de las prestaciones de salud.

Diferente es el punto de vista de la Provincia del Chubut que, a fs. 630/630 vta., expresa que las costas deben estar a cargo del Estado Nacional por ser el único responsable directo del programa de salud.

4º) Que, a tenor de las constancias de autos, corresponde imponer las costas originadas en la actuación de la parte actora y de Dialcer S.R.L. al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut.

En efecto, los demandantes promovieron esta acción de amparo con el objeto de procurar la tutela del derecho a la salud que conlleva, por encontrarse íntimamente relacionado, el resguardo de la autonomía personal y de la vida misma. Esta, como lo ha reconocido la Corte, constituye el primer derecho de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y resulta garantizado por la Constitución Nacional y por diversos tratados de derechos humanos debido, entre otras consideraciones, a que la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo (conf. Fallos: 323:1339).

5º) Que sobre la base del mencionado encuadramiento y jerarquización del derecho comprometido en el *sub lite* debe ser apreciada la conducta cumplida por el Estado Nacional y la Provincia del Chubut, que han insistido a lo largo de la causa en la complejidad y particularidades de las cuestiones debatidas para tratar —por un lado— de excusar sus respectivas conductas omisivas y prescindentes en la tutela perseguida por los demandantes, a la par de imputarse recíprocamente la exclusiva responsabilidad en la atención médica reclamada por los demandantes.

Al respecto, no sólo no se advierten elementos que descarten la responsabilidad conjunta de las dependencias competentes de ambos estados, sino que —en rigor— de los convenios interadministrativos celebrados en junio de 2003 (fs. 124/129) y marzo de 2004 (fs. 565/572) surge que la agencia nacional, en su calidad de responsable directa del Programa Federal de Salud del cual son beneficiarios los actores, conservó diversas potestades administrativas consistentes en el deber de practicar auditorías sobre el servicio, el de adoptar mecanismos para asegurar la correcta atención de los afiliados, y en la posibilidad de rechazar prestadores, además de la obligación esencial de transferir las partidas necesarias para afrontar las erogaciones pertinentes. Por su parte, la organización provincial asumió los deberes y potestades que se derivan de los convenios mencionados, por los cuales se hizo cargo de la atención de un universo de pacientes, respecto de la cual se obligó a ejercer diversas facultades —incluso las de control— que no se alteraban ni reducían ante supuestos expresamente previstos como el de subcontratación de los servicios de salud.

6º) Que sobre la base de dichos elementos objetivos cabe concluir que los actores actuaron razonablemente al comprender como sujetos pasivos de la pretensión a las dos agencias estatales, pues las omisiones en que estaban incurriendo las autoridades públicas del ámbito nacional y local en el financiamiento del programa permitían avizorar la inminencia de un menoscabo a aquel bien que, como la salud, merece la máxima tutela no sólo por su prioridad indiscutible en los términos señalados precedentemente, sino también por resultar imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal en tanto condiciona la libertad de toda opción acerca del proyecto vital (Fallos: 325:292; 325:1598; y sus citas; 326:4931). Al respecto, no debe soslayarse ni minimizarse que en tanto se trata de un caso en el que la continuidad del tratamiento se vio amenazada al ser suspendida la transferencia de las partidas necesarias para afrontar su costo, es de aplicación el principio con arreglo al cual —como lo ha entendido esta Corte— la protección de la salud no sólo es un deber estatal impostergable, sino que exige una inversión prioritaria (Fallos: 323:1339, 1362).

7º) Que, en suma, si bien quienes procuran ante el Poder Judicial la tutela de su derecho a la salud afectado por actos u omisiones manifiestamente ilegales o arbitrarios no pueden ser totalmente liberados de indagar sobre las razones jurídicas que dan sustento a la responsabilidad atribuida a cada uno de los múltiples demandados, se impone precisar que a aquellos pacientes necesitados de respuestas urgentes, por enfrentar la posibilidad de ver interrumpidos tratamientos de los que depende su salud o aún su vida, no cabe trasladarles en su totalidad los requerimientos ínsitos a otras causas —aún encauzadas por la vía del amparo— en las cuales se ventile la tutela de derechos de diverso contenido o trascendencia.

En tal orden de ideas, cabe entender que de extremarse el rigor de los razonamientos lógicos o de exigirse disquisiciones de significativa sutilidad, podrían quedar desnaturalizados los fines superiores perseguidos mediante la vía procesal intentada, así como desalentar su planteamiento, frustrando de este modo una instancia cuya raigambre constitucional ha sido reconocida desde el tradicional precedente “Siri” de 1957 (Fallos: 239:459) y ha quedado expresamente reglada en el texto del art. 43 de la Ley Fundamental a partir de la reforma de 1994; máxime, cuando ésta no sólo se presupone breve y simple, sino que además, como ha destacado este Tribunal, resulta un medio imprescindible para la salvaguarda de derechos de la jerarquía de los invocados por los aquí actores (Fallos: 325:292 y sus citas).

8º) Que en las condiciones expresadas, la conducta en que incurrieron ambas dependencias estatales al omitir las acciones positivas a su cargo para satisfacer los derechos cuya tutela los demandantes procuraron y sólo obtuvieron en esta sede judicial a raíz de la pretensión que

promovieron, justifican que se les impongan concurrentemente las costas del proceso (art. 68 del ordenamiento procesal).

Esta condenación comprende los gastos ocasionados por la actuación de la codemandada Dialcer S.R.L., pues si bien fue alcanzada subjetivamente por la pretensión esa expansión se apoyó en razones de naturaleza estrictamente procesal a fin de que, de ser necesario, pudiera ser conminada en su condición de parte para cumplir con un mandato judicial —preventivo como el de fs. 33/34, o definitivo— que le impusiera la obligación de hacer perseguida, mas en el examen de su conducta anterior al proceso y durante él no se observa responsabilidad alguna de su parte que hubiera dado lugar a la iniciación de esta causa. Ello es así, pues —paradójicamente frente a la reprochable conducta de organizaciones estatales cuya actuación debe propender al bien común— esta sociedad comercial no dejó de cumplir con la asistencia médica estipulada a favor de los demandantes a pesar de que la reiterada y persistente inejecución de la obligación de pagar el servicio en que incurrieron las dependencias gubernamentales podría haber legitimado un comportamiento diverso (arts. 510 y 1201 del Código Civil), de manera que ambas agencias estatales deben asumir asimismo la condigna responsabilidad frente a quien también resultó perjudicada por el incumplimiento mencionado y ha sido llamada a tomar intervención en un pleito al que ha sido manifiestamente ajena.

Por ello, se resuelve: Imponer las costas ocasionadas por la actuación de la parte actora y de Dialcer S.R.L. al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut. Notifíquese. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA (*según su voto*) — E. RAUL ZAFFARONI (*según su voto*) — RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON E. RAUL ZAFFARONI, DON RICARDO LUIS LORENZETTI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con los considerandos 1º a 3º del voto de la mayoría.

4º) A tenor de las constancias de autos, corresponde imponer las costas originadas en la actuación de la parte actora y de Dialcer S.R.L. al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut.

En efecto, los demandantes, beneficiarios nacionales de pensiones no contributivas y empadronados en el Programa Federal de Salud, se vieron obligados a iniciar la acción de amparo atento el incumplimiento de las coberturas médicas asistenciales establecidas en dicho sistema y a cargo de ambos estados. Esta situación se produjo cuando la codemandada Dialcer S.R.L. —prestadora de los servicios de hemodiálisis y diálisis peritoneal— notifica la suspensión del tratamiento, frente a la ausencia de pago de los servicios por parte de las autoridades antes señaladas.

En este contexto, para decidir quién debe hacerse cargo de las costas del juicio resulta relevante apreciar la conducta procesal del Estado Nacional y provincial en esta causa. A tal fin, las constancias dan cuenta de la intimación que este Tribunal dispuso para que la Provincia del Chubut acreditara en un plazo de cinco días, los pagos realizados a la prestadora del servicio (fs. 120), como consecuencia del incumplimiento de la medida cautelar (fs. 110/118) ordenada a fs. 33/34.

En el mismo orden de ideas, a fs. 187 se observa que al encontrarse vencido el plazo para acreditar los pagos dispuestos, el Tribunal ordena se trabe embargo sobre los fondos de la co-

participación que pertenecieran a la Provincia del Chubut hasta cubrir la suma adeudada en concepto de prestaciones médicas.

5º) Sobre la base de dichos elementos objetivos cabe concluir que los actores actuaron razonablemente al comprender como sujetos pasivos de la prestación a las dos agencias estatales, pues ambas tenían a su cargo el cumplimiento del Programa Federal de Salud. En efecto, de los convenios interadministrativos celebrados en junio de 2003 (fs. 124/129) y marzo de 2004 (fs. 565/572) se desprende que el Ministerio de Salud de la Nación resultaba ser el responsable directo del cumplimiento del Programa y delegó en el Ministerio de Salud provincial la administración e implementación de algunos aspectos del sistema social, tales como la contratación de la empresa que suministró a los actores las prestaciones médico asistenciales. Por su parte, la agencia nacional conservó diversas potestades administrativas consistentes, entre otras, en el deber de practicar auditorías sobre el servicio; adoptar mecanismos para asegurar la correcta atención de los afiliados, y, en la posibilidad de rechazar prestadores, además de la obligación esencial de transferir las partidas necesarias para afrontar las erogaciones pertinentes. En el mismo sentido, la organización provincial podía subcontratar las prestaciones que no serían brindadas desde el sector público, siendo responsable del control y la calidad total de la atención, eximiendo al Ministerio de Salud de la Nación de toda responsabilidad derivada de dicha contratación.

6º) En las condiciones expresadas, la conducta en que incurrieron ambas dependencias estatales al omitir las obligaciones estipuladas a su cargo, para satisfacer los derechos cuya tutela los demandantes procuraron y sólo obtuvieron en esta sede judicial a raíz de la acción iniciada, justifica que las costas del proceso les sean impuestas en forma concurrente (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Esta condena comprende los gastos ocasionados por la actuación de la codemandada Dialcer S.R.L., pues si bien fue alcanzada subjetivamente por la pretensión de los actores, en su carácter de prestadora de los servicios asistenciales para los que había sido contratada por la autoridad provincial, del examen de su conducta anterior al proceso y durante él, no se observa responsabilidad alguna de su parte que hubiera dado lugar a la iniciación de la causa.

Por ello se resuelve: Imponer las costas ocasionadas por la actuación de la parte actora y de Dialcer S.R.L. al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut. NotifíqueseE. RAUL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º a 7º del voto de la mayoría.

8º) Que en las condiciones expresadas, la conducta en que incurrieron ambas dependencias estatales al omitir las acciones positivas a su cargo para satisfacer los derechos cuya tutela los demandantes procuraron y sólo obtuvieron en esta sede judicial a raíz de la pretensión que promovieron, justifican que se les impongan concurrentemente las costas del proceso (art. 68 del ordenamiento procesal).

Esta condenación comprende los gastos ocasionados por la actuación de la codemandada Dialcer S.R.L., pues si bien fue alcanzada subjetivamente por la pretensión esa expansión se apoyó en razones de naturaleza estrictamente procesal a fin de que, de ser necesario, pudiera

ser conminada en su condición de parte para cumplir con un mandato judicial —preventivo como el de fs. 33/34, o definitivo— que le impusiera la obligación de hacer perseguida, mas en el examen de su conducta anterior al proceso y durante él no se observa responsabilidad alguna de su parte que hubiera dado lugar a la iniciación de esta causa. Ello es así, pues —paradójicamente frente a la reprochable conducta de organizaciones estatales cuya actuación debe propender al bien común— esta sociedad comercial no dejó de cumplir con la asistencia médica estipulada a favor de los demandantes, de manera que ambas agencias estatales deben asumir asimismo la condigna responsabilidad frente a quien también resultó perjudicada por el incumplimiento mencionado y ha sido llamada a tomar intervención en un pleito al que ha sido manifiestamente ajena.

Por ello, se resuelve: Imponer las costas ocasionadas por la actuación de la parte actora y de Dialcer S.R.L. al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut. Notifíquese. JUAN CARLOS MAQUEDA.

Programa Médico Obligatorio - Prestaciones - Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/amparo(70). 16/05/2006 - Fallos: 329:1638.

 **Antecedentes:**

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la sentencia de primera instancia que ordenó al I.N.S.S.J.P. a proveer a la actora insulina humana 100V, cintas reactivas y jeringas descartables y la revocó en cuanto a la cobertura total de un medicamento que debía ser suministrado en un 40% y pañales descartables por no corresponderle. La actora interpuso recurso extraordinario en base a la arbitrariedad de la sentencia argumentando que si bien se dio cumplimiento a lo regulado en el Programa Médico Obligatorio, éste también contemplaba situaciones generales que no podían nunca ser atribuidas a una situación particular.

La Corte Suprema —por mayoría— remitiendo al dictamen de la Procuración General, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada.

La jueza Argibay en disidencia declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia en lo relativo a la cobertura del medicamento y con respecto a los higiénicos descartables confirmó la sentencia, al sostener que si bien toda obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo (art. 3º ley 23.660 (71)) el INSSJP, por recibir fondos estatales, debe incluir en esa regla de distribución el dato referido a la carencia total de recursos propios e imposibilidad de trabajar de sus afiliados.

(70) **Nota de Secretaría:** Ver, en un sentido similar P. 110 XL, “Papa, Estela Angela c/ I.N.S.S.J.yP”, y P. 1130 XL, “Párraga, Alfredo c/ I.N.S.S.J.yP”, sentencias de fecha 16 de mayo de 2006, S.670.XLII, “Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios para Jubilados y Pensionados y otro”, de fecha 15 de mayo de 2007.

(71) **Nota de Secretaría:** Ley de Obras Sociales. El artículo citado se refiere a la forma en que las obras sociales destinarán sus recursos.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Derecho a la salud y a la vida. Cobertura de prestaciones. Obras sociales.** (Acápite III, párrafos 1º, 2º y 7º del Dictamen del señor Procurador Fiscal al que remite la mayoría; Disidencia de la jueza Argibay: Considerandos 7º a 10).

Estándar aplicado por la Corte:

- El derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida —primer derecho del hombre reconocido y garantizado en la Constitución Nacional— es por ello que los anexos del Programa Médico Obligatorio deben interpretarse en razonable armonía con el art. 1º del decreto 486/2002 (72) —aun en el marco de emergencia sanitaria— que garantiza el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

I. La Sala Civil, de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia del juez de grado en cuanto ordena al I.N.S.S.J.P. proveer al amparista de insulina humana 100V, cintas reactivas y jeringas descartables. En cambio, revocó parcialmente el pronunciamiento aludido en orden a la cobertura total de “Ampliactil” por corresponder le sea suministrado a la actora en un 40 %, y pañales descartables por no corresponderle (v. fs. 106/112).

Para así decidir, señaló que la accionante manifestó en el escrito de inicio que, a consecuencia de su enfermedad (diabetes) debe suministrársele Insulina Humana 100V en dos dosis diarias, necesitando contar con una jeringa para cada aplicación, y que, para el control de la glucemia le es imprescindible el uso de cintas reactivas. Esta alegación de la amparista —prosiguió— no fue contradicha por el I.N.S.S.J.P. y por ende a ello debe estarse (art. 17 de la ley de amparo y arts. 356, inc. 1º, y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Dijo que la Insulina Humana 100V corresponde sea suministrada con cobertura total, según lo dispuesto en el Anexo I, punto 7.5., apartado tercero, de la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud que regula el Programa Médico Obligatorio de Emergencia. Respecto a la solicitud de cintas reactivas —añadió— también es aplicable el PMO, que en su parte pertinente establece que para pacientes diabéticos insulino dependientes se duplicará la provisión de tirillas para medición de glucemia.

(72) **Nota de Secretaría:** Decreto 486/02 art. 1º, Declara la emergencia sanitaria nacional.

En cuanto al “Ampliacil” consideró ajustado estarse a lo resuelto por el PMO, es decir hacer lugar a la cobertura de sólo el 40%, según lo establece el Anexo I, punto 7.1.

En lo que hace a la entrega de pañales, manifestó que, si bien existe un sistema nacional denominado “Programa de Provisión de Higiénicos Absorbentes Descartables”, aprobado por Resolución 235/01, éste no se encuentra vigente a la fecha atento al estado de emergencia sanitaria nacional declarado por Decreto 486/02 y no existir normativa alguna en el PMO.

II. Contra este pronunciamiento, la parte actora, representada desde el comienzo del juicio por el Ministerio Público de la Defensa, interpuso el recurso extraordinario de fs. 115/123, que fue concedido a fs. 131.

Crítica a la sentencia por arbitraria manifestando que si bien es cierto que la demandada dio cumplimiento a lo específicamente regulado en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, no es menos cierto que este Programa contempla situaciones generales que no pueden nunca ser atribuidas a una situación particular como la que se plantea en el caso.

Alega que el derecho a la vida y su correlativo derecho a la salud y a la integridad personal se encuentran constitucionalmente plasmados en distintas cláusulas normativas. Invoca la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Expresa que el Estado creó el I.N.S.S.J.P., siendo posteriormente reconocido como agente del seguro de salud instituido por las leyes 23.660 y 23.661, dictadas con la finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país.

Aduce que no es solamente el PMOE lo que determina la cobertura por parte de la Obra Social, sino también las normas constitucionales e internacionales, la ley 23661, la ley 23.753, el decreto 1271/98 y el Decreto 486/02 que determina la emergencia sanitaria nacional en el marco del cual luego se dictó el PMOE.

Manifiesta que en el sub lite desoyendo lo estatuido por las normas superiores mencionadas, se establece que el Instituto debe cubrir solo un 40 % de la medicación y no hacerse cargo de la provisión de pañales, debiendo tenerse en cuenta que el accionante carece de recursos mínimos para su subsistencia por lo que mal podría pagar la medicación y los insumos le resultan indispensables.

Reprocha que los sentenciadores, si bien invocan como aplicable al caso la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud Pública de la Nación, no lo hacen en correlación con las demás normas que rigen la materia, como la Ley del Sistema Nacional de Seguro de Salud, la ley específica sobre diabetes, su decreto reglamentario y el propio decreto en virtud del cual se dispuso la resolución mencionada. Sostiene que mediante la aplicación de una norma inferior (una resolución ministerial) se está desconociendo lo establecido en dos decretos del Poder Ejecutivo y en dos leyes nacionales, cuya correcta interpretación impone adoptar una solución diametralmente distinta y conceder las medicinas e insumos requeridos.

III. Corresponde recordar en primer término, que V.E. tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es

inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (v. doctrina de Fallos: 323:3229).

Partiendo de esta premisa, cabe señalar que, si bien los anexos del PMO establecen la cobertura de sólo el 40% del Ampliactil, y no contemplan la provisión de pañales descartables, lo cierto es que tales especificaciones resultan complementarias y subsidiarias y, por lo tanto, deben interpretarse en razonable armonía con el principio general que emana del artículo 1º del Decreto 486/2002 en cuanto —aún en el marco de la emergencia sanitaria—, garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud. Además, en el inciso “d”, puntualiza que el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados se encuentra obligado a asegurar a sus beneficiarios el acceso a las prestaciones médicas esenciales.

En este contexto, es inevitable tener en cuenta que la actora —según constancias de autos no controvertidas por la demandada— es una anciana de 75 años, que se desplaza en silla de ruedas, que presenta demencia senil e incontinencia de esfínteres como complicaciones directas del estado avanzado de la diabetes tipo 1, y a cuyo respecto tramita un juicio por insania y curatela (v. certificados fs. 19 y 20).

Conforme a los certificados médicos agregados en autos (fs. 5/14), los medicamentos le son absolutamente indispensables, así como los pañales descartables por carecer de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, dada su senilidad y la incontinencia que padece.

También está probado que no tiene ninguna posibilidad de acceso a dichos fármacos e insumos, debido a sus escasos ingresos que consisten en una mínima pensión de \$ 241,30 (v. fs. 15/16), y la ayuda de su hija que sólo percibe \$ 150 del Programa Jefe de Hogar (v. fs. 17/18). Estos ingresos no han sido discutidos por el organismo demandado, ni tampoco se ha probado que la actora cuente con otros recursos.

Por las razones expuestas, estimo que el I.N.S.S.J.P. debe proporcionar a la actora el 100 % de Ampliactil y los pañales descartables que necesite, sin que ello importe anticipar opinión para otros supuestos en que no concurren las circunstancias de extrema necesidad que se dan en el presente caso.

No está demás agregar que, en cuanto al Ampliactil, el organismo demandado tampoco ha intentado demostrar la existencia de otros medicamentos alternativos o genéricos de menor costo e igual calidad que produzcan los mismos efectos que el específico solicitado.

La solución que propicio, encuentra justificación en precedentes del Tribunal, que ha establecido que el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una peyorativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (v. doctrina de Fallos: 323:1339). También ha dicho que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— e inc. 1 del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no

sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en su sentencia del 18 de diciembre de 2003, dictada en los autos: A. 891, L. XXXVIII, caratulados “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud —Estado Nacional s/ acción de amparo— medida cautelar”).

Por último, a partir de la crítica situación antes descripta en la que se encuentra la amparista, no dejo de advertir la gravedad de la imposición de las costas de la alzada en un 20 % a su cargo, máxime en una cuestión de las características apuntadas, lo que, de hacerse efectivo, conduciría a frustrar el objeto integral de su pretensión ya que significaría una quita a sus magros ingresos, por lo que propicio que las costas sean soportadas íntegramente por la demandada.

En virtud de todo lo expuesto, y dado que la solución del caso, atento a las condiciones precedentemente referidas, no admite mayores dilaciones, opino que se debe declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. FELIPE DANIEL OBARRIO.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 16 de mayo de 2006.

Vistos los autos: “Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo”.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente tratadas en el dictamen del señor Procurador Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por esta Corte, y a los que corresponde remitirse a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada con el alcance señalado y, en consecuencia, se hace lugar a la demanda (art. 16, ley 48). Con costas. Notifíquese a las partes y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia parcial*).

DISIDENCIA PARCIAL DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) La señora Reynoso, afiliada al I.N.S.S.J.P. promovió la presente acción de amparo a fin de que la obra social le provea el medicamento Ampliactil, cintas reactivas, jeringas y pañales descartables. Argumentó, que tales elementos resultan indispensables para el tratamiento de la diabetes que padece y que no puede procurárselos por sus propios medios, dado que recibe \$ 241,30 en concepto de jubilación y su hija \$ 150 del “Programa Jefe de Hogar”.

Señaló, que la urgencia del pedido radica en el riesgo que corre, ya que la correcta aplicación de la insulina es fundamental para su salud, y afirmó que en numerosas oportunidades concurrió al organismo demandado sin encontrar solución, lo que la condujo a pedir ayuda a la Defensoría Pública Oficial donde se elaboró una nota que tampoco obtuvo respuesta.

En concreto, invocó afectación de su derecho a la vida, a la salud, dignidad e integridad personal garantizados en los artículos 33 y 77 inciso 22 de la Constitución Nacional, XI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2, 5.1, 11.1, 19, 26 y 29 c. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.1, 2.2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En el ámbito legal infraconstitucional, consideró lesionado el artículo 2º de la ley 19.032, modificada por la ley 25.615, que dispone que: “El instituto tendrá como objeto otorgar —por sí o por terceros— a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y a su grupo familiar primario, las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, organizadas en un modelo prestacional que se base en criterios de solidaridad, eficacia y eficiencia, que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios del Instituto, atendiendo a las particularidades e idiosincrasia propias de las diversas jurisdicciones provinciales y de las regiones del país.

Las prestaciones así establecidas se considerarán servicios de interés público, siendo intangibles los recursos destinados a su financiamiento.

El Instituto no podrá delegar, ceder o de algún modo transferir a terceros las funciones de su conducción, administración, planificación, evaluación y control que le asigna la presente ley. Todo acto, disposición u omisión por parte de sus autoridades que infrinja este enunciado será declarado nulo de nulidad absoluta” (fojas 29/34 vta.).

2º) La Sala Civil de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó la sentencia del juez de primera instancia en cuanto ordenó al I.N.S.S.J.P. proveer las cintas reactivas y jeringas descartables a la amparista. Respecto del “Ampliactil”, el *a quo* revocó parcialmente el pronunciamiento en orden a su cobertura total, pues entendió que debía correr a cargo del demandado sólo el 40 % de conformidad con el Anexo I, punto 7.5 del Programa Médico Obligatorio (Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud). Seguidamente, dio favorable acogida al otro agravio del PAMI consistente en que no correspondía la entrega de pañales descartables, con sustento en que el “Programa de Provisión de Higiénicos Absorbentes Descartables”, aprobado por la Resolución 235/01, no se encontraba vigente a la fecha (fojas 106/111).

3º) Contra esta decisión, la parte actora ha interpuesto recurso extraordinario federal que resulta formalmente admisible, pues la sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata ha sido contraria al derecho que esa parte fundara en normas de carácter federal, concretamente en la ley 19.032 (artículo 14.3 de la ley 48).

En efecto, la demanda había alegado el derecho de la actora a obtener un trato especial y recibir una cobertura total de sus gastos médicos, en razón de carecer de recursos económicos para afrontar siquiera parcialmente el costo de los elementos que, de acuerdo con prescripción médica, eran necesarios para preservar su salud (Escrito de demanda, foja 29 vta., punto que fue mantenido en la contestación de agravios, fojas 100 vta./101 y recurso extraordinario fojas 118 vta./119). La sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión en todos sus términos.

Sin embargo, la sentencia dictada por la Cámara Federal denegó ese tratamiento especial y resolvió el caso conforme el régimen general según el cual el INSSJP sólo está obligado a otorgar el financiamiento establecido en la cobertura con que cuentan la generalidad de los

afiliados. Sobre esa base rechazó la petición relativa al suministro de pañales descartables y reconoció el derecho de la actora al cuarenta por ciento (40%) del medicamento “Ampliactil”, pero no al cien por ciento fijado en la sentencia de primera instancia.

Esa decisión implicó negar, como lo pretendía la actora, que el derecho al trato especial invocado encontrase respaldo en los decretos 486/02, 1271/98, ley 19.032 y más genéricamente en las diversas cláusulas de las Convenciones sobre derechos humanos incorporadas a la Constitución Nacional.

4º) Como quedó dicho, la parte actora interpuso recurso extraordinario sobre la base de que “si bien es cierto que la demandada dio cumplimiento a lo específicamente regulado en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (Resolución 201/2002), no es menos cierto que este Programa contempla situaciones generales que no pueden nunca ser atribuidas a una situación particular como la que se plantea en el caso *sub examine*”. Para respaldar esta consideración particular, hizo referencia al artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12.d. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el plano legal se apoyó en el artículo 2º de la ley 19.032 que organiza y regula el funcionamiento del INSSJP.

El INSSJP mantuvo, al contestar el recurso extraordinario, el rechazo de la pretensión antes descripta sobre la base de que, “los argumentos relacionados con la ‘falta de medios económicos’ vertida por la accionante, si bien resulta de digna consideración, no es circunstancia de la que pueda hacerse cargo el Instituto demandado, cuya actuación se rige por prescripciones de la Ley 23.660, el vigente Plan Médico Obligatorio y la normativa de Emergencia Sanitaria, cuya violación por la obra social, no ha sido ni discutida y por supuesto, tampoco puesta en evidencia, e incluso cumple con las mismas el Instituto, más allá de sus obligaciones...” (fojas 128 vta.).

También explicó la demandada que de acuerdo con la ley que rige su actividad, el Instituto es un “ente público no estatal” (leyes 19.032, 23.660 y 23.661) normativa que no admite la interpretación que propone su contraparte, porque “de aplicarse el criterio sustentado por la amparista, que el Instituto debe hacerse cargo de la situación económico-financieros [*sic*] que padece un amplio porcentaje, el que con seguridad supera el 70% de la población laboralmente pasiva de este país, dejaría de ser un Agente de Salud, desvirtuándose el objetivo de su creación” (fojas 128 vta.).

5º) Las circunstancias de hecho y prueba, tales como el ínfimo ingreso y consiguiente nula capacidad adquisitiva de la actora han quedado definitivamente establecidas en las instancias de grado y no son materia revisable por esta Corte. Por otra parte, tampoco hay diferencias entre los litigantes acerca de que los elementos cuyo suministro requiere la actora forman parte de lo que el artículo 2º de la ley 19.032 denomina “prestaciones sanitarias”. Lo mismo sucede con respecto al alcance de la cobertura general del INSSJP y de la competencia de las autoridades sanitarias para fijar esa cobertura general en función de los recursos disponibles.

Por lo tanto, el punto a resolver por esta Corte es si un caso como el de la actora debe ser tratado de un modo diferente al establecido en la cobertura general o no, es decir, si esa regla general puede justificar la posición asumida por el INSSJP y admitida por la sentencia de la Cámara.

6º) La solución que propondré es parcialmente acorde con lo solicitado por el señor Procurador Fiscal, en la medida que considera relevante la falta de recursos económicos de la ac-

tora (que se limitan a la jubilación mínima) para solicitar que se condene al Instituto a otorgar una cobertura más amplia de los gastos médicos que le son reclamados, sin que ello implique propiciar la misma solución respecto de afiliados que se encuentren en mejor situación económica. (Apartado III, párrafos quinto y sexto del dictamen de fojas 137). Citó en su apoyo el precedente “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” de esta Corte (Fallos: 326:4931).

De este modo, la solución que propone implica que, o bien el Instituto a otorgar una cobertura más amplia de los gastos debe proporcionar a todos sus afiliados un porcentaje, a mi modo de ver igual al que necesita el que menos recursos propios tenga, o bien que el Instituto debe ofrecer coberturas diferenciales según sea la condición económica del afiliado. Los términos del dictamen parecieran seguir este segundo camino.

Una decisión como la propiciada daría por sentado que el Instituto tiene facultades para tomar decisiones de efecto redistributivo en la aplicación de los fondos que administra y que ante requerimientos similares debe entregar más dinero a un cierto grupo de afiliados (los que cobran la jubilación mínima, por ejemplo) que a los demás. Creo que tanto en uno como en otro caso, y ante la expresa negativa de la demandada en este sentido, se impone expresar cuáles son las razones en que se apoya esta competencia para redistribuir, es decir, transferir dinero de unos a otros, en función de su condición económica.

Otra razón por la cual reputo insuficiente remitir al dictamen del señor Procurador Fiscal radica en el diferente tratamiento que, a mi modo de ver, merece el reclamo vinculado con aquellas prestaciones alcanzadas por la cobertura, aunque sea parcialmente, y el relacionado con aquellas prestaciones que están lisa y llanamente fuera de la cobertura que ofrece el Instituto a sus afiliados. Tengo para mí, por las razones que más adelante expondré (considerandos 11 y 12), que los deberes del Instituto en uno y otro caso tienen raíz y alcance distintos.

Por último, el intento de justificar la decisión en el precedente “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta”, es a mi entender, desafortunado, pues ambos casos no guardan una analogía tal que autorice a trasladar sin restricciones la regla de aquella decisión a la presente. En efecto, el precedente citado se trataba de una demanda dirigida contra el Estado Nacional y no contra una obra social como es el INSSJP (aunque, como se verá, una obra social con características que justifican un tratamiento singular). En segundo término, la razón determinante de ese fallo no fue la condición económica de los afiliados a las obras sociales, sino la fundamentación contradictoria e insuficiente del acto administrativo por el cual se recortó la cobertura que las obras sociales deben asegurar a las patologías vinculadas con la esclerosis múltiple. Y, en tercer lugar, lo que allí se decidió fue restablecer la cobertura total y universal de los enfermos con esclerosis múltiple y síndrome de desmielinización, sin distinciones. Por lo tanto, mal puede ese precedente servir como justificación de una decisión, como la postulada en el dictamen del Procurador, que ordenaría otorgar a la actora una cobertura diferencial en relación con la que corresponde a otros afiliados.

7º) La Constitución Nacional, a través de la incorporación de diversos instrumentos internacionales, trata como un derecho humano el de las personas a acceder a la más amplia atención de su salud que sea posible de acuerdo con los recursos disponibles (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, “XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos económicos de la comunidad”; Declaración Universal de Derechos Humanos “Artículo 25. Derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure...la salud.”; Pacto Internacional de Derechos Econó-

micos, Sociales y Culturales. “Artículo 12.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.” y “12.2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:...d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

8º) El sistema mediante el cual la República Argentina procura satisfacer el derecho a la salud de sus habitantes está organizado sobre la base de un esquema de seguridad social (obras sociales), otro de asistencia social (prestaciones en dinero y especie directamente otorgadas por el gobierno) y un tercer esquema de seguros privados contratados entre empresas de medicina privada y particulares. La norma más abarcativa que se ha dictado es la ley 23.661, cuyo artículo 5º hace referencia a la seguridad social (incisos a y b) y, menos claramente, a la asistencia (inciso c). Por su parte, las empresas de medicina prepaga tienen, en principio, al contrato con el afiliado como base, aunque con una importante restricción introducida por la ley 24.754 que las obliga a garantizar el programa mínimo obligatorio.

La diferencia más relevante entre los sistemas que he mencionado como seguridad y asistencia social es que el primero tiene la forma de un seguro que se financia mediante cuotas que deben pagar los beneficiarios, mientras que el segundo es solventado íntegramente por el dinero público y, en general, estaría previsto para las personas carentes de recursos económicos (Reglamentación del artículo 5.c. de la ley 23.661, dispuesta por el decreto 576/1993).

9º) El régimen legal general de las obras sociales fue introducido mediante la sanción de la ley 23.660, aunque algunas obras sociales tienen una regulación legal especial, como es el caso del INSSJP que se encuentra organizado y regulado por la ley 19.032.

Si bien las obras sociales se financian (principal, pero no exclusivamente) mediante el pago de cuotas por sus afiliados y esto la diferencia de la pura asistencia social, la relación entre la cuota y la cobertura no tiene una correlación actuarial entre riesgo y prima, como sucede en general con los contratos de seguro. La cuota está fijada como un porcentaje del salario que percibe el afiliado (artículo 16.b de la ley 23.660), es decir, los aportes son diferenciales aunque la cobertura es, en principio, la misma para todo el universo de afiliados.

Por lo tanto, las obras sociales tienen, parcialmente, una función distributiva o asistencial en favor de los afiliados que pagan cuotas más bajas y de los que presentan un mayor riesgo de enfermedad, pues son tratados igual que quienes pagan cuotas más elevadas y que quienes, por ser más sanos, demandan menos recursos de la obra social. Este efecto distributivo encuentra respaldo en el artículo 2º, *in fine*, de la ley 23.661 (que se refiere a la “justicia distributiva” en general, pero no alude de manera expresa a criterios de distribución que tengan en cuenta, por ejemplo, la situación económica de los afiliados).

10) Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, creo que, cuando se trata del INSSJP, que recibe el financiamiento público dispuesto en el artículo 8.k de la ley 19.032, la capacidad adquisitiva del afiliado *debe* ser un dato a tomar en cuenta. Como este deber del INSSJP tiene carácter jurídico y, concretamente, apoyo en el derecho federal (régimen de la ley 19.032), me inclinaré por aceptar la pretensión de la actora y la opinión coincidente del Procurador Fiscal en cuanto a que la situación de carencia económica debe ser tomada en cuenta por el INSSJP a efectos de otorgar cobertura sanitaria a sus afiliados.

El aporte de dinero público al INSSJP le obliga a seguir una lógica distributiva más intensa, en el sentido indicado, pues lo contrario implica concentrar la ayuda en el sector de benefi-

ciarios con capacidad económica bastante para soportar el porcentaje del costo sanitario no alcanzado por la cobertura, pero no llegaría a los sectores cuya posibilidad de acceder a dicha asistencia depende completamente del financiamiento del INSSJP. En efecto, aquellos jubilados que, por su carencia o severa limitación de recursos propios, se ven impedidos de afrontar el tramo no cubierto de sus gastos sanitarios lisa y llanamente no demandarán el medicamento o prestación médica de que se trate y, por ende, el INSSJP tampoco tendrá necesidad de aportar el porcentaje que le corresponde. De este modo, el INSSJP concentrará financiamiento en los jubilados con cierta capacidad económica propia y, silenciosamente, abandonará a los que carecen de ella y tampoco están ya en condiciones de trabajar para procurársela. El caudal de fondos que el INSSJP destina a las coberturas parciales de gastos sanitarios estaría dirigido en mayor medida al grupo de jubilados que cuentan con medios económicos suficientes para autofinanciarse, pero excluiría a quienes, como la actora, carecen de recursos propios. Creo que semejante clasificación entre jubilados con recursos y sin ellos, constituye un doble fracaso en cumplir con el artículo 2º de la ley 19.032: no es “equitativa” en sus efectos, pues introduce una discriminación vinculada a la condición económica, y no es “eficaz” porque no asegura un acceso efectivo.

En suma: si bien toda obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo (artículo 3º de la ley 23.660, *in fine*), el INSSJP, por recibir fondos estatales, debe incluir en esa regla de distribución el dato referido a la carencia total de recursos propios e imposibilidad de trabajar de sus afiliados.

Le corresponde financiar un porcentaje tal que permita el acceso efectivo de todos los afiliados a las mismas prestaciones incluidas en la cobertura y, en caso de que, por razones presupuestarias, esa cobertura no pueda ser igual para todos, es decir el mismo porcentaje del costo final, entonces deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado, y si, finalmente, estas son nulas, entonces deberá financiar el cien por ciento del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial.

Sobre la base de lo expuesto y en lo que se refiere al medicamento “Ampliatil” (o su equivalente genérico), no es suficiente, entonces, para tener por justificada la posición asumida en esta causa por el INSSJP, el que se apoye en el Plan Médico Obligatorio de Emergencia (Resolución N° 201/2002, dictada por el Ministro de Salud, en cumplimiento del Decreto N° 486/02) que reconoce un porcentaje invariable para cualquier afiliado (40%), cualquiera sea su posibilidad de financiar el saldo (60%).

11) Sin embargo, este razonamiento no alcanza a aquellas prestaciones que están fuera de la cobertura que ofrece el INSSJP. En efecto, en esta segunda situación, de acuerdo con el régimen general, ningún afiliado recibirá del INSSJP financiamiento alguno, cualquiera sea su condición económica y, por ende, no produce con su conducta ninguna fractura a las reglas básicas sobre las que debe funcionar el INSSJP, de acuerdo con el marco de la ley federal 19.032. En este aspecto he de apartarme del dictamen del señor Procurador Fiscal y del voto de mis colegas, pues no encuentro cuál puede ser la base legal o constitucional para doblegar la decisión que ha tomado el INSSJP al aplicar sus recursos y fijar qué prestaciones está en condiciones de incluir en su cobertura.

Por todo lo expuesto, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, y, en ejercicio de la facultad otorgada a esta Corte por el artículo 16 de la ley 48, se revoca la sentencia apelada en lo que se refiere al medicamento “Ampliatil” o su equivalente, cuyo costo deberá ser cubierto en un 100% por la demandada (considerando 10). En lo concerniente a

los higiénicos descartables, no alcanzados por la cobertura que ofrece el INSSJP, se confirma la sentencia de la alzada (considerando 11); costas por su orden. Notifíquese y remítase. CARMEN M. ARGIBAY.

Competencia originaria — Mala praxis médica — Hospital público — Responsabilidad civil — Salud pública.

Ledesma, Luis c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios. 11/07/2006 — Fallos: 329:2737.

Antecedentes:

El actor, con domicilio real en Buenos Aires, promovió demanda contra la Provincia de Santiago del Estero por indemnización de daños y perjuicios causados por una mala praxis médica en la que —a su entender— habrían incurrido diversos profesionales dependientes de un hospital público de dicha provincia cuando lo sometieron a una intervención quirúrgica en la pierna, así como por omitir derivarlo hacia otro establecimiento hospitalario de mayor complejidad o con otros médicos especializados en infectología, como según dijo, el caso requería.

La Corte Suprema declaró que la causa no era de su competencia originaria.

Algunas cuestiones a resolver:

a) Corte Suprema. Competencia originaria (73). Distinta vecindad y extranjería. Causa civil. (Considerandos 2º, 3º y 9º).

(73) **Nota de Secretaría:** Respecto a la competencia originaria en pretensiones en tutela de la salud: las causas “Díaz, Brígida c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación)” (Fallos: 326:970), “Sánchez, Enzo Gabriel c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional)” (Fallos: 326:4981), L 1155 XXXIX, Laudicina, Angela Francisca c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción de amparo”, sentencia de fecha 9 de marzo de 2004, “Benítez, Victoria Lidia y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros” (Fallos: 326:1400), A 304 XXXVII, “Alvarez, Oscar Juan c/ Buenos Aires, Provincia de y otro”, sentencia de fecha 12 de julio de 2001, entre otras, tramitaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en competencia originaria. En algunos casos, como “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional)” (Fallos: 330:1915), la Corte ordenó la medida cautelar previo a remitir las actuaciones al Procurador General de la Nación, a fin de que dictamine respecto a si correspondía que tramitasen ante ella de manera originaria. En la causa “López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo” (Fallos: 328:429), el Tribunal, por mayoría, consideró que no correspondía su competencia originaria en una acción de amparo iniciada contra la Provincia de Buenos Aires y el Estado Nacional, en tutela del derecho a la salud del actor, cuando no se habían efectuado los trámites pertinentes ante la provincia mencionada. Sin perjuicio de ello, toda vez que en el caso mediaba verosimilitud en el derecho y se configuraban los presupuestos establecidos en el art. 230 del CPRCCN, hizo lugar a la medida cautelar solicitada, consistente en la entrega de medicamentos (Vr. “Kastrup Phillips, Marta Nélica c/ Buenos Aires, Provincia de y otros”, (Fallos: 326:4572), “Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra”, (Fallos: 327:5556); “Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. de Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional)”, (Fallos: 327:5590); entre otras. En la causa “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco)” (Fallos: 330:4590), el Tribunal se declaró incompetente para entender en un amparo articulado a fin de que se condene al Estado Nacional y la Provincia del Chaco a que garanticen a los habitantes de la región sudeste del

b) Responsabilidad civil. Estado provincial. Servicio público hospitalario. (Considerandos 5º al 7º).

 ***Estándar aplicado por la Corte:***

- En aquellos supuestos de dañosidad causada por la actuación de los estados locales y, específicamente, en los casos de responsabilidad de las provincias por las consecuencias dañosas derivadas de la prestación del servicio público de salud por un órgano integrante de su administración, no se verifica una causa de naturaleza civil que corresponda a la competencia originaria reglada en el art. 117 de la Constitución Nacional y en el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58.

- Es responsabilidad del Estado provincial, y no sólo del Nacional, cumplir con el imperativo constitucional que pone a cargo de ambos la función trascendental de prestar servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral de la salud de sus habitantes, siendo el hospital público una consecuencia directa de este imperativo, pues es el ser humano el destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (arts. 14 bis, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional). Por lo tanto, quien contrae la obligación de prestar un servicio de asistencia a la salud de la población, lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.

Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, en su gran mayoría pertenecientes a la etnia Toba, una real y efectiva calidad de vida digna, que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia medico-social, a la alimentación, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente. Ordenó se despache la medida cautelar, sosteniendo que “le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.

En numerosas causas, el Tribunal ha aclarado que si ninguna de las partes que pretenden litigar ante sus estrados es aforada de modo autónomo, la acumulación subjetiva de pretensiones no es un instrumento apto para sostener una competencia restringida y de excepción, que en ningún caso hubiera correspondido de haberse introducido individualmente cada una de las pretensiones (“Rebull, Gustavo Prion c/ Misiones, Provincia de y otro”; Aragnelli, Carmen Ana c/ Estado Nacional y otros (Buenos Aires citado como tercero); Fallos: 329:5543; “Hormazábal Neira, Mariela del Carmen c/Mendoza, Provincia de y otros”; Fallos: 329:5169; “Gil, Facundo Martín y otra c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia y otro”; Fallos: 329:2925).

En la causa “Blackie, Paula Yanina y otros c/ Córdoba, Provincia de” (Fallos: 329:3065), si bien se rechaza la competencia originaria del Tribunal, aclaró que el artículo 18 CN “impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral”.

Texto del Fallo:**Dictamen del Procurador Fiscal**

Suprema Corte:

— I — A fs. 4/14 vta., Luis Ledesma, quien denuncia domicilio en la Provincia de Buenos Aires, promueve demanda, con fundamento en los arts. 43, 1109, 1112, 1113, 1122 y concordantes del Código Civil, contra la Provincia de Santiago del Estero (Hospital Regional Ramón Carillo de esa Ciudad), a fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados —a su entender— de la mala praxis médica en que habrían incurrido los profesionales de esa institución en las intervenciones quirúrgicas que le practicaron en la pierna, las cuales le causaron diversas secuelas.

A fs. 23, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

— II — Cabe recordar que para que proceda la competencia originaria de la Corte, conferida por el art. 117 de la Constitución Nacional y reglamentada por el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, en las causas civiles en que una Provincia es parte, resulta necesario que la contraria tenga distinta vecindad (Fallos: 269:270; 272:17; 294:217; 310:1074; 313:548; 323:690, 843 y 1202, entre otros).

En el sub lite, de los términos de la demanda —a cuya exposición de los hechos se debe atender de modo principal para determinar la competencia, según el art. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y doctrina de Fallos: 306:1056; 308:1239— se desprende que la pretensión del actor consiste en obtener el pago de un resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la presunta falta de servicio en que habría incurrido el personal médico del Hospital Regional Ramón Carillo, atribuyendo responsabilidad a la Provincia de Santiago del Estero por el cumplimiento irregular de las obligaciones a su cargo, toda vez que dicho organismo integra la Administración Central de ese Estado local.

En tales condiciones, si bien este Ministerio Público, en procesos análogos al presente, sostuvo la naturaleza administrativa del pleito, regido por normas de Derecho Público local (confr. dictámenes, in re, V. 387. XXXII. Originario. “Vázquez, Adolfo Roberto y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 20 de agosto de 1996 y C. 319. XXXVI. Originario. “Cid, Patricia Graciela y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, del 8 de agosto de 2000), la doctrina de V.E. le asigna carácter civil a la referida materia litigiosa (confr. sentencia, in re, D. 236. XXIII. Originario. “De Gandía, Beatriz Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización por daño moral”, del 6 de octubre de 1992, publicada en Fallos: 315:2309).

Por lo tanto, de considerar V.E. probada la distinta vecindad del actor, respecto de la Provincia demandada, con los testimonios obrantes a fs. 21/22, opino que el proceso debe tramitarse ante los estrados del Tribunal, en instancia originaria. Buenos Aires, 26 de julio de 2005. RICARDO O. BAUSSET.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 11 de julio de 2006.

Autos y Vistos: Considerando:

1º) Que a fs. 4/14 se presenta Luis Ledesma, denuncia domicilio real en la Provincia de Buenos Aires y promueve demanda contra la Provincia de Santiago del Estero con

el objeto de obtener una indemnización por los daños y perjuicios causados por la mala praxis médica en que —a su entender— habrían incurrido diversos profesionales dependientes del Hospital Regional doctor Ramón Carrillo, situado en la ciudad de Santiago del Estero, en las intervenciones quirúrgicas que practicaron al demandante en una de sus piernas, así como por omitir derivarlo hacia otro establecimiento hospitalario de mayor complejidad o con otros médicos especializados en infectología que —según dice— el caso requería.

Atribuye responsabilidad a la provincia por el irregular funcionamiento del servicio sanitario de un hospital público integrante de la administración central del Estado demandado.

Funda la pretensión en los arts. 21, 22, 23, 24 y 25 de la Constitución provincial en cuanto garantizan al ciudadano una adecuada atención médica, y en los arts. 43, 1109, 1112, 1113, 1122 y concordantes del Código Civil.

2º) Que en los pronunciamientos dictados por esta Corte en las causas B.2303.XL “Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios”, C.4500.XLI “Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios”, Z.110.XLI “Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/daños y perjuicios”, K.363.XL “Krinsky, Dina Ruth c/ Río Negro, Provincia de s/daños y perjuicios”, A.820.XXXIX “Aguilar, Patricia Marcela c/ Rey, Héctor y otra (Provincia de Buenos Aires) s/daños y perjuicios” y M.1569.XL “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, del 21 de marzo, del 18 de abril, del 9, 16 y 30 de mayo y del 20 de junio pasados, respectivamente, esta Corte ha tenido oportunidad de definir un nuevo contorno del concepto de causa civil —a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal por razón de la distinta vecindad o de extranjería— limitándolo a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible.

Con esta rigurosa comprensión, el Tribunal sentó el principio estructural con arreglo al cual le correspondía inhibirse para entender en su competencia originaria, no susceptible de ampliarse por persona ni poder alguno según la clásica expresión usada en la sentencia del 22 de septiembre de 1887 en la causa “Eduardo Sojo” (Fallos: 32:120), cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuye a la falta de servicio o remite al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación, sino por las autoridades locales de gobierno en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación.

3º) Que este marco conceptual excluye, como lo enfatizó el Tribunal en los precedentes que se vienen recordando, todos aquellos casos en que se pretenda imputar responsabilidad patrimonial a una provincia por los daños y perjuicios que invoquen sufrir los ciudadanos de otro Estado local, o un extranjero, por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio imperativo de sus funciones administrativas, legislativas o jurisdiccionales, entendidas todas ellas como una “potestad pública” propia del estado de derecho, más allá de que resultaren exclusivas o concurrentes con las correspondientes a las autoridades federales; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho público local y de resorte exclusivo, en la medida indicada, de los gobiernos locales con arreglo a lo dispuesto por los arts. 121

y concordantes de la Constitución Nacional; y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado (conf. Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, cuarta edición actualizada, tomo IV, N° 1624, 1625, 1629 y sgtes., 1648; Fiorini, Bartolomé A., “Manual de Derecho Administrativo”, La Ley S.A., 1968, segunda parte, libro octavo, capítulo I, págs. 1095 y sgtes.).

4º) Que, en las condiciones expresadas, no existen discrepancias de que en asuntos de esta naturaleza lo que se pretende someter a juzgamiento y decisión de esta Corte en su instancia originaria, es la reparación de los daños que se invocan como injustamente sufridos por el peticionante como consecuencia del funcionamiento irregular de la actividad de la administración pública provincial, que se caracteriza para situaciones como la ventilada en el sub lite por brindar un servicio, una prestación concreta al administrado o a la colectividad para la satisfacción de una necesidad pública, consistente en el caso en la asistencia hospitalaria (conf. Fiorini, Bartolomé A., “Manual de Derecho Administrativo”, La Ley S.A. Editora e Impresora, Buenos Aires, edición 1968, segunda parte, libro quinto, págs. 645 y sgtes.).

La pretensión procesal subsume el caso, entonces, en un supuesto de responsabilidad del Estado local por la presunta falta de servicio —por acción o por omisión— en que habría incurrido un órgano de la Provincia de Santiago del Estero, que se sustenta en el cumplimiento irregular de las funciones estatales que le son propias y que corresponden al ámbito del derecho público, como lo es de la prestación del servicio público hospitalario; materia cuya regulación corresponde al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo, en los términos y con el alcance subrayados, de los gobiernos locales de conformidad con la cláusula constitucional citada precedentemente.

5º) Que a partir del antecedente de Fallos: 182:5 este Tribunal ha decidido que quien contrae la obligación de prestar un servicio —en el caso, de asistencia a la salud de la población— lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 306:2030 y sus citas; 307:821, entre otros).

6º) Que este Tribunal ha señalado que en la actividad de los centros de salud pública —dentro de la cual se encuadra el presente caso— “ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios” (Fallos: 306:178, considerando 3º; 317:1921, considerando 19).

El hospital público es, pues, una consecuencia directa del imperativo constitucional que pone a cargo del Estado —en el caso, el provincial— la función trascendental de la prestación de los servicios de salud en condiciones tales de garantizar la protección integral del ser humano, destinatario esencial de los derechos reconocidos por la Constitución y por diversos tratados internacionales con igual jerarquía, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud (arts. 14 bis, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

De ahí, pues, que en supuestos típicos como el presente en que se ventila el resarcimiento de daños sufridos a raíz de la atención médica dada en un establecimiento asistencial provincial, el Tribunal ha fundado dicha responsabilidad en la ejecución irregular de la obligación de prestar el servicio de asistencia a la salud de la población (causa “Brescia” de

Fallos: 317:1921, considerando 18; doctrina reiterada en el precedente registrado en Fallos: 322:1393, considerando 9°).

7°) Que este Tribunal ha dejado establecido que corresponde a la responsabilidad del Estado provincial, y no sólo del Nacional, asegurar la efectiva protección integral de la salud de sus habitantes (causa O.59.XXXVIII. “Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, sentencia del 24 de mayo de 2005, especialmente considerando 6°).

En concordancia con los principios enunciados —de alcance general para todas las jurisdicciones provinciales— y en ejercicio de las competencias constitucionales que le son propias, la provincia demandada estableció en su ley fundamental la obligación del Estado de asegurar la salud como derecho fundamental de las personas, de dar prioridad a su atención primaria, de promover una eficaz prestación del servicio de acuerdo a las necesidades de la provincia y de orientar el gasto y la inversión pública en forma prioritaria a la salud pública y asistencia social (arts. 16, inc. 2°; 21; 22; 25; 96; 136, inc. 29, y concordantes de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero).

8°) Que lo expuesto conduce —a fin de decidir si concurren en el caso los presupuestos fácticos y jurídicos que hacen viable la responsabilidad del Estado demandado— a que sea necesario considerar la existencia, o no, de la falta de servicio, entendida como funcionamiento irregular o defectuoso del servicio público hospitalario —llevado a cabo por un órgano integrante de la administración de la provincia demandada— por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas que lo establecen y reglamentan; materia que se encuentra incluida en un régimen de derecho público que tiene por propósito asegurar la adecuada prestación del servicio de salud pública, en función del fin para el que ha sido establecido. Este régimen encuentra su fundamento, pues, en principios extraños a los propios del derecho privado.

9°) Que como surge de los antecedentes y fundamentos expresados precedentemente como concepción general para los supuestos de dañosidad causada por la actuación de los estados locales y, además, con particular referencia a los casos de responsabilidad de las provincias por las consecuencias dañosas derivadas de la prestación del servicio público de salud por un órgano integrante de su administración, y con arreglo a los argumentos y conclusiones de los pronunciamientos mencionados en el considerando 2° —a los que cabe remitir por razones de brevedad— en el sub lite no se verifica una causa de naturaleza civil que, en procesos como el presente, corresponda a la competencia originaria reglada en el art. 117 de la Constitución Nacional y en el art. 24, inc. 1°, del decreto-ley 1285/58, por lo que el Tribunal debe inhibirse de conocer en este asunto.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal subrogante, se resuelve: Declarar la incompetencia de esta Corte para entender en forma originaria en este juicio. Notifíquese, comuníquese al señor Procurador General, agréguese copias de los precedentes citados en el considerando 2° y, oportunamente, remítanse las actuaciones al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero a fin de que, conforme a lo resuelto, decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa por razón de la materia. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — JUAN C. MAQUEDA — EUGENIO R. ZAFFARONI — RICARDO LUIS LORENZETTI — CARMEN M. ARGIBAY.

Medicina prepaga - Obras sociales - Empresa - Fines económicos y sociales.

Cambioso Perés de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas. 28/08/2007 - Fallos: 330:3725.

Antecedentes:

La cámara declaró admisible la acción de amparo y condenó al Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas a otorgarle a un menor la medicación psiquiátrica, pañales descartables y una silla de ruedas específica. Ante esta resolución la demandada interpuso recurso extraordinario que al ser denegado dio origen a la queja.

La Corte —por mayoría— sostuvo que el recurso extraordinario era inadmisibles (art. 280 del CPCCN). La sentencia apelada quedó firme respecto de las prestaciones solicitadas.

Los jueces Petracchi y Zaffaroni en su voto concurrente agregaron que respecto a las prestaciones médico asistenciales, el legislador previó proyectar las que resultaban obligatorias para la obras sociales a las entidades de medicina prepaga. Asimismo se apartaron de la mayoría en cuanto a que el sentido que debe dársele tanto a la ley como al contrato que vincula a las partes es aquél que favorezca al consumidor —arts. 42 de la Constitución Nacional y arts. 3º y 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor—.

La juezas Highton de Nolasco y Argibay en disidencia revocaron la sentencia al sostener que ni la ley 24.901 (74), ni su debate parlamentario, han tratado sobre las empresas de medicina prepaga ni sobre las prestaciones médico asistenciales que deben proporcionar en cumplimiento de los contratos respectivos o de la ley 24.754 (75). Ni siquiera se concentra exclusiva y principalmente en prestaciones que podrían clasificarse con propiedad como de carácter médico. Esta omisión no fue accidental sino el fruto de una decisión legislativa que no estuvo dirigida a ellas por lo que extender judicialmente la aplicación de la ley 24.901 a estos contratos, implicaría que la Corte llegó, contrariamente, a la opinión de que dicha extensión sería beneficiosa para la salud pública.

Por su parte el juez Lorenzetti, en disidencia, dejó sin efecto la sentencia apelada sobre la base de que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que debe ser protegida. Adujo que la legislación era consistente con los principios constitucionales según los cuales la demandada no estaba alcanzada subjetivamente por ninguna obligación de causa contractual o legal que la obligue y que es el Estado quien debe dar satisfacción plena al derecho del actor a prestaciones constitucionales. También sostuvo que el costo de los cuidados médicos puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo que no tiene ninguna posibilidad de absorber ese costo por lo que vería frustrado su derecho a las prestaciones de salud, mientras la empresa puede absorber los gastos transitoriamente y luego recuperarlos de las finanzas públicas.

(74) **Nota de Secretaría:** Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

(75) **Nota de Secretaría:** Obligación de las obras sociales a cubrir gastos generales por el SIDA.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Marco legal. Empresa de medicina prepaga y obras sociales:** (Mayoría: Considerando 8º; Voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni: Considerando 7º, Disidencia de las juezas Highton de Nolasco y Argibay: Considerandos 3º, 4º y 6º).
- b) **Empresas de medicina prepaga. Función económica y social:** (Mayoría: Considerando 9º, Voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni: Considerandos 6º y 8º; Disidencia del juez Lorenzetti: Considerandos 6º y 7º).

Estándar aplicado por la Corte:

- De acuerdo al art. 1º de la ley 24.754 las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales —actualizadas periódicamente art. 28 ley 23.661 (76)—, las necesarias para la rehabilitación de las personas con discapacidad y las previstas en la ley 24.901 en la medida en que conciernen al campo médico asistencial.

- Si bien la actividad asumida por las empresas o entidades de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, lo que impide que puedan desconocer un contrato o invocar cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley pues su objeto es asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas.

- La ley 24.754 representa el equilibrio entre la medicina prepaga y la economía toda vez que pondera delicados intereses en juego —la integridad psicofísica, salud y vida de las personas—, y más allá de su constitución como empresas, los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social muy por encima de toda cuestión comercial.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador Fiscal subrogante

Suprema Corte:

— I — La Sala “E”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la resolución del la juez de grado de fs. 299/232, que había admitido la demanda de amparo y, en consecuencia, había condenado al Centro de Educación e Investigaciones Médicas (CEMIC) a otorgar al menor en cuya representación se promovió la acción, en su condición de afiliado, sin topes ni límites, la medicación psiquiátrica solicitada en autos, 120 pañales descartables

(76) **Nota de Secretaría:** Creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud.

mensuales, silla de ruedas con arnés de tronco, apoya pies y sostén cefálico, con chasis ultraliviano y plegable (v. fs. 278/281).

Para así decidir, señaló que la ley 24.754 prescribe que las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.445 y sus respectivas reglamentaciones. Por otra parte —prosiguió— la ley 24.431, establece un régimen de protección integral de las personas discapacitadas, y la ley 24.901, instituye un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de estas personas, disponiendo que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones enunciadas en la ley.

Destacó que, en el caso, no está discutido que el menor, que ahora tiene 17 años, padezca de una parálisis cerebral severa, la que está debidamente acreditada con el certificado de fs. 30/31, expedido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la ley 22.431. Puntualizó que se encuentra explicado en la causa que la afección que reviste el menor se expresa como cuadripresia espástica, retraso global del neurodesarrollo y epilepsia. Tras referirse a diversas constancias de autos, expresó que la demandada no pudo pretender que la parte acudiera a otra vía cuando ya había agotado la instancia administrativa con resultado negativo y la urgencia del requerimiento así lo amerita.

Coincidió con la juez de grado en que las prestaciones requeridas se encuentran contempladas en los artículos 15, 18, 19, 27 y concordantes de la ley 24.901. Dijo que, asimismo, la ley 25.404, de protección y garantías para personas que padezcan epilepsia, prescribe que las prestaciones médico asistenciales a que hace referencia quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio del Ministerio de Salud.

Juzgó que si la demandada aceptó la aplicación de la ley 24.754, no puede alegar que la ley 24.901 no le es aplicable, y ello por cuanto las prestaciones que reconoce el Programa Mínimo Obligatorio no constituye un elenco cerrado e insusceptible de ser modificado con el tiempo en beneficio de los afiliados. Sostuvo que la interpretación que propugna la demandada importaría en los hechos excluir aquellos que precisamente optaron por adherir a un sistema con la expectativa de contar con la mejor y más amplia cobertura a la que sus posibilidades económicas les permita acceder.

— II — Contra este pronunciamiento la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de fs. 284/302 vta., cuya denegatoria de fs. 314, motiva la presente queja.

Tacha de arbitraria a la sentencia y reprocha, en primer lugar, que no se tuvieron en cuenta las cláusulas contenidas en el contrato celebrado entre las partes, ni las disposiciones que contienen el Reglamento General y el plan al que se afiliaron los amparistas. En especial —prosigue— omitió analizar la incorporación al Reglamento General del CEMIC de prestaciones dispuestas por el Programa Médico Obligatorio aplicable a las entidades de medicina prepaga, aprobado por Resolución 247/96 del Ministerio de Salud. Expone que tampoco consideró que la ley 24.754, no menciona a las leyes 22.431, 24.901 y 25.404, ni otorgó facultad alguna al Ministerio de Salud ni a la Superintendencia de Servicios de Salud para crear, ampliar, modificar o incorporar en el futuro prestaciones médicas obligatorias para las entidades de medicina prepaga, ni las designó como autoridades de aplicación de dicha ley, ni las facultó para ejercer el control de su cumplimiento por parte de éstas. Esta es la razón por la cual todas las resoluciones y normas que se dictaron con posterioridad a la ley 24.754 para las Obras Sociales no le resultan aplicables.

Sostiene que esta ley no se refiere a las prestaciones sociales (como pañales y sillas de ruedas), con lo cual es evidente que la Alzada realizó una actividad legislativa vedada a los jueces por la Constitución Nacional.

Reitera que el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Servicios de Salud, no constituyen autoridades de aplicación de la ley 24.754, y alega que, para el caso hipotético que así se entendiere, deberá considerarse lo prescripto por el punto 7.5 del Anexo I del Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), resolución N° 201/2002 del Ministerio de Salud, que reemplaza —según la recurrente— a la Resolución N° 939/00. La citada disposición establece que tendrán cobertura del 100% con financiamiento del Fondo Solidario de Redistribución los Programas Especiales de la Administración de Programas Especiales (APE) y los programas comprendidos en leyes de protección de grupos vulnerables (el subrayado es de la recurrente). De ello infiere que resulta injusto obligar a las entidades de medicina prepaga a otorgar por sí solas una cobertura que hoy sólo prestan Obras Sociales con subsidios estatales, a los que CEMIC no puede acceder.

Con respecto a los fundamentos del fallo en torno a lo dispuesto por la Constitución Nacional y en tratados internacionales en cuanto a la vida y la salud, afirma que es el Estado el único obligado a preservar la salud de la población y adoptar las medidas necesarias tendientes a ello, y que el incumplimiento de deberes a su cargo, no puede ser fuente de obligaciones civiles para los particulares.

— III — Cabe tener presente, en primer lugar, que en virtud de la ley 24.754, cuya constitucionalidad no ataca la recurrente, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, prestaciones entre las que se encuentran las establecidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO). Dicho PMO fue aprobado mediante la Resolución General 247/96 del Ministerio de Salud (e incorporado al Reglamento General del CEMIC, según lo reconoce la apelante), entendiéndose por tal, el régimen de Asistencia Obligatorio para todas las Obras Sociales del sistema de las Leyes 23.660 y 23.661.

Precisamente esta última ley, en su artículo 28, establece que los agentes de seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la autoridad de aplicación establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, *“dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas”*. En este marco, resulta inaceptable la impugnación de la recurrente en orden a desconocer la facultad del Ministerio de Salud y Acción Social para disponer prestaciones médicas obligatorias, del mismo modo que deviene inconducente la circunstancia de que las prestaciones en cuestión fueran impuestas con posterioridad a la asimilación de las entidades de medicina prepaga a las obras sociales.

Corresponde señalar, además, que el artículo 2° de la ley 24.901, prescribe que las obras sociales, comprendiendo en tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1° de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas discapacitadas afiliadas a las mismas. Al tener presente que el inciso “h”, del artículo 1°, de la ley 23.660, menciona a “toda otra entidad creada o a crearse que, no encuadrándose en la enumeración precedente, tenga como fin lo establecido en la presente ley”, y que la ley 24.754 impone a las entidades de medi-

cina prepaga cubrir las mismas prestaciones obligatorias que las obras sociales, no cabe sino concluir que estas entidades deben cubrir todas las prestaciones de la ley 24.901.

Cabe agregar, a todo evento, la Resolución 939/00 del Ministerio de Salud (del mismo carácter que la 247/96 cuyos beneficios, como se ha visto, la apelante reconoce haber incorporado al Reglamento General de la Institución), en su Anexo I, bajo los subtítulos “Programa Médico Obligatorio” – “Definición”, estableció que: *“Es el Programa de Salud de cumplimiento obligatorio para todos los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud y aquellos que en el futuro adhieran al mismo. Se desarrolla sobre la base de estrategias de Atención Primaria de la Salud, privilegiando las acciones de prevención. Se encuentra alcanzado por lo establecido en las leyes 24.455 y 24.901, en los Decretos 1424/97 y 1193/98 y en las Resoluciones MSYAS 625/97, 301/99, 542/99 y 791/99..”*. No dejo de advertir que la Resolución 201/2002 del Ministerio aludido, en su artículo 5º, suspendió los efectos de la resolución 939/00, más ello no altera el aspecto conceptual del Programa Médico Obligatorio definido en esa norma y transcripto precedentemente. En efecto, en los considerandos de la citada Resolución 201/2002, segundo párrafo, se expresa que el decreto 486/2002 (que declaró la Emergencia Sanitaria en todo el país) faculta al Ministerio de Salud para definir en un plazo de treinta días, en el marco del Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) aprobado por resolución 939/2000 del citado Ministerio y sus modificaciones, las prestaciones básicas esenciales que comprende la emergencia sanitaria. Y más adelante, en el Anexo II, de la Resolución 201/2000, bajo el título “Catálogo de Prestaciones”, en el último párrafo se establece que *“La prácticas aquí normatizadas son aquellas que fueron definidas en la resolución 939/2000 MS y fueron evaluadas por el Equipo de Evaluación de Tecnología Sanitaria que sobre la base de la metodología de Medicina Basada en la Evidencia ha analizado la literatura nacional e internacional, comparando con Agencias de Evaluación de Tecnología y las políticas de cobertura de otros países del mundo(...).”* (los subrayados me pertenecen).

En conclusión, sobre la base del plexo normativo precedentemente examinado, no cabe sino razonar que las personas afectadas con discapacidad se encuentran incluidas en las prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación incorporadas por el Programa Médico Obligatorio, cuyas prestaciones resultan imperativas para las entidades de medicina prepaga.

Con relación a los agravios relativos a la omisión de tener en cuenta las cláusulas contractuales, y a que las entidades de medicina prepaga deben cubrir las prestaciones médicas, y no las sociales, procede recordar que el Tribunal tiene establecido que, si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles (arts. 7 y 8, inc. 5 del Código de Comercio), en tanto ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquieren también un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos:325:676), so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324:677). Ha dicho, asimismo, que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (v. doctrina de Fallos: 324:754, voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

Finalmente, en cuanto a la aseveración de la apelante en el sentido de que el Estado es el único obligado a preservar la salud de la población y adoptar las medidas tendientes a ello, no

puede escapar a este examen, en primer término, que la protección y la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública de nuestro país; y, en segundo, que lo decidido en el sub lite compromete el “interés superior” de un menor, cuya tutela encarece, elevándolo al rango de principio, la Convención Sobre los Derechos del Niño (v. Fallos: 318:1269; 322:2701; 323:854, 2021; 2388; 3229; 324:122, 908, 1672) de jerarquía constitucional con arreglo al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (v. Fallos: 318:1269; 319:3370; 320:1292; 322:328; 323:854; 325.292). A este respecto, conviene recordar que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda. De allí que la consideración primordial del interés del niño viene, por una parte, tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos (v. doctrina de Fallos: 322:2701 y 324:122, entre otros), y por otra, no admite que pueda ser dejada de lado por una entidad de medicina prepaga, so pretexto de atenerse estrictamente a cláusulas contractuales y sostener que el Estado es el único obligado a resguardar la salud de la población. Ello es así, pues, ante la iniciativa personal del particular que se abona a un sistema de medicina prepaga o afilia a una obra social, le corresponde al Estado no satisfacer la prestación en forma directa, sino vigilar y controlar que las prestadoras cumplan su obligación (v. doctrina de Fallos: 324:754, voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez). Asimismo, a partir de lo dicho por V.E., particularmente, en Fallos: 321:1684 y 323:1339, ha quedado en claro el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema.

Por ello, y demás razones expuestas al dictaminar en el día de la fecha in re: A. 804, L. XLI, Recurso de hecho deducido por Giselle M. Arvilly por sí y por su hija menor Julieta Crupnik en los autos “Arvilly, Giselle Marina c/ Swiss Medical S.A.,” opino que debe desestimarse la presente queja. Buenos Aires 14 de febrero de 2006. MARTA A. BEIRO DE GONÇALVEZ

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 28 de agosto de 2007.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas,” para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al confirmar la de primera instancia, declaró admisible la acción de amparo y, asimismo, condenó al Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) a otorgar al menor Pedro Nealón, en su condición de afiliado, sin topes ni límites, la medicación psiquiátrica solicitada en autos, 120 pañales descartables mensuales, y una silla de ruedas con arnés de tronco, apoya pies y sostén cefálico, con chasis ultraliviano y plegable, la demandada interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2º) Que respecto de los agravios relativos a la admisibilidad de la acción de amparo, el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3º) Que una conclusión opuesta se impone en cuanto la recurrente cuestiona los alcances de sus obligaciones legales respecto de las personas con discapacidad, pues ello pone en juego la inteligencia y aplicación de normas de carácter federal, en las que aquélla sustenta los derechos que, según lo entiende, le fueron desconocidos (art. 14.3 de la ley 48).

Cabe recordar, con todo, que en el tratamiento de las cuestiones federales, la Corte no se encuentra limitada por las argumentaciones de las partes ni por las del *a quo*, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto (Fallos: 308:647; 312:2254; 323:1406 y 325:860, entre muchos otros).

4º) Que, en tal sentido, el art. 1 de la ley 24.754 establece que *“las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas ‘prestaciones obligatorias’ dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones”*.

A su turno, el art. 28 de la citada ley 23.661, inserto en el Capítulo VI “De las prestaciones del seguro”, dispone que *“los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo, deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran”*.

5º) Que las dos normas transcriptas esclarecen la presente cuestión. En efecto, la demandada reconoce que se encuentra compelida a satisfacer las prestaciones obligatorias previstas en el Programa Médico Obligatorio. Empero, sostiene que por dicho programa sólo debe entenderse el aprobado por la resolución 247/96 del Ministerio de Salud y Acción Social, vigente al momento de la sanción de la ley 24.754, en 1996, y no sus modificaciones posteriores. Sin embargo, resulta claro que el recordado art. 28 de la ley 23.661 descalifica esta defensa, toda vez que previó *expressis verbis* que el programa de prestaciones obligatorias se “actualizará periódicamente”.

Esta modalidad, por lo demás, encuentra explicación, entre muchas otras razones, en que el sistema de la ley 23.661 tiene como “...objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible” (art. 2), con lo cual, en buena medida, este cuerpo legal, al que remite la ley 24.754, se comunica con los derechos de toda persona “al disfrute del más alto nivel posible de salud...” y “...a una mejora continua de las condiciones de existencia...”, enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12.1 y 11.1), en vigor desde 1986 (ley 23.313), y que cuenta con jerarquía constitucional a partir de 1994 (Constitución Nacional, art. 75.22).

6º) Que esta actualización de las prestaciones obligatorias para las obras sociales y que, por intermedio de la ley 24.754, alcanza a las entidades de medicina prepaga, no por haber sido confiada por el legislador al impulso de la autoridad de aplicación excluye la que aquél mismo pueda producir. Esto es lo ocurrido, precisamente, con la ley 24.901 que establece el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, y, a la par, retoma, en orden a estas últimas, lo preceptuado en el transcripto art. 28. Luego, la ley 24.901, al no introducir salvedad alguna que la separe del marco de ley

24.754, debe ser interpretada en el sentido que, en cuanto determina prestaciones del carácter aludido respecto de las obras sociales, comprende a las mentadas entidades a la luz del concepto amplio “médico asistencial” a que se refiere el art. 1º de la ley 24.754. La interpretación armónica del plexo normativo enunciado es la que mejor representa la voluntad del legislador respecto a la protección del derecho a la salud, conforme lo dispuesto por el art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional.

7º) Que en el presente juicio de amparo al igual que fue destacado en el precedente de Fallos: 324:677, la parte actora, situada como consumidora en una posición de subordinación estructural y urgida ciertamente de tutela, acude por esta vía sumaria ante los tribunales de justicia postulando, en definitiva, que so pretexto de un argumento de autonomía contractual, la demandada le ha negado la cobertura médico asistencial requerida. Y reclama, por este medio, la protección de su derecho a la salud anudados a situaciones de subordinación negocial determinadas tanto por el hecho de la “adhesión” como del “consumo”.

Esta última circunstancia —la adhesión a cláusulas predisuestas de una empresa y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final— indica que debe darse tanto a la ley cuya interpretación se discute como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (v. Fallos: 324:677).

8º) Que, en suma, para lo que interesa a la solución del aspecto *sub examine*, cabe concluir en que, por imperio del art. 1 de la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales. Esto último comprende las prestaciones que, con dicho carácter obligatorio, establezca y actualice periódicamente la autoridad de aplicación en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 28 de la ley 23.661. Y también, en lo que atañe a las personas con discapacidad, todas las que requiera su rehabilitación (art. 28 cit.), así como, en la medida en que conciernan al campo médico asistencial enunciado en el art. 1 de la ley 24.754, las demás previstas en la ley 24.901. Todo ello, sin perjuicio de la obligación de asegurar la cobertura de medicamentos que requieran las prestaciones obligatorias, contemplada en la última parte del reiteradamente citado art. 28.

9º) Que, en este orden de ideas, es oportuno recordar que les corresponde a las mencionadas empresas o entidades “efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1, ley 24.754)”, máxime cuando no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles “en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios”, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el *sub-lite*, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324: 677). Ha dicho, asimismo, que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (“Sartori” Fallos: 328:4747, disidencia de los jueces Fayt y Maqueda).

10) Que, resuelta la cuestión federal en juego, cabe señalar que la determinación de si las prestaciones reclamadas en el presente caso se adecuan al marco legal indicado, es tema de hecho y prueba relativo a la relación entre aquéllas y las circunstancias que rodean a la persona con discapacidad reclamante, que ha sido juzgado en términos no susceptibles del calificativo de arbitrarios, lo cual pone a la cuestión fuera de los alcances de esta instancia extraordinaria.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario, y se confirma la sentencia apelada con los alcances indicados, con costas (art. 68 del código citado). Devuélvase el depósito (fs. 1), agréguese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, remítase. RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al confirmar la de primera instancia, declaró admisible la acción de amparo y, asimismo, condenó al Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) a otorgar al menor Pedro Nealón, en su condición de afiliado, sin topes ni límites, la medicación psiquiátrica solicitada en autos, 120 pañales descartables mensuales, y una silla de ruedas con arnés de tronco, apoya pies y sostén cefálico, con chasis ultraliviano y plegable, la demandada interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2º) Que respecto de los agravios relativos a la admisibilidad de la acción de amparo, el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

3º) Que una conclusión opuesta se impone en cuanto la recurrente cuestiona los alcances de sus obligaciones legales respecto de las personas con discapacidad, pues ello pone en juego la inteligencia y aplicación de normas de carácter federal, en las que aquélla sustenta los derechos que, según lo entiende, le fueron desconocidos (art. 14.3 de la ley 48).

Cabe recordar, con todo, que en el tratamiento de las cuestiones federales, la Corte no se encuentra limitada por las argumentaciones de las partes ni por las del *a quo*, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto (Fallos: 308:647; 312:2254; 323:1406 y 325:860, entre muchos otros).

4º) Que, en tal sentido, el art. 1 de la ley 24.754 establece que *“las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas ‘prestaciones obligatorias’ dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones”*.

A su turno, el art. 28 de la citada ley 23.661, inserto en el Capítulo VI “De las prestaciones del seguro”, dispone que *“los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obli-*

gatoriamente, dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo, deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran.”

5º) Que las dos normas transcriptas esclarecen la presente cuestión. En efecto, la demandada reconoce que se encuentra compelida a satisfacer las prestaciones obligatorias previstas en el Programa Médico Obligatorio. Empero, sostiene que por dicho programa sólo debe entenderse el aprobado por la resolución 247/96 del Ministerio de Salud y Acción Social, vigente al momento de la sanción de la ley 24.754, en 1996, y no sus modificaciones posteriores. Sin embargo, resulta claro que el recordado art. 28 de la ley 23.661 descalifica esta defensa, toda vez que previó *expressis verbis* que el programa de prestaciones obligatorias se “actualizará periódicamente”.

Esta modalidad, por lo demás, encuentra explicación, entre muchas otras razones, en que el sistema de la ley 23.661 tiene como “...objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible” (art. 2), con lo cual, en buena medida, este cuerpo legal, al que remite la ley 24.754, se comunica con los derechos de toda persona “al disfrute del más alto nivel posible de salud...” y “...a una mejora continua de las condiciones de existencia...”, enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12.1 y 11.1), en vigor desde 1986 (ley 23.313), y que cuenta con jerarquía constitucional a partir de 1994 (Constitución Nacional, art. 75.22).

6º) Que esta actualización de las prestaciones obligatorias para las obras sociales y que, por intermedio de la ley 24.754, alcanza a las entidades de medicina prepaga, no por haber sido confiada por el legislador al impulso de la autoridad de aplicación, excluye la que aquél mismo pueda producir. Esto es lo ocurrido, precisamente, con la ley 24.901 que establece el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, y, a la par, retoma, en orden a estas últimas, lo preceptuado en el transcripto art. 28. Luego, la ley 24.901, al no introducir salvedad alguna que la separe del marco de la ley 24.754, debe ser interpretada en el sentido que, en cuanto determina prestaciones del carácter aludido respecto de las obras sociales, comprende a las mentadas entidades en la medida, por cierto, en que dichas prestaciones se vinculen con la cobertura médico asistencial que mienta el art. 1 de la ley 24.754. Conviene acentuar esta última precisión, dado que ha sido sólo en dicho campo, esto es, en el de las prestaciones médico asistenciales, en el que el legislador ha previsto proyectar las que resulten obligatorias para las obras sociales a las entidades de medicina prepaga.

7º) Que, en suma, para lo que interesa a la solución del aspecto *sub examine*, cabe concluir en que, por imperio del art. 1 de la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales. Esto último comprende las prestaciones que, con dicho carácter obligatorio, establezca y actualice periódicamente la autoridad de aplicación en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 28 de la ley 23.661. Y también, en lo que atañe a las personas con discapacidad, todas las que requiera su rehabilitación (art. 28 cit.), así como, en la medida en que conciernan al campo médico asistencial enunciado en el art. 1 de la ley 24.754, las demás previstas en la ley 24.901. Todo ello, sin perjuicio de la obligación de asegurar la cobertura de medicamentos que requieran las prestaciones obligatorias, contemplada en la última parte del reiteradamente citado art. 28.

8º) Que, en este orden de ideas, es oportuno recordar que les corresponde a las mencionadas empresas o entidades “efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1, ley 24.754)”, máxime cuando no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda presentar determinados rasgos mercantiles, “en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios” (“Etcheverry, Roberto Eduardo” Fallos: 324:677).

9º) Que, resuelta la cuestión federal en juego, cabe señalar que la determinación de si las prestaciones reclamadas en el presente caso se adecuan al marco legal indicado, es tema de hecho y prueba relativo a la relación entre aquéllas y las circunstancias que rodean a la persona con discapacidad reclamante, que ha sido juzgado en términos no susceptibles del calificativo de arbitrarios, lo cual pone a la cuestión fuera de los alcances de esta instancia extraordinaria.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario, y se confirma la sentencia apelada con los alcances indicados, con costas (art. 68 del código citado). Devuélvase el depósito (fs. 1), agréguese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, remítase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — E. RAUL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) Pedro Nealón es un joven de veinte años que padece una encefalopatía crónica no evolutiva, es decir, parálisis cerebral. Cuenta con el correspondiente Certificado de Discapacidad permanente, emitido por la Secretaría de Salud, en los términos del art. 3º de la ley 22.341, con fecha 15 de febrero de 1993 (fojas 31).

La enfermedad que padece Pedro Nealón requiere múltiples prestaciones asistenciales. Entre ellas, son relevantes para el presente caso las siguientes: 1) Oxcarbacepina (Trileptal), 600 mg.; 2) Omeprasec, 20 mg.; 3) silla postural adaptable; 4) pañales descartables, 120 por mes.

Sus padres están afiliados a uno de los programas médicos que ofrece CEMIC, que recibe el nombre de “sistema cerrado”. De las cuatro necesidades antes enunciadas, CEMIC cubrió, hasta la iniciación de la demanda, el cuarenta por ciento de los medicamentos señalados con los números 1 y 2.

Hacia el año 2002, según dice la demanda, los padres de Pedro tomaron conciencia de la obligación legal que pesaba sobre CEMIC y, resultándoles imposible afrontar los gastos, decidieron intimar a la prestadora para que financie el cien por ciento de las cuatro prestaciones (fojas 40 vta.). Así lo plasmaron en la nota que dirigieron a CEMIC, fechada el 21 de agosto de 2002. El reclamo se apoyó en que el art. 1º de la ley 24.754 determinaba sin más la obligación de la empresa de cubrir las prestaciones por discapacidad descriptas en la ley 24.901. (Nota glosada a fojas 32 y transcripta a fojas 41 y carta documento de fojas 36).

Artículo. 1º — A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus

planes de cobertura médico-asistencial las mismas “prestaciones obligatorias” dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones.

[Ley 24.754, promulgada de hecho el 23 de Diciembre de 1996].

La pretensión de los Nealón fue resistida por CEMIC. En la respuesta a la carta documento que recibiera envió otra (fojas 37) en los siguientes términos: 1) La ley 24.754 obligó a las empresas de medicina prepaga a incluir las prestaciones que a la fecha de su sanción estaban incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), aprobado por la Resolución 247/96. La ley 24.901 es posterior (BO 5/12/97). 2) La ley 24.901 está dirigida al Estado y a las Obras Sociales, pero no a las empresas privadas. 3) La ley 24.901 (a diferencia de la 24.754) no sólo establece obligaciones médico asistenciales, sino otras prestaciones no médicas (“sociales”). 4) El PMO aplicable a las empresas de medicina prepaga no incluye la cobertura de ayuda técnica, pañales ni gastos educativos, aunque sí el 40% de los medicamentos.

La controversia que tuvo lugar en el proceso judicial de amparo (fs. 40 y sgtes.) se construyó sobre las mismas bases. A los argumentos ya expuestos en las cartas documento, basados en las leyes 24.754 y 24.901, se añadió la invocación de lo previsto en la ley 25.404 (BO 3/4/2001). Esta última ley establece un sistema especial de protección de las personas que padecen epilepsia. Fueron citados sus arts. 4º y 6º:

ARTICULO 4º — El paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna.

ARTICULO 6º — Las prestaciones médico-asistenciales a que hace referencia la presente ley quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio aprobado por resolución N° 939/00 del Ministerio de Salud, sin perjuicio de aplicar, cuando correspondiere, lo dispuesto por las leyes N° 22.431 y N° 24.901 y sus normas reglamentarias y complementarias.

Inmediatamente después, la jueza de primera instancia dictó una medida cautelar mediante la cual ordenó la inmediata entrega de las cuatro prestaciones solicitadas en la demanda (los dos medicamentos, los pañales y la silla) “hasta tanto haya recaído sentencia firme” (fojas 51).

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó a CEMIC proporcionar el financiamiento total de las prestaciones que solicitaba la parte actora. La Sala “E” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmó la sentencia sobre la base del siguiente argumento: si la demandada, por vía de la ley 24.754, acepta la aplicación de la ley 23.661 que establece la asistencia integral a las personas discapacitadas, no puede alegar que la ley 24.901 no le es aplicable, puesto que esta última no es más que una adaptación de la ley 23.661 al cambio constante y natural de la medicina y de la noción de “calidad de vida”.

El recurso extraordinario interpuesto contra dicho fallo y posterior queja de la parte demandada se apoya en dos líneas de argumentación. Por un lado, sostiene que la ley 24.901 no es aplicable a las empresas de medicina privada porque dicha ley no se refiere específicamente a las prestaciones médico — asistenciales que son objeto de la ley 24.754 (que extendió a la medicina privada las prestaciones obligatorias establecidas para las obras sociales). Por otra parte, menciona que las empresas de medicina privada no fueron mencionadas por la ley entre los sujetos obligados.

2º) A nuestro modo de ver, el recurso extraordinario es procedente y debe dar lugar a un fallo de esta Corte, puesto que la parte demandada ha fundado su derecho en una interpretación de la legislación federal, de acuerdo con la cual la ley 24.901 no genera obligaciones a cargo de las empresas de medicina privada, y la sentencia dictada, como hemos referido, ha sido contraria tanto a esa interpretación de la ley como al derecho que en ella apoyara la recurrente (art. 14.3 de la ley 48).

Debe dejarse aclarado que no se trata el caso de una controversia sobre el alcance del contrato celebrado entre las partes, sino de otra acerca de la procedencia de extender las obligaciones legales contempladas en la ley 24.901, para incluirlas entre las prestaciones que deben asegurar las empresas de medicina privada a sus beneficiarios.

3º) Sobre el fondo de la cuestión planteada hemos llegado a la conclusión de que corresponde resolver en sentido favorable a la parte recurrente, puesto que la legislación federal que utiliza el fallo apelado no tiene el alcance que se le ha dado.

El primer obstáculo que encuentra una tesis como la acogida en la sentencia apelada es que la sanción de la ley 24.901 no estuvo dirigida a regular el funcionamiento de las empresas de medicina privada, en particular los contratos de seguro médico que celebran para la cobertura de prestaciones médicas. Tal discernimiento se impone luego de comprobar que ni en el texto de la ley, ni en las deliberaciones que precedieron a su sanción hay referencia o mención alguna a: las empresas de medicina prepaga; las personas aseguradas mediante contratos de seguro médico privado; las fuentes de recursos que las empresas privadas estarían autorizadas a utilizar para financiar el cumplimiento de la ley; la inclusión de las prestaciones descriptas en el régimen de la ley dentro de las prestaciones médico asistenciales que fueron objeto de la ley 24.754; cualquier referencia a la misma ley 24.754, al Programa Médico Obligatorio o a cualquiera de las reglamentaciones vinculadas con él.

Otro indicio de que las empresas de medicina prepaga están fuera del campo que el Congreso cubrió con la ley 24.901, es su fallido intento de incluirlas posteriormente mediante el proyecto de ley 25.683, vetado por el Presidente mediante el Decreto 2684/2002. El proyecto aprobado por las Cámaras, extendía el régimen de la ley 24.901 con el fin de abarcar a nuevos sujetos obligados, entre ellos las empresas de medicina prepaga y cualquier otro organismo que ofrezca cobertura social (así surge al menos de algunos dictámenes de comisión; Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2001, Orden del Día N° 3530). El fundamento exclusivo del veto dispuesto por el Presidente fue que, pese a “la noble finalidad de la norma, respecto de las entidades que busca incorporar, no resulta, con claridad, del articulado del Proyecto de Ley, cuáles serían las alcanzadas ni cómo se financiarían las prestaciones”. El Congreso no insistió en su proyecto, en los términos del art. 83 de la Constitución Nacional.

En resumidas cuentas, ni el debate legislativo ni su producto, la ley 24.901, han tratado de las empresas de medicina prepaga ni de las prestaciones médico asistenciales que ellas deben proporcionar a sus asegurados en cumplimiento de los contratos respectivos o de la ley 24.754. Más aún, la ley 24.901 no se concentra exclusiva ni principalmente en prestaciones que podrían clasificarse con propiedad como de carácter médico.

En efecto, la ley 24.901 crea el “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”. El art. 1º describe tales prestaciones como “acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral de sus necesidades y requerimientos”. Los arts. 2º y 4º señalan a las obras sociales y a los organismos del Estado, respectivamente, como los sujetos obligados a

proporcionar la cobertura de las prestaciones. El art. 7º establece las fuentes de financiamiento del sistema, según se trate de beneficiarios del Sistema Nacional de Salud (obras sociales), jubilados, beneficiarios de la ley de accidentes de trabajo y personas sin recursos. Las prestaciones cubren un espectro bastante amplio, puesto que están orientadas no tanto a los problemas médicos, sino a la calidad de vida en general de las personas con discapacidad. La ley clasifica las prestaciones en: preventivas (art. 14), de rehabilitación (art. 15), terapéuticas educativas (art. 16), educativas (art. 17) y asistenciales (art. 18). A ello se suman una lista de “servicios específicos”, tales como estimulación temprana (art. 20), educación inicial (art. 21), educación general básica (art. 22), formación laboral (art. 23), centros de día (art. 24), centros educativos terapéuticos (art. 25), rehabilitación psicofísica y motora (arts. 26 y 27). Además crea la ley los denominados “sistemas alternativos al grupo familiar” para los casos en que el discapacitado no pudiese permanecer con su familia de origen (arts. 29 a 32). Por último, la ley contiene una lista de “prestaciones complementarias” que incluyen: ayuda económica (art. 33), orientación especializada a domicilio para mejorar su autovalimiento (art. 34), iniciación laboral (art. 36), atención psiquiátrica (art. 37), medicamentos importados (art. 38), atención por especialistas externos, financiamiento de estudios no alcanzados por la cobertura, diagnóstico a familiares en caso de trastornos genéticos (art. 39).

4º) Sin perjuicio de que, según lo expuesto, la inclusión de los contratos privados de seguro médico en la ley 24.901 no formó parte —explícita o implícitamente— de la decisión legislativa, cabe examinar si es correcto, como se hace en la sentencia apelada, atribuir ese efecto a la ley 24.754 o, dicho de otro modo, sostener que la aplicabilidad de la ley 24.901 se sigue necesariamente de la ley 24.754. Aquí es donde la interpretación seguida por la Cámara de Apelaciones merece, a nuestro entender, una segunda objeción.

Debe recordarse que el art. 1º de la ley 24.754 otorgó un plazo de noventa días, contados a partir de la promulgación de la ley, para que las empresas de medicina prepaga cubrieran en sus planes médico-asistenciales las prestaciones obligatorias, que eran tales para las obras sociales de acuerdo con las leyes 23.660, 23.661 y 24.455. No tenía ningún sentido otorgar ese plazo de noventa días, ni mencionar la normativa de la que surgen las nuevas prestaciones obligatorias, si la idea era disponer que toda obligación que en el futuro se impusiese a las obras sociales se tradujese automáticamente y sin necesidad de declaración expresa en una obligación de las prestadoras privadas.

En efecto, si bien el Congreso cuenta con atribuciones para extender el alcance de las prestaciones mínimas que deben garantizar las empresas de medicina prepaga, ello es perfectamente compatible con la afirmación de que también tiene atribuciones para no hacerlo, o para establecer reglas aplicables solamente a las obras sociales. Por lo visto en el considerando anterior, este último ha sido el caso de la ley 24.901.

5º) Como ha quedado dicho, la ausencia de toda referencia a las empresas de medicina prepaga en el texto de la ley 24.901 o en la deliberación que precedió a su sanción no es una omisión accidental, sino el fruto de una decisión legislativa que lisa y llanamente no estuvo dirigida a ellas.

Es también indicativo de esta voluntad que, al incluirse en el Senado una minuciosa discriminación de los recursos que cada uno de los agentes alcanzados por la ley deberían afectar al cumplimiento de las prestaciones, se justificó esa modificación del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en la conveniencia de evitar que las obras sociales ajusten su ecua-

ción económico financiera tomando recursos destinados a sostener otras prestaciones que ya ofrecían a sus afiliados. Ninguna consideración se hizo sobre un similar impacto en el caso de las empresas privadas. En este sentido, el miembro informante del proyecto de revisión, el senador Martínez Almudevar, expresó:

“Sí nos ha parecido imprescindible modificar un artículo de la propuesta de la Cámara de Diputados. Es el referido a la cuestión del financiamiento de las prestaciones. De este modo evitamos que la norma se convierta en una mera expresión de buenas intenciones.

“También hemos querido cuidar —y hemos tenido en cuenta— que los costos de estas prestaciones no den como resultado un desfinanciamiento del Sistema de Obras Sociales”.

Más adelante, al referirse a las obligaciones a cargo de los organismos del Estado, expresó:

“De más está decir que entre los fondos que contempla el presupuesto nacional están los establecidos por la ley 24.452, más conocida como ley del cheque, para cuya administración el Poder Ejecutivo Nacional ya ha dispuesto la integración de una comisión administradora”.

(Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, Reunión 71º, 3 de septiembre de 1997, págs. 4614/4615).

6º) Es en función de todo lo expuesto hasta aquí que debe decidir esta Corte si las empresas de medicina privada habrán de ser alcanzadas por las obligaciones que la ley 24.901 pone en cabeza de las obras sociales y los organismos gubernamentales.

Hemos señalado particularmente el contexto normativo en el que se inserta la presente decisión y las consecuencias que pueden seguirse, puesto que ello pone en duda si un fallo como el dictado por la Cámara de Apelaciones se apoya en una regulación que el Congreso ha estimado conveniente y buena para la salud pública o si, en cambio, viene a suplir su ausencia. En efecto, si no ha habido decisión legislativa o ejecutiva dirigida a extender las obligaciones de la ley 24.901 a todo un sector del sistema —en este caso las empresas de medicina prepaga— tampoco puede afirmarse que haya habido por parte de alguna de las otras dos ramas del gobierno un examen sobre los beneficios que se derivarían de dicha medida para la salud de las personas que, de uno u otro modo, resultarán afectadas. Sin embargo, esta circunstancia es a nuestro entender crucial: cuando los jueces hacemos apreciaciones generales sobre la aplicación y alcance de las leyes, no podemos desentendernos de que decisiones como la tomada en autos avanzan más allá de la medicina individual y se internan en el terreno de la salud pública.

En este sentido, si se observa el proceso legislativo previo y posterior a su sanción, el hecho de que la ley 24.901 no se encuentre dirigida a los contratos de seguro médico ofrecidos por las empresas de medicina prepaga puede corresponder a que el Congreso omitió todo examen al respecto, o incluso a un juicio de los legisladores sobre su inconveniencia. Por lo tanto, extender judicialmente la aplicación de la ley 24.901 a estos contratos, implicaría que el Tribunal ha llegado, contrariamente, a la opinión de que dicha extensión es beneficiosa para la salud pública, sea para suplir la omisión del Congreso, sea para revertir su juicio negativo.

Ahora bien, en ésta como en otras materias la intervención del Estado conlleva un examen que cabe presumir serio y responsable, de los beneficios esperados para un determinado bien o derecho y de los costos que para ese mismo bien o derecho, o incluso para otros, se seguirá de la ejecución del programa público en cuestión. En nuestra opinión, si el Tribunal resolvie-

se ahora, por vía de una aplicación extensiva o analógica de los textos legales involucrados, ampliar el alcance de la ley 24.901 a los contratos de medicina prepaga, estaría tomando una delicada decisión concerniente a la salud pública, pese a que no se dispone en esta causa de elementos para juzgar plausiblemente sobre la conveniencia de una regulación semejante.

7º) Esta Corte en los más diversos temas y desde sus primeros tiempos ha otorgado la máxima deferencia a las apreciaciones sobre la bondad de las leyes que están implícitas en las decisiones del Congreso (Fallos: 10:427, 436; 21:27, 30; 22:450, 459; 199:483, 530; 207:238, 249; 210:211), incluso en materia penal y tratándose de leyes duras (Fallos: 306:655), debiéndoselas aplicar tal como fueron concebidas (Fallos: 258:20). Por otra parte, ha admitido el Tribunal efectuar una interpretación extensiva de las palabras de la ley cuando su alcance semántico es excesivamente estrecho y deja fuera casos que caen dentro de la finalidad a que responde la norma (Fallos: 182:486; 200:165; 327:4241). Consideramos que en ambos casos se trata de preservar la decisión del Congreso, sea porque el texto legal refleja claramente la decisión legislativa, en el primer supuesto, sea porque la decisión es clara, pero el texto es oscuro, en el segundo.

En el tema que nos ocupa, el texto de la ley 24.901 no se refiere a los contratos de medicina privada, ni dicha ausencia puede ser interpretada como una defectuosa expresión de la voluntad legislativa; tampoco se ha planteado que la ley 24.901 resulte por esta razón inconstitucional. No encontramos entonces ningún otro camino que concluir en la improcedencia, conforme con el derecho vigente, de condenar a las empresas de medicina prepaga a cumplir con la referida ley.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar al recurso de queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Reintégrese el depósito y agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, declaró admisible la acción de amparo y condenó al “Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno” (CEMIC) a proveer al actor las prestaciones médicas que necesita y que no están cubiertas por el contrato celebrado con dicha entidad. Contra esta decisión, la demandada interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que en el caso está en juego la inteligencia de las leyes 23.661 y 24.754 —y de las reglamentaciones dictadas en su consecuencia por el Ministerio de Salud— de carácter federal (Fallos: 312:985 y 326:3535, entre otros), y la decisión final del pleito ha sido adversa a los derechos que la apelante funda en ellas (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

3º) Que el conflicto constitucional surge al contraponer el derecho de la actora a gozar de prestaciones de salud integrales y el de la demandada, que sostiene que se afectaría su posición contractual y el derecho de propiedad si se le ordenara cumplir obligaciones cuya causa

no se halla en el contrato, sino en una ley posterior a su celebración, y cuyo cumplimiento afectaría el sistema de medicina prepaga.

Los hechos probados en la causa muestran claramente la referida controversia. En efecto, Pedro Nealón, de veinte años de edad, sufre una encefalopatía crónica no evolutiva (parálisis cerebral), cuyo tratamiento requiere tres prestaciones básicas: medicación antiepiléptica indicada en la demanda (Oxcarbacepina, Omerprasec), 120 pañales descartables por mes y una silla de ruedas con arnés de tronco, apoya pies y sostén cefálico, con chasis ultraliviano y plegable. Sus padres están afiliados a uno de los programas médicos que ofrece el CEMIC, denominado “sistema cerrado”, que cubre aproximadamente un cuarenta por ciento de los medicamentos señalados. Ante la imposibilidad de afrontar los gastos necesarios para la atención de su hijo, los actores intimaron al CEMIC para que financie el cien por ciento de las prestaciones anteriormente mencionadas, con fundamento en las leyes 24.754 y 24.901, lo que fue rechazado por la demandada y admitido en sede judicial, tanto en primera como en segunda instancia. Cabe agregar que existe una medida cautelar decretada en la instancia de grado que ordenó el inmediato cumplimiento de las prestaciones solicitadas hasta que se dicte sentencia definitiva.

La decisión debe fundarse, entonces, en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la resolución que se adopte.

4º) Que corresponde afirmar claramente que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger.

La protección de los ciudadanos es un asunto fundamental para el funcionamiento del estado de derecho, y ella está estrechamente relacionada con el goce de bienes primarios con un contenido mínimo. Llamar ciudadano a quien no tiene trabajo, vivienda o prestaciones básicas de salud constituye una afrenta, ya que quien se ve privado de ellos queda excluido, condenado al ostracismo social.

Esta garantía incumbe al Estado, quien debe ocuparse de la efectividad de ese derecho con acciones positivas, “sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (Fallos: 323: 3229).

La legislación infraconstitucional desarrolla esta garantía de contenido mínimo. El Sistema Nacional Integrado de Salud ha sido creado “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país” (art. 1º, ley 23.661). Su objeto es “proveer prestaciones de salud tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud que respondan al mejor nivel de calidad disponible, y que garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo de nivel de prestación eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva” (art. 2, de la ley 23.661). Por otra parte, las leyes 24.754 y 24.901 tienen la misma finalidad y, para el caso que nos ocupa, la ley 25.404 establece en su art. 4 que “el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna”. Y, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 de esta última ley, las prestaciones médico-asistenciales a las que se hace referencia en ella, quedan incorporadas al Programa Médico Obligatorio aprobado por la resolución 939/00 del Ministerio de Salud.

Una garantía consagrada en la Constitución y una legislación que promete una atención integral y oportuna deben ser interpretadas de modo que el resultado promueva el goce efectivo por parte de los ciudadanos. Toda otra interpretación transformaría al derecho en una parodia y quebraría la confianza que ellos deben tener en las leyes.

5º) Que, en el caso, se trata de determinar si la garantía descrita puede ser exigida a quien ha celebrado un contrato cuyas obligaciones recíprocas no la contemplan.

La regla general en los contratos es que no puede presumirse una obligación que no surja claramente de la voluntad de las partes, lo que no ocurre en el caso.

Esta regla debe ser reafirmada, toda vez que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende diferentes derechos y libertades consagrados en la Constitución Nacional, como lo son la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19), la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituye una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Es en este sentido que debe ser interpretado el término “propiedad” desde la perspectiva constitucional (art. 17). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este Tribunal al sostener “que el vocablo “propiedad”, empleado por la Constitución, comprende todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo” (Fallos: 145: 307 y 172:21, disidencia del juez Repetto).

En el *sub lite*, existe, además, otro centro de interés que debe ser tutelado: el de los demás participantes del sistema de medicina prepaga, quienes verían afectada su posición si la empresa debiera pagar por prestaciones no pactadas. Imponer obligaciones de este tipo afectaría la causa sistemática —es decir, el equilibrio económico que sustenta al sistema— fundada en la relación entre el aporte de muchas personas sanas frente al cálculo de probabilidades de que sólo algunas se enferman a un costo que puede difundirse razonablemente. La índole del sistema es la de un seguro, con una delimitación del riesgo que debe ser respetada, porque de lo contrario desaparecería totalmente.

6º) Que los principios constitucionales a partir de los cuales se puede afirmar que el actor tiene derecho a prestaciones integrales, a cargo del Estado y que no pueden imponerse a un contratante que no las ha previsto, son desarrollados de modo coherente por la legislación aplicable al caso.

El art. 1º de la ley 24.754 establece que “las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido en las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 y sus respectivas reglamentaciones”. Por su parte, el art. 28 de la ley 23.661 dispone que “los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo con lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, dentro de las cuales deberán incluirse todas aquellas que requiera

la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo, deberán asegurar la cobertura de los medicamentos que las aludidas prestaciones requieran”.

La demandada reconoce que se encuentra obligada a satisfacer las prestaciones previstas en el Programa Médico Obligatorio aprobado por la resolución 247/96 del Ministerio de Salud (es decir, las vigentes al tiempo de la sanción de la ley 24.754), pero no las contempladas en las modificaciones posteriores de ese programa. Sostiene que no se encuentra obligada a otorgar las prestaciones previstas en el Programa Médico Obligatorio aprobado por la resolución del Ministerio de Salud de la Nación 939/2000, cuyo anexo I alude expresamente a la ley 24.901, y cuyo cumplimiento se le reclama en autos. Señala que en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia aprobado por la resolución del Ministerio de Salud 201/2002, que suspendió los efectos de aquélla y dispuso que en un plazo de treinta días el ministerio definiría nuevamente las prestaciones a las que se refiere la resolución 939/2000, establece que los programas comprendidos en las leyes de protección de grupos vulnerables se financiarán en un 100% con recursos provenientes del Fondo Solidario de Redistribución a que se refiere el art. 7 de la ley 24.901.

Sobre el particular, el art. 7 de la ley 24.901, al establecer quiénes son los sujetos obligados a financiar las prestaciones a las que ella se refiere, no menciona a las empresas o servicios privados de medicina prepaga. Coincidentemente, el decreto 2684/2002 vetó el proyecto de ley sancionado bajo el número 25.683, en el que se proponían modificaciones a la ley 24.901 al incorporar como sujetos obligados para brindar las prestaciones previstas en dicha normativa a “todos aquellos agentes de salud que presten servicios médico asistenciales a sus afiliados”; el ejercicio del veto se fundó en que en el referido proyecto de ley no constaba de qué modo se habrían de financiar las nuevas prestaciones que la norma ponía a cargo de los servicios privados. Asimismo, el art. 4 de la ley 24.901 establece que “las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de **obra social** tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado”.

Es decir que la legislación aplicable al momento de la petición es clara al no incluir en el programa médico obligatorio las prestaciones previstas en la ley 24.901, que son las que solicita el actor. Además, la ya mencionada resolución 939/2000, que las incluía, fue suspendida y luego derogada por las resoluciones 201/2002 y 1991/2005, respectivamente. De ese modo, en virtud de que los servicios de medicina prepaga se encuentran excluidos del alcance de la ley 24.901, los derechos de las personas menos favorecidas como ocurre en el caso, deben ser atendidos por el Fondo Solidario de Redistribución previsto en el art. 7 de la ley 24.901.

7º) Que, como conclusión, el caso está contemplado en una legislación consistente con los principios constitucionales según los cuales la demandada no está alcanzada subjetivamente por ninguna obligación de causa contractual o legal que obligue a satisfacer las prestaciones solicitadas. En cambio, es absolutamente claro que es el Estado quien debe dar satisfacción plena al derecho del actor a prestaciones constitucionales.

8º) Que resta examinar los efectos de la decisión sobre la situación del actor, que padece de parálisis cerebral y ha sido declarado discapacitado por la Secretaría de Salud, en los términos del art. 3 de la ley 22.341, con fecha 15 de febrero de 1993 (fs. 31). El actor no puede quedar sin atención médica y es el Estado el que debería prestarla, aunque no ha sido demandado en la causa.

De lo dicho surge que una revocación de la sentencia produciría una inmediata cesación de la asistencia médica que actualmente recibe el actor y ese hecho constituirá una amenaza cierta de daño inminente a su salud e integridad física. Por lo tanto, deberá darse un plazo razonable, no menor a un año, para el cumplimiento de la revocación de la sentencia, durante el cual la empresa de medicina prepaga estará obligada a dar asistencia médica al paciente. Dicho plazo cierto podrá cesar antes si el Estado sustituye a la empresa en dicha prestación. Asimismo, los gastos derivados de la atención médica prestada sin causa contractual constituirán un crédito de la empresa contra el Estado que ésta, eventualmente, podrá recuperar.

9º) Que la solución dispuesta en el considerando anterior es concordante con un análisis consecuencialista y con la naturaleza del contrato celebrado.

El costo de los cuidados médicos solicitados puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo. Este último no tiene ninguna posibilidad de absorber ese costo, y ello conduciría a una frustración de su derecho fundamental a las prestaciones adecuadas de salud. En cambio, la empresa puede absorber los gastos de modo transitorio, puede difundirlos convenientemente y, finalmente, puede recuperarlos de las finanzas públicas.

La imposición transitoria de cargas públicas es, en este caso, compatible con el contrato celebrado que se caracteriza porque su objeto y su causa están relacionados directamente con derechos fundamentales vinculados a la protección del estatuto de la persona. La conexión con el mentado estatuto es evidente, ya que su inejecución total afectaría gravemente la integridad física del beneficiario. Si bien la lógica económica de los contratos admite que el incumplidor sea excluido del mercado, ello encuentra una barrera cuando se trata de las personas y sus derechos fundamentales.

Por ello, oído la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: Declarar admisible la queja, hacer lugar al recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada, en los términos del considerando 8º. Costas por su orden, en atención al carácter novedoso de la cuestión planteada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dispuesto en el presente. Reintégrese el depósito y agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítanse. RICARDO LUIS LORENZETTI.

Vía procesal - Acción de amparo - Reclamo por vía administrativa - Cobertura de prestaciones.

María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial. 30/10/2007- Fallos: 330:4647.

Antecedentes:

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó la sentencia que hizo lugar parcialmente a las medidas cautelares solicitadas y rechazó la acción de amparo promovida por la actora contra el demandado y la provincia de Entre Ríos a fin de obtener la cobertura de los gastos para la atención de su salud, sobre la base de que la pretensión coincidía

con otra acción de amparo anterior que había sido declarada inadmisibles pues la demandante estaba efectuando un pedido en sede administrativa ante el instituto demandado y la ley local 8369 (77) art. 3º inc. b, impedía el deambular simultáneo o sucesivo por la vía administrativa y por la del amparo.

Contra esta resolución dedujo recurso extraordinario que denegado dio origen a la queja.

La Corte, por mayoría, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia.

Por su parte los jueces Petracchi y Argibay desestimaron la queja por ser el recurso extraordinario inadmisibles (art. 280 del CPCCN).

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Vías procesales aptas. Derecho a la salud (78)** (Mayoría: Considerandos 3º a 5º; Voto de la jueza Highton de Nolasco: Considerandos 3º a 5º; Voto del juez Zaffaroni: Considerandos 3º a 5º).



Estándar aplicado por la Corte:

- La acción de amparo es particularmente pertinente en materias como la preservación de la salud y la integridad física, por lo que no cabe extremar la aplicación del principio según el cual ésta no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole y su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual al tener por objeto una efectiva protección de derechos con especial resguardo constitucional (79).

(77) **Nota de Secretaría:** Ley de Procedimientos Constitucionales de la Provincia de Entre Ríos.

(78) **Nota de Secretaría:** Respecto de las potestades jurisdiccionales en procesos vinculados al derecho a la salud, la Corte Suprema ha puesto el acento en la conveniencia de un detenido y circunstanciado estudio de los elementos probatorios presentados en causas donde se había reclamado un resarcimiento por afecciones consecuencia de relaciones laborales (“Córdoba, Esteban c/ Massuh, S.A.”, sentencia del 18 de febrero de 1986; Brogna, Francisco c/ Luis Cavaliere y Cía S.R.L., sentencia de fecha 7 de mayo de 1985 —por mayoría— y, en sentido similar, “Astorachi, Salvador c/ Tandanor Talleres Navales Dársena Norte” (Fallos: 307: 655); “Gallardo, Juan Carlos s/ Hábeas Corpus”, (Fallos: 322: 2735). En la causa “Mestres, Luis María c/ Instituto Obra Social de la Provincia de Corrientes” (Fallos: 327: 3694), se consideró arbitraria la decisión de la Corte Provincial, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, que “tampoco valoró, como correspondía, lo alegado en el escrito inicial y señalado por la juez de grado acerca de que la interrupción de los servicios asistenciales dispuesta de ese modo por el I.O.S.Cor. implicaba una grave afectación de los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por tratados internacionales con jerarquía constitucional (inc. 22 del art. 75 de la CN). Máxime cuando en la causa quedó acreditado que de la cobertura médico-asistencial que fue interrumpida dependía el suministro regular gratuito de un costoso medicamento requerido para el tratamiento de la enfermedad padecida por la esposa del actor”. El derecho a la salud del menor en aquellos procesos en que se analiza su guarda fue especialmente acentuado por el Tribunal en la causa “M.D.H. c/ M.B.M.E” (Fallos: 331:941).

(79) **Nota de Secretaría:** Un criterio similar fue señalado por el dictamen de la Procuradora Fiscal, al que remite la Corte, en la causa “Sánchez, Lidia Ana c/ Estado Nacional -ANSES”, (Fallos: 330:5201). Ver, asimismo, “Unión de Usuarios y Consumidores c/Compañía Euromédica de Salud s/amparo” (Fallos: 331:563), y “Sánchez, Lidia Ana c/ Estado Nacional -ANSES”, (Fallos: 330:5201). Por su parte, en la causa “Agüero, María Magdalena y otro c/ Tucumán, Provincia de y otros”, (Fallos: 328:4303), el Tribunal rechazó el amparo por sostener que “los actores no han acompa-

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 30 de octubre de 2007.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos que revocó la de primera instancia que había hecho lugar parcialmente a las medidas cautelares solicitadas en la demanda y, en definitiva, rechazó la acción de amparo promovida contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y dicho Estado local en procura de obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de la salud de la demandante, la vencida dedujo recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la interposición del presente recurso de hecho.

2º) Que para así resolver el *a quo* consideró que la pretensión de la actora coincidía con otra acción de amparo anterior que había sido declarada inadmisibles por el tribunal pues la demandante, a la sazón, se hallaba efectuando un pedido similar en sede administrativa ante el instituto demandado, y expresó que el art. 3º, inc. b de la Ley de Procedimientos Constitucionales local 8369 impedía el deambular simultáneo o sucesivo por la vía administrativa y por la del amparo ya que ello importaba el reconocimiento de que la primera era apta para obtener lo reclamado sin recurrir a la que denominó “garantía extraordinaria, heroica y residual”.

3º) Que en relación con la procedencia del presente recurso, corresponde, en principio, señalar que tiene dicho este Tribunal que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que produce agravios de imposible o dificultosa reparación

ñado a estos autos constancia o documentación alguna que acredite —tal como lo sostienen en la demanda— que la Obra Social del Instituto de Previsión Social de Tucumán, de la cual el menor es afiliado no otorgue el tipo de prestaciones que pretende”. Asimismo, en “Tartaroglu de Neto, Leonor c/ IOS s/ amparo” (Fallos: 324: 3074) e I.68.XXXVI, “Imbrogno, Ricardo c/ IOS s/ amparo”, sentencia de fecha 25 de septiembre de 2001, la Corte analizó la aplicación del plazo de caducidad de la pretensión de amparo en procesos en tutela del derecho a la salud, señalando, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, que “debe advertirse que en el sub lite se halla en juego la subsistencia de un derecho social, de principal rango y reconocimiento, tanto en el texto constitucional, como en los tratados internacionales incorporados con esa jerarquía, en el art. 75, inc. 22, razón por la cual, ante la interposición del mecanismo también consagrado constitucionalmente en el art. 43, con el objeto de garantizar de un modo expedito y eficaz su plena vigencia y protección, procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin de no tornar utópica su aplicación no se puede alegar el vencimiento del plazo previsto en el art. 2º de la ley 16.986 para desestimar la acción, ni siquiera por vía de presunción...”. Un criterio similar, conforme al cual se sostuvo que un rigorismo formal injustificado no se compadece con los fines de la institución del amparo en torno a la preservación de la salud y la integridad física, fue aplicado en las causas “Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro” (Fallos: 328:4640) y “P., S. E. c/ Comisión Nac. Asesora para la Integ. de las Pers. Discapac. y otro” (Fallos: 332: 1200), entre otros. En la causa “Calas, Julio Eduardo c/ Córdoba, Provincia de y otro” (Fallos: 329: 4372), la Corte declaró operada la caducidad de la instancia, explicando que “no empece a la solución antes expuesta, que el presente se trate de un proceso de amparo en que se ventila la tutela de la salud, ya que la conclusión contraria sólo puede sustentarse en un mandato del legislador que, como el dado frente a otras actuaciones (ley 18.345), excluye del proceso civil este modo de extinción”. En “Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta”, la Corte, por mayoría, con remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, consideró arbitraria una sentencia que rechazaba el pedido de ligadura de trompas de la actora, basada, entre otros aspectos, en su situación de pobreza extrema, que le impedía hacer frente a las erogaciones que implicaba la crianza de sus hijos, puesto que el sentenciador que omitió tratar cuestiones planteadas con fundamentos y pruebas suficientes relativas al derecho a la salud, autodeterminación y resguardo familiar” (Fallos: 329: 2179).

ulterior, por la presencia de arbitrariedad manifiesta, al incurrir en un injustificado rigor formal; o no se exhibiese como derivación razonable del derecho aplicable, dado que, entonces, resultan vulneradas las garantías de defensa en juicio y debido proceso (v. Fallos: 310:576, entre otros).

La alegada urgencia en la satisfacción de las prestaciones solicitadas y el hecho —no cuestionado— de que el instituto demandado no hubiera admitido el reclamo de la actora, ponen de manifiesto que el decisorio irroga a la interesada agravios de imposible reparación ulterior, situación que se muestra reñida con el criterio de esta Corte según el cual, siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo (v. Fallos: 299:358; 305:307 y 327:2413), ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende —en cada caso— de la situación concreta a examinar.

4º) Que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como las que trata el *sub lite* relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole (Fallos: 328:4640, voto del juez Lorenzetti).

Este Tribunal ha afirmado que el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves (y en el caso se ha acompañado un certificado nacional en el que consta que la actora padece discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave)— está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. A mayor abundamiento, sostuvo también que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (conf. Fallos: 323:1339; 326:4931).

5º) Que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (Fallos: 300:1033) y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (conf. Fallos: 274:13, considerando 3º; 283:335; 300:1231; disidencia del juez Belluscio en Fallos: 313:1513 y disidencia del juez Maqueda en Fallos: 326:2637), su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299:358, 417; 305:307; 307:444; 327:2920).

Las particulares circunstancias que rodean al caso, por encontrarse, en definitiva, comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto

es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas —entre las cuales era razonable incluir al juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos—, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (conf. Fallos: 329:2179). Sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio *judicial* más idóneo.

Por ello y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal Subrogante, se resuelve: Declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Devuélvase el depósito (fs. 1), agréguese la queja al principal, vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos que revocó la de primera instancia que había hecho lugar parcialmente a las medidas cautelares solicitadas en la demanda y, en definitiva, rechazó la acción de amparo promovida contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y dicho Estado local en procura de obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de la salud de la demandante, la vencida dedujo recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la interposición del presente recurso de hecho.

2º) Que para así resolver el *a quo* consideró que la pretensión de la actora coincidía con otra acción de amparo anterior que había sido declarada inadmisibile por el tribunal pues la demandante, a la sazón, se hallaba efectuando un pedido similar en sede administrativa ante el instituto demandado, y expresó que el art. 3º inc. b de la Ley de Procedimientos Constitucionales local 8369 impedía el deambular simultáneo o sucesivo por la vía administrativa y por la del amparo ya que ello importaba el reconocimiento de que la primera era apta para obtener lo reclamado sin recurrir a la que denominó “garantía extraordinaria, heroica y residual”.

3º) Que en relación con la procedencia del presente recurso, corresponde, en principio, señalar que tiene dicho este Tribunal que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que produce agravios de imposible o dificultosa reparación ulterior, por la presencia de arbitrariedad manifiesta, al incurrir en un injustificado rigor formal; o no se exhibiese como derivación razonable del derecho aplicable, dado que, entonces, resultan vulneradas las garantías de defensa en juicio y debido proceso (v. Fallos: 310:576, entre otros).

La alegada urgencia en la satisfacción de las prestaciones solicitadas y el hecho —no cuestionado— de que el instituto demandado no hubiera admitido el reclamo de la actora, ponen

de manifiesto que el decisorio irroga a la interesada agravios de imposible reparación ulterior, situación que se muestra reñida con el criterio de esta Corte según el cual, siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo (v. Fallos: 299:358; 305:307 y 327:2413), ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende —en cada caso— de la situación concreta a examinar.

4º) Que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como las que trata el *sub lite* relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Y frente a un grave problema como el planteado en autos, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole.

Este Tribunal ha afirmado que el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves (y en el caso se ha acompañado un certificado nacional en el que consta que la actora padece discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave)— está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. A mayor abundamiento, sostuvo también que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (conf. Fallos: 323:1339; 326:4931).

5º) Que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (Fallos: 300:1033) y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (conf. Fallos: 274:13, considerando 3º; 283:335; 300:1231; disidencia del juez Belluscio en Fallos: 313:1513 y disidencia del juez Maqueda en Fallos: 326:2637), su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299:358, 417; 305:307; 307:444; 327:2920).

Las particulares circunstancias que rodean al caso, por encontrarse, en definitiva, comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas —entre las cuales era razonable incluir al juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos—, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (conf. Fallos: 329:2179). Sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio *judicial* más idóneo.

Por ello y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: Declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Devuélvase el depósito (fs. 1), agréguese la queja al principal, vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos que revocó la de primera instancia que había hecho lugar parcialmente a las medidas cautelares solicitadas en la demanda y, en definitiva, rechazó la acción de amparo promovida contra el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y dicho Estado local en procura de obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de la salud de la demandante, la vencida dedujo recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la interposición del presente recurso de hecho.

2º) Que para así resolver el *a quo* consideró que la pretensión de la actora coincidía con otra acción de amparo anterior que había sido declarada inadmisibile por el tribunal pues la demandante, a la sazón, se hallaba efectuando un pedido similar en sede administrativa ante el instituto demandado, y expresó que el art. 3º inc. b de la Ley de Procedimientos Constitucionales local 8369 impedía el deambular simultáneo o sucesivo por la vía administrativa y por la del amparo ya que ello importaba el reconocimiento de que la primera era apta para obtener lo reclamado sin recurrir a la que denominó "garantía extraordinaria, heroica y residual".

3º) Que en relación con la procedencia del presente recurso, corresponde, en principio, señalar que tiene dicho este Tribunal que la sentencia que rechaza el amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que produce agravios de imposible o dificultosa reparación ulterior, por la presencia de arbitrariedad manifiesta, al incurrir en un injustificado rigor formal; o no se exhibiese como derivación razonable del derecho aplicable, dado que, entonces, resultan vulneradas las garantías de defensa en juicio y debido proceso (v. Fallos: 310:576, entre otros).

La alegada urgencia en la satisfacción de las prestaciones solicitadas y el hecho —no cuestionado— de que el instituto demandado no hubiera admitido el reclamo de la actora, ponen de manifiesto que el decisorio irroga a la interesada agravios de imposible reparación ulterior, situación que se muestra reñida con el criterio de esta Corte según el cual, siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, deben los jueces habilitar las vías del amparo (v. Fallos: 299:358; 305:307 y 327:2413), ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende —en cada caso— de la situación concreta a examinar.

4º) Que la acción de amparo es particularmente pertinente en materias como las que trata el *sub lite* relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, máxime cuando de los términos de la demanda como la documentación acompañada se desprende que se encuentran acreditadas la gravedad del caso y la falta de protección en que se hallaba la amparista, lo que revela la inacción de las demandadas (conf. Fallos: 328:4640, voto del juez Zaffaroni).

Este Tribunal ha afirmado que el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves (y en el caso se ha acompañado un certificado nacional en el que consta que la actora padece discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave)— está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que el individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. A mayor abundamiento, sostuvo también que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; como así también el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (conf. Fallos: 323:1339; 326:4931).

5º) Que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (Fallos: 300:1033) y quien solicita tal protección judicial ha de acreditar en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (conf. Fallos: 274:13, considerando 3º; 283:335; 300:1231; disidencia del juez Belluscio en Fallos: 313:1513 y disidencia del juez Maqueda en Fallos: 326:2637), su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299:358, 417; 305:307; 307:444; 327:2920).

Las particulares circunstancias que rodean al caso, por encontrarse, en definitiva, comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida indican que no resultaba razonable ni fundado impedir la continuidad de un procedimiento cuyo objeto es lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas —entre las cuales era razonable incluir al juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional y en la ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos—, y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (conf. Fallos: 329:2179). Sobremanera cuando el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio *judicial* más idóneo.

Por ello y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: Declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Devuélvase el depósito (fs. 1), agréguese la queja al principal, vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. E. RAUL ZAFFARONI.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja y se da por perdido el depósito (fs. 1). Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — CARMEN M. ARGIBAY.

Incapacidad - Internación - Competencia - Principio de inmediatez - Control jurisdiccional.

R., M. J. s/ insania. 19/02/2008 - Fallos: 331:211.

Antecedentes:

A raíz de un homicidio agravado cometido por un menor de edad, se suscitó un conflicto de competencia entre un juez nacional de instrucción —quien sobreesayó al menor por considerarlo inimputable pero ordenó su internación en una clínica como medida de seguridad— y un juez nacional con competencia en lo civil, ante quien el asesor de menores promovió la declaración de incapacidad, pues este último se arrogó jurisdicción exclusiva y dictó la interdicción civil del menor.

A efectos de resolver la cuestión, las actuaciones fueron elevadas a la Corte que mandó dirimir el asunto a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, órgano jerárquicamente superior de ambos tribunales.

La cámara dispuso que el proceso debía sustanciarse ante el magistrado civil interviniente. Sin embargo, pasaron cinco años hasta que el expediente fue reasignado a otro juzgado, de igual grado y materia, cuyo titular resolvió inhibirse y remitir las actuaciones al tribunal del lugar de la residencia del declarado incapaz, sito en la Provincia de Buenos Aires.

Este último rechazó la inhibitoria y dispuso elevar las actuaciones nuevamente a la Corte a fin de que dirimiera el conflicto negativo de competencia. No obstante haberlo ordenado temporáneamente, dicha elevación fue cumplida casi 14 años después, lo que en los hechos significó que al momento de llegar a la última instancia, la restricción de la libertad a la que fuera sometido el paciente llevara más de 25 años sin tratamiento alguno ni informe periódico de su evolución concreta.

La Corte declaró competente para conocer de las actuaciones al juzgado local, y, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales del caso, ordenó a la autoridad correspondiente, con carácter de urgente, la realización de un detallado informe científico sobre el estado psicofísico y las condiciones de internación de MJR, con expresa observación a las pautas y principios relevados en el fallo.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Derechos de los pacientes institucionalizados.** (Considerandos 6º; 9º y 10).
- b) **Control jurisdiccional de las medidas de internación.** (Considerandos 7º, 10 y 12 a 17).
- c) **Competencia. Principio de inmediatez.** (Considerandos 21 a 24).

Estándar aplicado por la Corte:

- El derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional.
- Los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son reclusos coactivamente, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros específicos (relativos al tratamiento, información recibida, etc.), de los que se derivan los deberes legales del sujeto pasivo —sea el Estado o los particulares— y que permiten, a su vez, promover su cumplimiento.
- La medida de la privación de la libertad de un sujeto, específicamente cuando se trate de una internación involuntaria o coactiva, debe llevarse a cabo mediante un control judicial adecuado acerca de su necesidad —como medida menos restrictiva— oportunidad, duración, condiciones y compatibilidad con los parámetros constitucionales y garantías del debido proceso (principios de legalidad; proporcionalidad; razonabilidad e igualdad), y debe sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una afección mental en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de evitar que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes para esa persona o para terceros o bien que la terapéutica requiera ineludiblemente el aislamiento del paciente durante algún tiempo.
- La medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad, al tiempo de su ingreso, durante su permanencia, al momento de su egreso y si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ya que, caso contrario, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración.
- En los procesos relativos a pacientes institucionalizados, especialmente en los supuestos en los cuales existe una medida de internación de larga data, resulta imperioso extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en procura de una eficaz protección del causante, por lo que cabe atribuir competencia al tribunal del lugar donde se encuentra la entidad asistencial.

Texto del Fallo:

Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante

Suprema Corte:

El magistrado a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 9 (v. fs. 119), y la jueza titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamen-

to Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires (v. fs. 134), se declararon incompetentes para conocer en el proceso. En tales condiciones, quedó trabada una contienda que corresponde dirimir a V. E. al no existir un tribunal superior común a los órganos judiciales en conflicto, conforme artículo 24, inciso 7º, del decreto/ley 1285/58, texto según ley 21.708.

El conflicto que se suscita en el sub lite, guarda sustancial analogía con el suscitado y resuelto por V.E, según voto de la mayoría, en su sentencia del 27 de diciembre de 2005, en los autos: “T., R. A s/ internación”, S.C. Comp. N° 1511, XL, a cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, cabe remitir en razón de brevedad.

Por ello, teniendo en cuenta que el lugar actual de residencia del presunto incapaz se encuentra en la localidad de Morón, Provincia de Buenos Aires (ver fs. 129), opino que corresponde dirimir la contienda planteada y disponer que compete a la Justicia Provincial, seguir conociendo en el juicio, y devolver los autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 de la referida localidad, dado que resulta ajeno a V.E. determinar qué tribunal local en concreto debe entender en procesos cuya competencia corresponde a la jurisdicción provincial (ver doctrina de Fallos: 324:165, entre muchos otros). Buenos Aires, 21 de noviembre de 2006. MARTA A. BEIRO DE GONÇALVEZ.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 19 de febrero de 2008.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que en estas actuaciones se ha planteado un conflicto negativo de competencia entre el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 9 y el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires, para cuya resolución, este último ha ordenado la elevación de los autos a esta Corte a los efectos de que emita un pronunciamiento al respecto, y que este Tribunal, —en su carácter de único órgano superior jerárquico común (art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58)—, debe dirimirlo.

2º) Que de las constancias de la causa surge que, el 4 de junio de 1982, el señor juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 16 declaró la inimputabilidad de M.J.R., lo sobreseyó definitivamente en el sumario penal instruido en su contra por el delito de homicidio agravado, y dispuso que se mantuviera su internación en la clínica “Saint Emilien S.A.” de esta Capital Federal, como medida de seguridad de conformidad con lo preceptuado por el art. 34, inc. 1º, del Código Penal (fs. 1/2). Por otra parte, dicho magistrado remitió copia de lo resuelto al señor asesor de menores en turno de la justicia nacional en lo civil de esta Capital Federal “a los efectos que pudieran corresponder en relación a lo establecido en el art. 144 del Código Civil” (fs. 3).

El 11 de julio de 1983, la titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 14 —tribunal ante el cual el señor asesor de menores promovió el presente proceso de incapacidad (fs. 9/10)—, decretó la interdicción civil de M.J.R. “por ser el mismo un alienado mental, demente en el sentido jurídico, revistiendo su afección mental la forma de esquizofrenia” (fs. 31/32). Para resolver de este modo, se basó en el informe emitido por los señores profesionales del Cuerpo Médico Forense (fs. 22/23) quienes, entre otros aspectos, dictaminaron acerca de la peligrosidad del causante tanto para sí como para terceros, como así también advirtieron respecto de la conveniencia de adoptar las medidas que fueran necesarias

a los efectos de evitar su fuga. Cabe señalar que, en mérito de ese informe, la justicia civil ya había resuelto con anterioridad —el 12 de noviembre de 1982— proseguir la internación de aquél (fs. 24).

Además, en el pronunciamiento en el cual se declaró la insania de M.J.R., la señora jueza dispuso que el incapaz quedara bajo su exclusiva jurisdicción (fs. 32 vta.), decisión que no fue compartida por el magistrado del fuero de instrucción, quien resolvió que el tribunal a su cargo “ha de seguir ejerciendo en forma exclusiva y excluyente todas las medidas tutelares y de seguridad” con referencia a M.J.R. (fs. 44/45). La disparidad de criterios antedicha motivó una contienda de competencia y la elevación de los autos a esta Corte. Este Tribunal, el 28 de junio de 1984, sentenció que no le correspondía emitir pronunciamiento a los efectos de dirimir una cuestión de competencia planteada entre dos jueces nacionales de primera instancia, de conformidad con lo preceptuado por el art. 24, inc. 7º, del decreto-ley 1285/58, según texto de la ley 21.708 (fs. 52).

Finalmente, el 30 de diciembre de 1986, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —en su carácter de superior del tribunal que había prevenido—, rechazó la inhibitoria planteada por el señor juez de instrucción y dispuso que las actuaciones quedasen radicadas ante el Juzgado Nacional en lo Civil Nº 14. Para así resolver, la alzada esgrimió como fundamento el hecho de que la intervención de la justicia penal de instrucción no se hallaba justificada en razón de que la inimputabilidad de M.J.R. no había sido declarada por la falta de edad legal, sino en atención a su enfermedad mental, correspondiéndole al juez de grado en lo civil, que había decretado la interdicción del causante, la adopción de todas las medidas con relación al interdicto así como la fiscalización del régimen de internación, de conformidad con las normas pertinentes del Código Civil y la ley 22.914 (fs. 66/68).

En atención a lo resuelto, el juez nacional de instrucción —el 27 de marzo de 1987— dejó sin efecto la disposición tutelar que el tribunal a su cargo ejercía sobre el causante y ordenó el archivo de las actuaciones, decisión que comunicó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (fs. 78/79).

3º) Que las actuaciones prosiguieron su tramitación en dicho juzgado hasta que, el 26 de mayo de 1992, en cumplimiento de una resolución de carácter administrativo interna de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el expediente fue reasignado al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 9 (fs. 118), cuyo titular resolvió inhibirse de entender en el presente proceso de incapacidad en virtud de que M.J.R. se encontraba internado en un establecimiento psiquiátrico ubicado en la localidad de Castelar, Provincia de Buenos Aires, es decir, en otra jurisdicción. En ese sentido, sostuvo que “razones de orden práctico aconsejan que para que el control que se ejerza sobre el incapaz y el debido seguimiento del caso sea más efectivo (...), el magistrado competente debe ser el del lugar de residencia del causante”, a cuyo efecto invocó el art. 5º, inc. 8º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (fs. 119).

Las actuaciones fueron remitidas al Departamento Judicial de Morón y recayeron en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 4, cuyo magistrado rechazó la inhibitoria declarada por el juez nacional, en razón de considerar que aquélla había sido decretada en forma tardía, compartiendo así lo dictaminado por el señor asesor de incapaces provincial (fs. 127 y 125/126, respectivamente). Asimismo, dispuso “elevar de inmediato las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que dirima la cuestión de la negación de competencia”.

4º) Que sobre este punto cabe señalar que la sentencia del juez provincial data del 6 de noviembre de 1992. No obstante, la elevación allí dispuesta a esta Corte recién fue cumplida el 18 de octubre de 2006, es decir, casi catorce años después (fs. 136).

Al respecto se torna preciso puntualizar que, una vez notificado el asesor de incapaces departamental de la decisión adoptada por el magistrado provincial, el expediente fue recibido en el tribunal remitente el 13 de noviembre de 1992, según cabe concluir de la inscripción obrante a fs. 127 vta., siendo ésta la última actividad desarrollada en la causa. El 1º de septiembre de 2006, la madre de M.J.R. solicitó el desarchivo de las actuaciones (fs. 128) a los efectos de ser designada como nueva curadora en reemplazo de su esposo (fs. 132/133). Recibido el expediente en el Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 4 del Departamento Judicial de Morón, su actual titular advirtió que “las presentes actuaciones no fueron oportunamente remitidas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación” a los efectos de dirimir la cuestión de competencia planteada y, en consecuencia, ordenó su envío a este Tribunal. Asimismo, resolvió que “teniendo en consideración lo prioritario de velar por el estado psicofísico del insano, procédase a la urgente extracción de fotocopias, a los fines de la formación del cuadernillo de control [de internación] respectivo” (fs. 134), lo cual fue cumplimentado conforme surge de fs. 136.

5º) Que si bien en el sub lite, se ha solicitado la intervención de la Corte a los efectos de resolver una contienda de competencia, en el presente proceso, a juicio de este Tribunal, se han configurado circunstancias excepcionales que no pueden ser soslayadas en atención al debido respeto que merecen los derechos y garantías de raigambre constitucional que se encuentran en juego en casos como el de autos, que tiene como protagonista a quien se encuentra sometido a una internación psiquiátrica no voluntaria.

6º) Que la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales —de por sí vulnerable a los abusos—, crea verdaderos “grupos de riesgo” en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión y maltrato y no es infrecuente que conduzcan a un “hospitalismo” evitable. En esta realidad, el derecho debe ejercer una función preventiva y tuitiva de los derechos fundamentales de la persona con sufrimiento mental, cumpliendo para ello un rol preponderante la actividad jurisdiccional.

Los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son reclusos coactivamente —sin distinción por la razón que motivó su internación—, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros. Sin embargo, deviene innegable que tales personas poseen un estatus particular, a partir de que son sujetos titulares de derechos fundamentales con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión. Frente a tal circunstancia desigual, la regla debe ser el reconocimiento, ejercicio y salvaguardia especial de esos derechos de los que se derivan los deberes legales del sujeto pasivo —sea el Estado o los particulares— y que permiten, a su vez, promover su cumplimiento.

En atención a la realidad anteriormente planteada resulta vital promover el conocimiento y protección concretos de los derechos fundamentales genéricos previstos en nuestro sistema constitucional y derivar de ellos el índice de los respectivos derechos personales particularizados a través de, por ejemplo, pronunciamientos judiciales.

7º) Que los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso, —sea por penas, medidas de seguridad o meras internaciones preventivas y cautelares de personas sin conductas delictivas con fundamento muchas veces en la peligrosidad presunta y como una instancia del tratamiento—, actualmente se ven fortalecidos y consolidados en la Constitución Nacional (arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75, incs. 22 y 23), instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 7, 8 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 7, 9, 10 y 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros convenios en vigor para el Estado Nacional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280 y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001).

8º) Que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 46/119, del 17 de noviembre de 1991 (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 49, p. 189, ONU Doc. A/46/49 —1991—) ha adoptado los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”, aplicables también a las personas que cumplen penas de prisión por delitos penales o que han sido detenidas en el transcurso de procedimientos o investigaciones penales efectuados en su contra y que, según se ha determinado o se sospecha, padecen una enfermedad mental (Principio 20.1).

Este documento —conocido como los “Principios de Salud Mental” y considerado como el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales las cuales “deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental” (Principio 20.2)—, ha sido tomado por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fundamento para decidir en los casos “Víctor Rosario Congo c. Ecuador” (Informe 63/99 de la Comisión IDH, Caso 11.427, Ecuador, del 13 de abril de 1999, párr. 54) y “Ximenes Lopes c. Brasil” (Corte IDH, Ximenes Lopes c. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, párrs. 128-132). En él se detallan las normas aplicables para el tratamiento y las condiciones de vida dentro de las instituciones psiquiátricas, y se prevén protecciones contra la detención arbitraria en dichas instituciones (Principios 15 y 18). Además, los mentados principios constituyen una guía para los estados en la tarea de delinear y/o reformar los sistemas de salud mental.

En nuestro país, corresponde destacar que diferentes normas reconocen y protegen los derechos de las personas con discapacidad (vgr: Código Civil; leyes 22.431, 24.901 y 23.592; art. 36, inc. 5º, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 65, Constitución de la Provincia de Catamarca; art. 27, Constitución de la Provincia de Córdoba; art. 72, Constitución de la Provincia de Formosa; art. 48, Constitución de la Provincia de Jujuy; art. 42, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ley 448, Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

9º) Que dicho marco normativo —tanto nacional como supranacional—, permite fijar un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar a los siguientes: a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde

las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición.

10) Que el debido respeto a los derechos supra enunciados debe extremarse durante el transcurso de las medidas de internación. En efecto, toda internación involuntaria en los distintos supuestos en que un juez puede disponer un encierro forzoso debe, a la luz de la normativa vigente, sustentarse exclusivamente en el padecimiento de una afección mental susceptible de internación en tanto, en un contexto terapéutico, represente la posibilidad de evitar que se concreten actos dañosos graves, inmediatos o inminentes para esa persona o para terceros (Principios de Salud Mental, 16.1.a) o bien que la terapéutica requiera ineludiblemente el aislamiento del paciente durante algún tiempo. De este modo, la razonabilidad de la internación depende de su legitimación. En ese sentido, el art. 482, 1º párr. del Código Civil ordena que “el demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial”.

De resolverse la implementación de una medida de internación, ésta debe durar el tiempo mínimo e indispensable, en razón de ser un tratamiento restrictivo que debe presentarse como última opción (conf. art. 19, ley 448, Ciudad Autónoma de Buenos Aires), dejando sentada la regla de la libertad del paciente. El tercer párrafo del art. 482 del Código Civil establece que de disponerse la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales, se deberá “designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aún evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”.

En virtud de lo dicho, la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo, y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados. De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración. Incluso el codificador ha previsto que “cesando las causas que hicieron necesaria la curatela, cesa también ésta por la declaración judicial que levante la interdicción” (art. 484, Código Civil) y que “la incapacidad no se presume” (art. 3696, Código Civil).

En esa inteligencia, resulta imperioso insistir en que apenas hayan cesado las causas que determinaron la internación, el paciente tiene el derecho al egreso, sin que ello implique dar por terminado con su tratamiento ya que él mismo puede optar por continuarlo, conforme es su derecho.

11) Que sentado lo expuesto, de lo obrado en estos autos, esta Corte advierte sin esfuerzo que los principios y derechos previamente enumerados resultaron conculcados casi en su

totalidad. Del examen de las garantías con que debe contar toda persona al tiempo de su ingreso en una institución psiquiátrica, durante su permanencia y al momento de su egreso, y de las particularidades que reviste el sub lite, surge que en ninguna de las mencionadas etapas se ha garantizado la protección de los más elementales derechos que le asisten. En autos se carece de todo tipo de informe periódico que dé cuenta del estado de salud mental respecto de M.J.R. a quien oportunamente, por resultar “muy peligroso para sí y para terceros” (ver fs. 23), se le habilitaran tanto la medida de seguridad de índole penal como la interdicción de tipo civil.

12) Que si bien es cierto que en ocasiones la falta de programas y servicios comunitarios adecuados llevan a recurrir innecesariamente a instituciones, públicas o privadas, para suministrar la atención y tratamiento a las personas con enfermedades mentales, no es menos acertado que la carencia de opciones en el marco de la comunidad, determina que los pacientes permanezcan internados, en muchos casos, por prolongados períodos —con frecuencia sine die—, luego que se haya estabilizado su condición psiquiátrica y cuando podrían reinsertarse en la comunidad si se dispusiera de servicios y apoyos adecuados.

Se debe tener en cuenta que, en la práctica, más allá de que la medida de internamiento posea un carácter terapéutico, se lleva a cabo una auténtica privación de libertad de la persona. Por ello, tal como lo establecen los Principios de Salud Mental de las Naciones Unidas de 1991, el internamiento involuntario sólo debe tener un carácter excepcional y es necesario realizar todos los esfuerzos posibles para evitar el ingreso en contra de la voluntad del paciente, reconociendo el derecho de aquél, cuyo ingreso haya sido voluntario, a abandonar el centro, a diferencia de lo que sucede en el supuesto de internación involuntaria. En garantía de este carácter excepcional, se han establecido importantes limitaciones para la adopción de la medida. Entre ellas cabe destacar las previstas en la jurisprudencia y normativa internacional.

En este orden de ideas, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado necesaria la concurrencia de tres requisitos esenciales para garantizar la legalidad del internamiento de quienes se encuentran detenidos en establecimientos psiquiátricos por haber cometido actos constitutivos de infracciones penales, pero cuyos problemas mentales impiden juzgarlos responsables. En el caso *Winterwerp c. Países Bajos* se señaló, primeramente que la enfermedad mental debe haber sido establecida de manera probada; segundo, el problema debe revestir un carácter o una amplitud legitimante de la internación forzosa; tercero, la internación no puede prolongarse válidamente sin la persistencia de tal problema (Corte Europea de Derechos Humanos, *Winterwerp c. Países Bajos*, del 24 de octubre de 1979, pp. 17-18). Esta doctrina, cuyo fin es proteger al individuo internado contra la arbitrariedad (Corte EDH, *Musial c. Polonia*, del 25 de marzo de 1999, p. 50) ha sido reiterada por el Tribunal Europeo posteriormente, en los casos *X c. Reino Unido*, *Luberti c. Italia*, *Hutchinson Reid c. Reino Unido* y *HL c. Reino Unido*, de fechas 5 de noviembre de 1981, 23 de febrero de 1984, 20 de mayo de 2003 y 5 de octubre de 2004, respectivamente.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ximenes Lopes c. Brasil*, citado *supra* —primera sentencia de dicho tribunal referida a la situación de una persona con padecimientos mentales— se ha pronunciado sobre la especial atención que los estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad. En tal sentido, estableció la responsabilidad estatal por los actos u omisiones provenientes de instituciones de salud no estatales y, a la vez, afirmó la existencia de la violación del derecho al recurso efectivo y a las garantías del debido proceso, del derecho a la integridad personal de los

familiares, y el alcance de la reparación adecuada dado que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos” (párrs. 101-103).

13) Que lo expresado en los considerados precedentes marca la necesidad imperiosa de asegurar un reconocimiento pleno a la garantía de un debido proceso con que cuenta toda persona, que en el particular, versará sobre una internación psiquiátrica oportuna, limitada en el tiempo y adecuada a parámetros constitucionales, puesto que la decisión de internar como la de retener a un paciente en una institución psiquiátrica, son parte de un proceso que debe estar dotado del respeto por todas las garantías procedimentales contra reclusiones/enclaustramientos arbitraria/os.

Respecto de dicha garantía, la Corte Europea ha afirmado el derecho de quien se encuentre detenido en un establecimiento psiquiátrico por un período ilimitado o prolongado, en ausencia de control judicial periódico automático, de introducir en intervalos razonables un recurso ante un tribunal para que se pronuncie acerca de la legalidad de su internación, ya sea que esta haya sido dispuesta por una jurisdicción civil o penal o por otra autoridad (X c. Reino Unido, p. 23, párr. 52), con fundamento en que los motivos que justificaban la internación al origen pueden dejar de existir (Luberti c. Italia, p. 15, párr. 31; Megyeri c. Alemania del 12 de mayo de 1992, pp. 11-12, párr. 22; Musial c. Polonia, párr. 43; Magalhaes Pereira c. Portugal, sentencia del 26 de febrero de 2002, párr. 40, y sentencia del 20 de marzo de 2006, párr. 26). El Tribunal Europeo, a fin de no tornar abstracta la garantía del debido proceso, ha resaltado la necesidad de que el interesado tenga la oportunidad de ser escuchado por la autoridad competente (Winterwerp, p. 24, párr. 60).

Esta Corte ya invocó la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en oportunidad de expedirse en el precedente de Fallos: 328:4832, “T., R. A.” (especialmente en el considerando 5º, párrafos 2º y 3º). En dicha ocasión, también se hizo eco de los denominados “Principios de Salud Mental” en cuanto se afirmó que las internaciones involuntarias deben limitarse a aquellas situaciones “cuando exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros. En todos los casos, los motivos de la admisión y la retención se comunicarán sin tardanza al paciente y al órgano de revisión (Principio 16, admisión involuntaria), quien deberá examinar a la persona “lo antes posible,” decisión que podrá ser apelada ante un tribunal superior (Principio 17, órgano de revisión)” (considerando 5º, párrafo 1º).

En el mencionado precedente, este Tribunal sostuvo que “en los procesos donde se plantea una internación psiquiátrica involuntaria o coactiva, es esencial el respeto a la regla del debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales de las personas sometidas a aquélla” (considerando 4º, 2º párrafo) siendo dicha regla con mayor razón observadas en esa clase de procesos, “en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla (considerando 4º último párrafo, y en el mismo sentido “H., L. A. s/ insania - proceso especial”, fallada el 12 de junio de 2007, en especial, considerando 5º, cuarto párrafo, voto en disidencia de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni).

14) Que además de la garantía del debido proceso, este Tribunal advierte que se encuentran comprometidos principios constitucionales que también deben imperar en todo procedimiento de tipo psiquiátrico como lo son el de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad.

En efecto, debe tenerse presente que la internación de M.J.R. se impuso, inicialmente, en el marco de una causa penal incoada contra aquél por el delito de homicidio cuando tenía 14 años. Más allá de que con posterioridad la justicia civil haya tenido intervención, no puede perderse de vista que la restricción de la libertad, que en los hechos se le impusiera a aquél, lleva más de 25 años, y ello como consecuencia de la aplicación originaria de una medida de seguridad con contenido jurídico penal por haber cometido un injusto de esa índole y haber sido declarado inimputable en los términos del art. 34, inc. 1 del Código Penal.

De esta forma, es dable destacar que M.J.R. ha permanecido privado de su libertad, de manera coactiva, más tiempo incluso del que le habría correspondido in abstracto en el supuesto de haber sido condenado a cumplir el máximo de la pena previsto para el delito cometido, a la luz del instituto de la libertad condicional. En estas condiciones, tanto el principio de proporcionalidad como el propósito de respetar el principio de igualdad, que se buscó con la declaración de inimputabilidad, se ven seriamente comprometidos debido a que se muestra como irrazonable que una persona, a la que el Estado no quiere castigar, se vea afectada en sus derechos en una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable.

15) Que los derechos a la libertad y a la seguridad personales deben resultar compatibles con los principios de razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad. En ese sentido, tanto el art. 7, inc. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el art. 9, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parten de establecer, como principio general, el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad. La privación de libertad constituye, de tal suerte, sólo una excepción contemplada en dichas normas bajo el estricto cumplimiento de ciertos requisitos; éstos son, legalidad y no arbitrariedad. Conforme el primero de ellos, la privación de libertad debe encuadrar en las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley —aspecto material— y, por otro lado, debe practicarse con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por aquella —aspecto formal— (art. 7, inc. 2º Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 9, inc. 1º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Conforme con el segundo, la privación de libertad no sólo debe producirse por causas y métodos calificados de legales sino que además, ellos no deben ser arbitrarios (art. 7, inc. 3º Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 9, inc. 1º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En esa inteligencia, los “Principios de Salud Mental” establecen que “no se someterá a ningún paciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria, salvo con arreglo a los procedimientos oficialmente aprobados de la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros. Esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito” (Principio 11, párr. 11).

16) Que ante ello, no resulta indispensable que la persona deje de ser considerada peligrosa sino que debiera alcanzar con que la internación no sea entendida como el único medio terapéutico disponible, ya sea porque se cuenta con nuevos medios para contenerla o bien porque el estado de peligrosidad no fuera —constatación fehaciente mediante— lo suficientemente grave o inminente. De allí se desprende que el solo hecho de que la persona deba ser sometida a un tratamiento psiquiátrico no resulta suficiente para disponer o mantener su internación. En razón de las irregularidades y violaciones a las garantías constitucionales apuntadas en el sub lite, lo señalado precedentemente en términos de deber ser, ha devenido de imposible cumplimiento. Así las cosas, nada de ello puede sostenerse en el particular donde, después de casi 25 años, no se advierte tratamiento alguno ni informe periódico de la evolución concreta de M.J.R.

17) Que a esta altura, este Tribunal entiende imposible soslayar lo imperioso que resulta contar, en este tipo de cuestiones, con un control judicial adecuado acerca de la necesidad de la medida de internación; obligación que debe practicarse en intervalos periódicos razonables para garantizar la legalidad de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta. A ello se suma que tanto la legislación nacional penal y civil ya mencionadas condicionan la internación a un juicio de peligrosidad que la justifique por su gravedad y que, de faltar, tornará a la medida de seguridad impuesta en ilegal.

Tal como surge de los antecedentes obrantes en la causa, este control judicial de la necesidad de continuar con la privación de libertad impuesta no existió. Así como originalmente el informe sobre la supuesta peligrosidad de M.J.R. no habría sido realizado por peritos psiquiatras —lo que en su momento fue advertido por el señor Asesor de Menores ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en relación al dictamen de fs. 22/23 (fs. 42)—, tampoco luce un diagnóstico pormenorizado ni su pronóstico acerca de la patología que se le atribuye. La sola referencia a que M.J.R. padecía esquizofrenia no importó más que un rótulo de la enfermedad que no encuentra sustento en un examen científico riguroso. De la misma forma, ni los médicos ni los jueces intervinientes se expresaron en punto a si la internación era la única medida capaz de contrarrestar el invocado peligro que M.J.R. generaría para sí y para los demás y en qué contexto terapéutico.

18) Que la ausencia del debido control periódico sobre la legalidad y condiciones de la internación dispuesta con relación a la persona de M.J.R. no constituye la única cuestión que merece ser objeto de críticas en esta causa. En efecto, su estudio revela una serie de circunstancias que se han producido y que afectan la adecuada tutela de los intereses en juego en este tipo de procesos, y cuyo detalle permite dar basamento a esta afirmación.

De la compulsa del expediente surge que, no obstante que el proceso de insania fue incoado el 14 de junio de 1982 (según se desprende de la carátula de los autos iniciado ante la justicia nacional en lo civil), el progenitor de M.J.R. recién fue notificado a los efectos de ser designado como curador de aquél el 4 de mayo de 1987 (fs. 80). Se observa que en la sentencia en la cual se declaró la interdicción de M.J.R. se había designado como curador definitivo a la curadora oficial de alienados (fs. 31/32), quien aceptó su cargo, siendo la única actividad procesal desplegada el requerir el libramiento de oficios a los Registros de la Propiedad Inmueble y del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a los efectos de que tomaran conocimiento de la interdicción decretada (fs. 38 vta.), hechos que datan de septiembre de 1983.

En lo relativo al control de la salud física y mental de M.J.R., corresponde señalar que el primer examen es del 1º de noviembre de 1982 (fs. 22/23). Al respecto, el señor asesor de menores e incapaces ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en su escrito ante dicho tribunal del 3 de noviembre de 1983, formuló las advertencias referidas en el considerando precedente. El siguiente examen se realizó cinco años después (septiembre de 1987, fs. 91/92), cuando M.J.R. se encontraba internado en el Hospital José T. Borda; dicho control se reiteró al año siguiente (octubre de 1988, fs. 102/103). El último informe, ordenado por el juez titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 14 data del 15 de abril de 1991 (fs. 116), y lo fue en respuesta a la solicitud del asesor de menores de primera instancia, quien había advertido “la falta de noticias sobre la situación del causante” (fs. 114/115).

En definitiva, no existió actualización alguna respecto de los controles médicos, ni informes detallados acerca de eventuales tratamientos que se le habrían prodigado con la mira puesta en mejorar su salud a los fines de concretar su reinserción comunitaria.

19) Que luego de la intervención anterior de esta Corte frente al conflicto de competencia suscitado entre la justicia nacional de instrucción y la civil en el mes de junio de 1984, dicha contienda estuvo pendiente de resolución hasta diciembre de 1986 (fs. 66/68), debido al extravío del expediente en el ámbito de la última. Cabe señalar que el 14 de octubre de 1986 el señor asesor de menores e incapaces ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil elevó una nota a su presidente a los efectos de que procediera a la búsqueda o reconstrucción del expediente (fs. 62). Las actuaciones fueron finalmente ubicadas, según lo informado por la señora directora del Centro de Informática “al retirarse paquetes de planillas de incorporación de datos depositados en la oficina, (Y) apareció este expediente que se encontraba trasapelado, sin que se haya podido determinar cuáles fueron las razones de que se lo ubicara allí” (fs. 65/65 vta.). Durante dicho período de tiempo, no se produjo actividad procesal alguna respecto de M.J.R.

20) Que análogas inobservancias a las indicadas respecto de la protección de la salud psicofísica del causante, se han configurado en el aspecto patrimonial, el cual también es objeto de resguardo a través del proceso de insania. Al respecto, el art. 481 del Código Civil dispone que “la obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes”. En el sentido apuntado en el caso, no ha existido control alguno de la rendición de cuentas respecto de los fondos de la pensión graciable liquidada al causante por el Instituto de Previsión Social del Ministerio de Acción Social de la Provincia de Buenos Aires (fs. 89 vta. y 97).

Por último, la máxima expresión de la situación de desatención en que se encuentra M.J.R. se patentiza con el erróneo archivo de las actuaciones en la justicia provincial, entre los años 1992 y 2006. Resulta inadmisibles que durante este período no haya existido actividad jurisdiccional alguna en estas actuaciones tendiente a supervisar su situación, agravados por el hecho de que se halla comprometida aquí su salud física y psíquica (fs. 129).

21) Que ante conflictos de competencia como el planteado en el sub lite, se impone como regla general el análisis en particular de la conveniencia de la actuación judicial, teniendo en miras que la solución que al respecto se adopte debe estar al servicio de los derechos e intereses de los justiciables. Más aún, no pueden perderse de vista dichas premisas en causas como la de autos en las cuales la consideración de las circunstancias fácticas tiene especial significación en virtud del carácter de los intereses que se hallan comprometidos, como lo son la preservación de la salud física y mental y el derecho a la libertad de las personas en los supuestos de internación sobre las cuales el juzgador debe disponer las medidas necesarias a tal fin.

22) Que como paso previo a resolver la contienda de competencia traída, cabe recordar que esta Corte se ha pronunciado acerca de la necesidad de que cuando se ha trabado un conflicto de esta índole, el tribunal que esté conociendo en el caso —aún si resuelve inhibirse— debe seguir interviniendo en la causa a fin de no dejar a la persona en un estado de desamparo, brindándole una tutela judicial efectiva y garantizándole el debido proceso (Fallos: 328:4832, considerando 7º). Esta solución se debe predicar en el sub lite debido a que la protección jurisdiccional que debe otorgársele al causante se vería seriamente afectada si se está a la espera de la resolución del conflicto de competencia para adoptar las resoluciones pertinentes.

23) Que el dictamen de la señora Procuradora Fiscal remite en lo que hace al planteo de competencia a la solución propuesta por esta Corte en el precedente “T, R. A.” (Fallos: 328:4832),

en el que este Tribunal sostuvo que reconocer la competencia del órgano judicial del lugar del establecimiento en el que se encuentra el paciente tiene indudables ventajas, entre las que se puede citar el contacto directo de la jurisdicción con el afectado; la concentración de todas las diligencias médicas y psicológicas destinadas a determinar su estado de salud y finalmente la eventual eliminación de trámites procesales superfluos u onerosos, como también la prolongación excesiva de los plazos en las decisiones vinculadas a la libertad ambulatoria del individuo.

24) Que sentado ello y a fin de resolver la contienda de competencia, es menester recordar que en los supuestos en los cuales existe una medida de internación de larga data resulta imperioso extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en procura de una eficaz protección del causante (Fallos: 328:4832 y Competencia N° 1524.XLI “C., M. A. s/ insania”, del 27 de diciembre de 2005). Como consecuencia de lo expuesto, corresponde declarar competente para entender en estas actuaciones al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Morón, toda vez que —según se desprende de la causa—, es el tribunal del lugar donde se encuentra la entidad asistencial. Dicho magistrado, por esa razón, es el “más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla” (Fallos: 328:4832, considerando 7°), máxime cuando en el caso ya ha intervenido al proceder a llevar a cabo acciones puntuales tales como la formación de cuadernillo de control de internación con el objeto de velar por el estado psicofísico de M.J.R. (fs. 134/136).

Sin perjuicio de ello, en virtud de que al momento de plantearse la contienda de competencia entre la justicia nacional y la provincial —1992— no existían los juzgados de familia provinciales, es menester señalar que hoy en día los Tribunales Colegiados de Instancia Unica del Fuero de Familia creados por la ley de la Provincia de Buenos Aires 11.453 (B.O. 29 de noviembre de 1993, texto según ley 12.318) son los competentes en todo lo que hace a la “declaración de incapacidad e inhabilitaciones, sus rehabilitaciones y curatela” (art. 827, inc. n, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires). Además, dichos tribunales son los más idóneos para entender en la problemática del causante por contar con un equipo interdisciplinario y técnico-auxiliar (dos consejeros de familia, un médico psiquiatra, un psicólogo y tres asistentes sociales).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se resuelve: I) Declarar competente para conocer en las actuaciones al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Morón, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el segundo párrafo del considerando 24; II) Ordenar —con carácter de urgente— por la autoridad correspondiente, la realización de un detallado informe científico sobre el estado psicofísico y las condiciones de internación de M.J.R. para que obre en la causa, con expresa observación a las pautas y principios relevados en el presente fallo. Hágase saber lo dispuesto al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 9 y remítanse en devolución los autos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Morón. RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Acción de amparo - Derecho a la salud - Ley de Obras Sociales - Medicina prepaga - Mutual - Programa Médico Obligatorio.

Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo. 01/04/2008 - Fallos: 331:453.

Antecedentes:

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal revocó la sentencia del juez de grado y condenó a la demandada SADAIC a solventar la cobertura integral de una patología Linfoma No Hodgkin (cáncer) padecida por el actor, en la que —mediante una acción de amparo— se solicitaba la movilización, criopreservación y trasplante autólogo de Stem Cell Periféricas.

Contra dicho pronunciamiento, la accionada interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

La Corte, por mayoría, haciendo suyos los argumentos vertidos en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, declaró procedente el recurso y confirmó la sentencia apelada.

En disidencia, las juezas Highton de Nolasco y Argibay, decretaron la inadmisibilidad del recurso, conforme al art. 280 del C.P.C.C.N.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Derecho a la salud.** (Acápites IV y VI del Dictamen de la Procuradora Fiscal al que remite la mayoría).
- b) **Mutuales. Asimilación a Entidades de Medicina Prepaga.** (Acápites IV y V del Dictamen de la Procuradora Fiscal al que remite la mayoría).

Estándar aplicado por la Corte:

- Existe una semejanza entre las mutuales y las entidades de medicina prepaga, que obliga a aquéllas a cubrir las prestaciones del Programa Médico Obligatorio. Cuando se trata de una asociación o entidad que opera mediante el pago de una cuota mensual anticipada de sus socios como modo sustantivo de financiación, a cambio de prestaciones futuras —que incluyen asistencia médica y farmacéutica, reconocimiento de gastos funerarios y subsidios por nacimiento— la obligatoriedad de la prestación está sujeta a la condición suspensiva de que se dé determinada enfermedad en el titular o el grupo de beneficiarios, toda vez que el derecho a la salud cuando se trata de enfermedades graves está íntimamente relacionado al derecho a la vida, primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.

- Las asociaciones mutuales pueden ser Agentes del Seguro Nacional de Salud, aún cuando no adhieran al sistema de las leyes 23.660 y 23.661, encontrándose en tal caso obligadas a dar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio y a adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr el acceso pleno de los beneficiarios a la asistencia de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar sobre la materia.

Texto del Fallo:

Dictamen de la Procuradora Fiscal

Suprema Corte:

I — Los magistrados integrantes de la Sala N° 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, revocaron la sentencia del juez de grado y condenaron a la demandada SADAIC, a solventar en forma integral la cobertura solicitada (v. fs. 239 y vta.)

Se trata en autos de una acción de amparo en la que el actor reclamó se ordene a la prestadora demandada, la cobertura integral de su patología Linfoma No Hodgkin (Cáncer), necesitando puntualmente la asistencia médica que consiste en Movilización, Criopreservación y Transplante Autólogo de Stem Cell Periféricas.

Para así decidir, los juzgadores señalaron —según su propia jurisprudencia— que el régimen legal del artículo 1° de la ley 24.754 es de orden público, en tanto referido a normas y principios constitucionales de prioritaria trascendencia para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, al establecer la prestación médico obligatoria que involucra tanto a las obras sociales como a las prestadoras privadas de servicios médicos. Sobre esa base —prosiguieron— el contrato firmado por la partes no puede dejar sin efecto dicho régimen (art. 21 del Código Civil), que tiene carácter imperativo.

Ponderaron, entre otros elementos, que la norma antes citada contempla expresamente que las empresas que prestan servicios de medicina prepaga, entre las que cabe incluir —según los sentenciadores, con cita de jurisprudencia local— a las asociaciones mutuales como la aquí demandada, deben cubrir como mínimo, idénticas prestaciones obligatorias que las dispuestas para las obras sociales. Añadieron que la constitucionalidad de dicha norma no fue impugnada, y que la obligación de cobertura, según el régimen legal invocado por el actor (Decreto 492/95, Resolución 247/96 del Ministerio de Salud y Acción Social y Resolución 43/92 de la ANSSAL) no fue puesta en tela de juicio por la demandada.

II — Contra este pronunciamiento, la accionada interpuso el recurso extraordinario de fs. 245/252, que fue concedido a fs. 262 y vta.

Señala que SADAIC es una sociedad autoral, civil, sin fines de lucro, que tiene, además, una acción mutual regulada por la ley de mutualidades 20.321 y, como consecuencia de ello, se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Mutualidades y le son aplicables las normas que dicte Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES). Se encuentra igualmente regida por el Estatuto Social de SADAIC y por el Reglamento de Mutualidad dictado en su consecuencia.

Expone que en dicho Reglamento, inscripto en el INAES, se establecen específicamente los beneficios que se acuerdan a sus socios por decisión de los mismos interesados. Sostiene que

de las disposiciones de la ley de mutualidades, no surge su obligación de cubrir prestaciones no incluidas en su Estatuto y Reglamento como determina el decisorio impugnado, por cuanto el trasplante está expresamente excluido y no hay fundamento alguno en la sentencia que justifique apartarse de esta legislación aplicable a su parte.

SADAIC —afirma— en su prestación de servicios médicos no participa del perfil de las empresas de medicina prepaga. Alega que la ley 24.754 se origina dentro del marco de la existencia de entes bien diferenciados entre sí: las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, sin hacer referencia alguna a la vieja existencia de mutuales y cooperativas dentro de la discusión. Refiere algunos antecedentes parlamentarios de dicha ley, advirtiendo que en ningún momento se incluyen las mutuales o cooperativas. Más adelante enfatiza que no cabe la interpretación analógica ni la extensiva.

Puntualiza que no se tiene en cuenta que las mutuales asociadas al INAES, que —como en la especie— no están inscriptas como Agentes del Seguro Nacional de Salud ante el ANSSAL, no tienen el correlativo beneficio que establece el propio sistema: un subsidio del Estado en cuanto a las prácticas de alto costo.

Aduce que el INAES estableció por Resolución N° 2584/2001 que, de acuerdo al artículo 1° y siguientes de la ley 20.321, las asociaciones mutuales, por su naturaleza jurídica, no resultan comprendidas en la ley 24.754. En este marco, manifiesta que la Mutual de SADAIC no se encuentra bajo la supervisión directa del Ministerio de Salud, sino que el órgano de control de su acción mutual es el INAES.

Reitera, finalmente, que el Reglamento de la Mutual de SADAIC (agregado a fs. 8 y 71/80 de autos), excluye expresamente el servicio que solicita el actor.

III — Ciertamente es que determinar la naturaleza jurídica de las asociaciones mutuales, así como el alcance de las prestaciones y servicios asistenciales médico — farmacéuticos que aquéllas deben brindar a sus socios, en el marco de los contratos particulares con ellos celebrado, remite al estudio de cuestiones de derecho común, ajenas, en principio, a esta instancia extraordinaria (v. doctrina de Fallos: 322:2914; 323:2870; 327:1228, entre muchos otros). Sin embargo, estimo que el recurso resulta procedente, por un lado —como expuso el a quo en el auto de concesión— en virtud de la íntima relación que todo el sistema legislativo y reglamentario de las prestaciones médico-asistenciales guarda con los derechos constitucionales a la salud y a la preservación de la vida humana (v. fs. 262 vta.), los cuales se encuentran directa e inmediatamente comprometidos en el caso. Es decir, ponderando especialmente la importancia y trascendencia de los valores en juego, como son “...los derechos personalísimos a la vida, salud, e incolumidad física y psíquica del propio cuerpo, que constituyen bienes indisponibles por sus titulares, que están fuera del comercio y exceden el mero interés privado, puesto que interesan al orden público y a las buenas costumbres —doctrina de los artículos 21, 953, 1167 y concordantes del Código Civil—...” (conf. Félix A. Trigo Represas: “Medicina prepaga y responsabilidad civil”, JA 80° Aniversario, 1998-452, Lexis N° 0003/007300). Y por otro lado, dada la eventual preterición por parte de los juzgadores, de la Resolución N° 2584/2001 del INAES, invocada por la recurrente (v. fs. 224 vta. y 250 vta.).

IV —Al ingresar al examen del fondo del asunto, corresponde recordar en primer término, que V.E. tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá

de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (v. doctrina de Fallos: 323:3229, 324:3569, entre otros).

Al tener ello presente, y sin dejar de reconocer que todavía no existe uniformidad de criterio jurisprudencial acerca de si las mutuales que integran el conjunto de entidades prestadoras de servicios de salud resultan o no asimilables a las entidades de medicina prepaga, advierto no obstante, que en el caso de autos se trata de una asociación que opera mediante el pago de una cuota mutual de sus socios fijada por el Directorio de SADAIC a propuesta de la Comisión de Mutualidad (ver art. 2.2.a. y 7.a. del Reglamento Mutua, fs. 76 y 79), a cambio de prestaciones futuras y en condiciones predeterminadas, que incluyen asistencia médica y farmacéutica, reconocimiento de gastos funerarios y subsidios por nacimiento (ver art. 2.1. del citado Reglamento, en especial, el título “Carencias”, fs. 75 vta./76. El subrayado me pertenece). Sus recursos están conformados, además, por descuentos específicos para fines mutuales practicados en las liquidaciones de derechos nacionales y extranjeros administrados por SADAIC, aranceles de ingreso, recupero de gastos, venta de chequeras, contribuciones y/o coseguros, legados, subsidios y todo otro recurso lícito con afectación específica a la Mutua (ver art. 7.b. del Reglamento, fs. 79). En tales condiciones, pese a su diversa naturaleza, reúne presupuestos muy similares a los que —siguiendo el criterio del Doctor Ricardo Luis Lorenzetti— tipifican a la medicina prepaga; esto es: que exista una empresa (o —puede añadirse, en mi opinión— una entidad) que se compromete a dar asistencia médica, por sí o por terceros; que la obligatoriedad de la prestación esté sujeta a la condición suspensiva de que se dé determinada enfermedad en el titular o el grupo de beneficiarios; y que exista el pago anticipado como modo sustantivo de financiación, aunque pueda ser complementado (autor citado, “La Empresa Médica”, Edit. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1988, pág. 127, N° II-2, referido por el Dr. Félix A. Trigo Represas en el artículo antes aludido. El subrayado es de la suscripta). Consecuentemente, no resulta irrazonable la semejanza propuesta por los juzgadores en el pronunciamiento impugnado entre las entidades de medicina prepaga, y la mutua demandada en autos.

Atento a lo expuesto, es verosímil presumir que quien se asocia a esa mutua, lo hace con la legítima expectativa de que la misma debe cubrir las prestaciones del Programa Médico Obligatorio. Así lo expuso el actor en la demanda (v. fs. 10 vta./11). No está demás señalar, en este contexto, que la denominación científica de la práctica requerida por el amparista —cuya patología individualizada como linfoma no Hodgkin (cáncer)—: “Movilización, Criopreservación y Transplante Autólogo de Stem Cell Periféricas”, no aparece de modo explícito entre las prestaciones desconocidas en el Reglamento Mutua (v. fs. 77 vta.), al punto que el Juez de Primera Instancia, al admitir el pedido cautelar, manifestó en sus fundamentos que “...la prestación indicada y solicitada se encuentra incluida dentro del Programa Médico Obligatorio y no se trata de las expresamente excluidas por el Reglamento de la Mutua (ver punto 3.13)...” (v. fs. 15).

V — En cuanto a la Resolución N° 2584/2001 del INAES, si bien es cierto que en su artículo 3° expresa que las asociaciones mutuales, por su naturaleza jurídica, no resultan comprendidas en la ley 24.754, también lo es que en su artículo 2° declara que de conformidad a lo establecido en los artículos 16 y 17 de la Ley 23.661, las asociaciones mutuales pueden ser Agentes del Seguro Nacional de Salud, encontrándose en tal caso obligadas a dar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio. Antes de proseguir con el examen de este tema y a fin de evaluar elementos conducentes para arribar a una justa solución de la controversia, considero pertinente señalar que, al interponer la acción de amparo, el actor se encontraba en

“...alto riesgo por su enfermedad de base (múltiples recaídas, transformación histológica)...” y que se solicitó con carácter urgente la intervención médica referida, como “...única alternativa de prolongar la sobrevida.” (ver Resumen de Historia Clínica, fs. 6, últimos tres párrafos). Por otra parte, según lo expresó en la demanda, se hallaba imposibilitado para la realización de dicha práctica “...por no contar con los medios para hacerlo ya que no tengo más dinero...” (v. fs. 11), afirmación que no fue impugnada ni desmentida por la accionada. Como consecuencia de lo antedicho, estimo que resulta aplicable en la especie la jurisprudencia de V.E. que ha establecido —si bien en el marco de otros presupuestos fácticos, pero similares a los presentes en orden a la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud— que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661, no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr el acceso pleno del amparista, en este caso, a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar sobre la materia (v. doctrina de Fallos: 327:2127, que remitió al dictamen de esta Procuración General, y sus citas. La aclaración entre guiones me pertenece). En este marco, cabe observar que la demandada, si bien invocó dogmáticamente que hacerse cargo de estas prestaciones provocarían su colapso o desequilibrio económico (v. fs. 223 vta., 249), no probó que tal desequilibrio haya acaecido, ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas, o cualquier medio de prueba a su alcance, de qué manera se produciría; así como tampoco alegó ni acreditó dificultades económicas para solventar concretamente la integridad de los gastos que requirió la prestación médica solicitada, y practicada en cumplimiento de la medida cautelar (v. fs. 134/145, 169/171).

VI —La solución que propicio, encuentra justificación en precedentes del Tribunal, que ha establecido que el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del artículo 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud —especialmente cuando se trata de enfermedades graves— está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (v. doctrina de Fallos: 323:1339). También ha dicho que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12 inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en Fallos: 326:4931).

Asimismo, a partir de lo expresado por V.E., particularmente, en Fallos: 321:1684 y 323:1339, ha quedado en claro el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema. Declaró, además, que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (doctrina de Fallos: 327:3127, antes citado).

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario, y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, 1º de febrero de 2007. MARTA A. BEIRÓ DE GONÇALVES.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 1º de abril de 2008.

Vistos los autos: “Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal Subrogante ante la Corte, a los que remite en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (*en disidencia*) — CARLOS S. FAYT — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*en disidencia*).

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Notifíquese y devuélvase. ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

Obras sociales - Seguridad social - Convenio de transferencia - Derecho a la salud.

Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/ Catamarca, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. 20/05/2008 - Fallos: 331:1262.

Antecedentes:

La Obra Social para la Actividad Docente, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación demandó a la Provincia de Catamarca a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 205/01, de la Subsecretaría de Recursos Humanos y Gestión Pública del Ministerio de Educación Provincial, en cuanto ordenaba que los aportes patronales y personales del personal docente se efectuaran obligatoriamente a la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Catamarca.

La Corte por mayoría, hizo lugar a la demanda.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Obras sociales – Seguridad social.** (Mayoría: Considerando 7°).
- b) **Sistema Nacional de Seguros de Salud – Derecho a la salud.** (Mayoría: Considerandos 20 y 21).

Estándar aplicado por la Corte:

- Las obras sociales son entes de la seguridad social a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones médico-asistenciales para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud y otras prestaciones de carácter social. Estas se constituyen como organizaciones descentralizadas y autónomas, destinadas a procurar, por si o a través de terceros, la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados y beneficiarios.

- Las obras sociales tienen personalidad jurídica propia y diferenciada del organismo, dependencia estatal, empresa o asociación sindical o profesional a las que se hallan vinculadas. Reciben y administran recursos de la seguridad social para su funcionamiento, conformados por los aportes y contribuciones de los empleados y empleadores, empresa o dependencia pública cuya existencia determina la conformación del grupo de beneficiarios (art. 16 de la ley 23.661).

- La resolución 205/01 debe ser privada de validez por aplicación del sistema de supremacía federal al ser inalienables los derechos de los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud, por ser bienes jurídicamente superiores, a cuya preservación y desarrollo deben propender las demás normas y las reglamentaciones que se dictan, de otro modo, se frustrarían sus propósitos en orden a “procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

— I — A fs. 238/246, la Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD), promueve demanda, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Catamarca, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 205/01 de la Subsecretaría de Recursos Humanos y Gestión Pública del Ministerio de Educación provincial y se disponga la nulidad de todos los actos que se dicten conforme a ella, por contrariar lo establecido en los arts. 14 bis, 17, 31, 75, inc. 12), 108 y 125 de la Constitución Nacional.

En su carácter de agente natural del seguro nacional de salud (art. 15 de la ley 23.661), cuestiona dicha norma en cuanto ordena que los aportes patronales y personales del personal docente que desempeñaba tareas en los establecimientos de enseñanza estatal nacional transferidos al ámbito provincial se efectúen obligatoriamente a la Obra Social de Empleados Públicos local (OSEP), porque ello implica su desafiliación compulsiva de OSPLAD, sin permitirles ejercer la opción de la obra social local prevista en el art. 9º de la ley nacional 24.049, en el decreto 504/98 del Poder Ejecutivo Nacional y en el art. 10 del convenio citado.

Relata que tanto en 1978 como en 1992, cuando las leyes 21.809 y 24.049 facultaron al Poder Ejecutivo Nacional a transferir a las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires los servicios educativos nacionales, se contempló que el personal transferido podría optar por continuar en OSPLAD, en cuyo caso el gobierno de la jurisdicción deberá actuar como agente de retención de los aportes, o por afiliarse a la obra social provincial (arts. 7º y 9º de las leyes mencionadas). En tales condiciones, el 21 de diciembre de 1992 se celebró entre el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca el “Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales a la Provincia”, en cuyo art. 10 se prevé que el personal transferido, en determinado plazo podrá optar por la obra social provincial y que, en caso de que no se produzca esa opción, la Provincia actuará como agente de retención de los aportes personales destinados a la OSPLAD.

En esta opción no se habla de cargos totales o parciales, sino de posibilitar que el docente pueda elegir su obra social. Así —continúa—, es evidente e incuestionable que el que revistaba como personal transferido en ciertas horas cátedra al ser reubicado en otras mantenga la misma calidad y no pueda asimilarse esta situación a una nueva designación. Sin embargo, desde que se dictó la resolución impugnada se inició un proceso de desafiliación compulsiva que le ocasionó un grave perjuicio económico, por la pérdida de aportes, y porque tuvo que hacerse cargo —sin contar con los recursos correspondientes— de la asistencia y prácticas médicas de distinta complejidad que los docentes requirieron a la OSEP sin obtener respuesta.

En consecuencia, señala que ha existido un enriquecimiento ilícito por parte de la obra social local, toda vez que recibió los aportes de los afiliados pero no brindó las prestaciones solicitadas y que decidió entablar esta demanda para evitar que se tornen ilusorios sus derechos y que se produzcan perjuicios irreparables tanto para ella como para sus afiliados y beneficiarios de la Provincia de Catamarca.

— II — La Provincia de Catamarca contesta demanda y solicita su rechazo por medio del escrito que obra a fs. 305/313.

En primer término, manifiesta que en autos no concurren los presupuestos para que proceda la acción, porque la actora no acredita la existencia de una situación de incertidumbre, toda vez que conocía el contenido y los alcances de la resolución 205/01 desde el momento en que ya había intentado impugnarla por vía de recursos administrativos y acciones judiciales, que fueron rechazados en dos oportunidades por el máximo tribunal provincial, al no haber cumplido con los requisitos indispensables para agotar la vía administrativa previstos en el código de procedimientos administrativos provincial y que ahora insiste en el mismo error cuando plantea nuevamente la cuestión ante V.E.

Niega que se hayan efectuado desafiliaciones en forma unilateral e ilícita por parte del Estado provincial, que los docentes no hayan peticionado expresamente el cambio de obra social, así como que se les haya producido a ellos y a OSPLAD gravísimos perjuicios y reclamos por falta de asistencias médicas y prácticas de distinta complejidad.

En este orden de ideas, explica que la resolución 205/01 contempla la situación de aquellos docentes nacionales transferidos en cargos transitorios (interinos y suplentes) y que, a la fecha del dictado de la resolución, ocupaban cargos permanentes; por consiguiente habían modificado su estado al revestir, en la actualidad, el carácter exclusivo de docentes provinciales y, en consecuencia, debían aportar a la obra social local y no a la actora.

Por otra parte, considera contradictoria la postura exhibida por aquélla al manifestar, por un lado, que los docentes transferidos deben permanecer vinculados a OSPLAD a perpetuidad y, por el otro, al invocar la aplicación de la ley nacional de obras sociales y su reglamentación, que propicia la movilidad de los afiliados y la libre afiliación.

Finalmente, sostiene que no es cierto que OSEP resulte más onerosa y brinde menos servicios a sus afiliados, puesto que las prestaciones que ofrece son con casi todos los profesionales y clínicas de la Provincia y cuenta, además, con una amplia cobertura asistencial en todo el país que incluye tratamientos de alta complejidad.

— III — Clausurado el período probatorio, las partes presentaron sus alegatos, por medio de los escritos de fs. 579/583 y 585/588 (actora y demandada, respectivamente).

A fs. 590, el Tribunal dispuso correr vista a este Ministerio Público.

— IV — Ante todo, en cuanto a las objeciones que la demandada plantea a la admisibilidad formal de la acción intentada, corresponde destacar que la jurisprudencia del Tribunal enseña que su competencia originaria proviene de la Constitución Nacional y no puede quedar subordinada al cumplimiento de requisitos previstos en las leyes locales ni le resulta exigible a quien la invoca el agotamiento de trámites administrativos previos (doctrina de Fallos: 312:1003; 322:473; 323:1192, entre muchos otros).

Sobre tales pautas, en su concreta aplicación al sub lite, entiendo que esta defensa debe ser desestimada.

Con relación al fondo del asunto en debate, conviene recordar que el Congreso Nacional facultó al Poder Ejecutivo a transferir, a partir del 1º de enero de 1992, a las provincias y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, los servicios educativos administrados en forma directa por el Ministerio de Cultura y Educación y por el Consejo Nacional de Educación Técnica, así como también las facultades y funciones sobre los establecimientos privados reconocidos, bajo determinadas condiciones (art. 1º de la ley 24.049).

Asimismo, previó que los requisitos específicos de las transferencias se establecerían mediante convenios que celebrarían el Poder Ejecutivo Nacional y cada una de las jurisdicciones, en los que se acordaría toda otra cuestión no prevista en la ley atendiendo a las particularidades de cada jurisdicción (art. 2º).

El capítulo III de la ley fijó las bases sobre las cuales se haría el traspaso del personal docente, técnico, administrativo y de servicios generales que se desempeñaba en los servicios transferidos y, en cuanto concierne al caso de autos, el art. 9º previó: *“Las jurisdicciones podrán convenir mecanismos para facilitar al personal transferido optar por continuar en la Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD), en cuyo caso el gobierno de la jurisdicción deberá actuar como agente de retención de los correspondientes aportes, o incorporarse a la Obra Social de la jurisdicción receptora”*.

En este escenario, el 21 de diciembre de 1992 se celebró entre el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca el convenio de transferencia al que se refiere la ley (v. copia a fs. 5/16), en el que se estipula que *“el personal transferido, en un plazo no mayor de noventa (90) días desde la fecha en que la Provincia inicie la liquidación de los haberes del personal, podrá optar por la Obra Social de la Provincia, la cual realizará las prestaciones sin período de carencia. En caso de que no se produzca la opción, la Provincia actuará como agente de retención de los aportes personales destinados a la Obra Social de la jurisdicción nacional (OSPLAD)”*, mientras que en las disposiciones transitorias se prevé que durante el término en que la Nación liquide los sueldos, el personal continuará con la cobertura de la actora (cláusula cuadragésimo sexta).

Por otra parte, la resolución que se impugna en autos ordena a la Dirección de Informática y Organización provincial que reasigne con código obra social “OSEP” en las liquidaciones de haberes de los agentes comprendidos en la cláusula sexta del Convenio de transferencia de servicios educativos nacionales a la Provincia que determine la Oficina Provincial de Asuntos Previsionales (art. 1º de la resolución 205/01, cuya copia obra a fs. 18/19).

Ente sus considerandos se explica que el aludido convenio incorporó a la Administración Provincial al personal que se desempeñaba en los establecimientos y servicios de enseñanza nacionales, manteniendo la identidad y equivalencia en la jerarquía, funciones y situaciones de revista en que se encontraban a la fecha de la transferencia, pero que se debían evaluar los casos de aquellos agentes que, por diversos motivos, habían cambiado la identidad, equivalencia y funciones del cargo de revista. En tales condiciones —siempre según las expresiones del emisor del acto—, el personal transferido que hubiese alterado la situación de revista que poseía al momento de la transferencia, es decir, funciones y situaciones de revista en un nuevo cargo de la órbita provincial, debía aportar obligatoriamente a la obra social local, además de los que voluntariamente así lo solicitaren.

Pues bien, una vez descripto el marco normativo que rige el caso, corresponde señalar que el análisis de las previsiones del convenio de transferencia de los servicios educativos nacionales y del personal que se desempeñaba en ellos permite extraer dos conclusiones para la resolución de esta causa. La primera, que los Estados contratantes acordaron en asegurarles a los agentes transferidos, sin importar su condición de revista, el derecho de elegir la obra social (nacional o provincial) a la que pertenecerían. Esta opción sólo puede ser ejercida por aquellos agentes, sin injerencia estatal ni de la obra social a la que hasta ese momento estaban afiliados, ni, por supuesto, de la local que atiende obligatoriamente a los empleados públicos provinciales. La segunda es que, mientras los agentes transferidos no expresen su voluntad de afiliarse a otra obra social, OSPLAD tiene el derecho de recibir los aportes correspondientes y a tal fin se definió que las autoridades provinciales actuarían como agentes de retención y le remitirían esos fondos.

Todo ello, además, en perfecta compatibilidad con la ley marco de transferencia de los servicios educativos nacionales.

En tales condiciones, la interpretación que surge de la resolución que se cuestiona en estos autos contraviene el acuerdo suscripto entre los Estados para hacer efectivo el traspaso de los establecimientos, servicios y agentes educativos nacionales que, como se vio, se ajusta a las exigencias de la ley de transferencia 24.049.

Dicha circunstancia, entonces, otorga sustento suficiente a la postura de la actora en cuanto afirma que la resolución provincial es ilegítima y que tiene derecho a seguir percibiendo los

aportes de los agentes que no optaron por afiliarse a la OSEP. En efecto, nada hay en el texto del convenio que permita sostener que los agentes transferidos mutan en esa condición cuando acceden a otro cargo en la estructura educativa provincial, o que ello habilite a las autoridades locales a disponer que los aportes se efectúen obligatoriamente en la obra social de los empleados públicos provinciales.

— V — Por lo expuesto, considero que se debe hacer lugar a la demanda instaurada. Buenos Aires, 27 de diciembre de 2006. LAURA M. MONTI.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 20 de mayo de 2008.

Vistos los autos “Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/ Catamarca, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de los que

Resulta:

I) Que a fs. 238/246, la Obra Social para la Actividad Docente (en adelante, “OSPLAD”) promovió demanda en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra la Provincia de Catamarca a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de la resolución 205/01, de la Subsecretaría de Recursos Humanos y Gestión Pública del Ministerio de Educación Provincial.

En su carácter de agente natural del seguro social nacional de salud (conf. art. 15 de la ley 23.661), cuestionó dicha resolución en cuanto ordena que los aportes patronales y personales del personal docente comprendido en la cláusula sexta del Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales a la Provincia (v. fs. 5/16) —es decir, aquél que desempeñaba tareas en los establecimientos de enseñanza estatal nacional, transferido al ámbito provincial— se efectúen obligatoriamente a la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Catamarca (en adelante, “OSEP”).

Adujo que tal conducta comporta la desafiliación compulsiva de OSPLAD, no obstante no haber ejercido los interesados la opción a favor de la obra social local prevista en los arts. 7º y 9º de la ley nacional 24.049, en el decreto 504/98 y en el art. 10 del citado convenio, lo cual importa un avance indebido —a su entender— sobre un asunto de competencia exclusiva de las autoridades nacionales, como es el Sistema Nacional del Seguro de Salud regido por las leyes 23.660 y 23.661 y, en consecuencia, conculca los arts. 14 bis, 17, 31, 75 (inc. 12), 108 y 125 de la Constitución Nacional.

Explicó que tanto en 1978 como en 1992, cuando las leyes 21.809 y 24.049 facultaron al Poder Ejecutivo Nacional a transferir a las provincias y a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires los servicios educativos nacionales, se contempló que el personal transferido podía continuar en OSPLAD o, bien, optar por afiliarse a la obra social provincial.

Señaló que, en tales condiciones, el 21 de diciembre de 1992 se celebró entre el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca el Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales a la Provincia, en cuyo artículo 10 se previó que el personal transferido, en determinado plazo podría optar por la obra social provincial y que, en caso de que no se produjese el ejercicio de la opción referida, la provincia actuaría como agente de retención de los aportes personales destinados a OSPLAD.

Afirmó que la ulterior reglamentación nacional del procedimiento de traspaso aseguró mecanismos claros para hacer uso del ejercicio del derecho de opción. Observó, además, que aquélla no alude a cargos totales o parciales sino a posibilitar que el docente pueda elegir su obra social, de allí que, a su criterio, aquel docente que revistaba como personal transferido en ciertas horas cátedra al ser reubicado en otras mantenga la misma calidad y no pueda asimilarse dicha situación a una nueva designación.

Arguyó que la Provincia de Catamarca, mediante el dictado de la disposición cuya tacha de inconstitucionalidad persigue, al iniciar un proceso de desafiliación compulsiva avanzó de manera ilegal y arbitraria sobre asuntos de exclusiva competencia de las autoridades nacionales en materias atinentes al Sistema Nacional de Seguro de Salud creado por la ley 23.661 y de la ley 23.660 de Obras Sociales. En ese orden señaló que la OSEP no ha ingresado en el proceso de desregulación de las obras sociales ni ha adherido al sistema nacional, del cual no forma parte.

Indicó, en tal sentido, que tiene interés jurídico suficiente para promover esta demanda puesto que la desafiliación le ocasionó un grave perjuicio económico al verse privada de los aportes de numerosos afiliados, y al haber tenido que tomar a su cargo —sin contar con los recursos correspondientes— la asistencia y las prácticas médicas de distinta complejidad que los beneficiarios requirieron a la OSEP sin obtener respuesta. Añadió, que todo ello también afecta a los docentes comprendidos en el sistema, los que se ven desprovistos sin su consentimiento de los beneficios que les da OSPLAD, entidad a la que legítimamente quieren pertenecer. Se agravó, además, de la existencia de un enriquecimiento ilícito por parte de la obra social local, toda vez que recibe los aportes de los afiliados pero no les da las prestaciones debidas.

Por todo ello dice que decidió entablar esta demanda para evitar que se tornen ilusorios sus derechos, y que se produzcan perjuicios irreparables tanto para la actora como para sus afiliados y beneficiarios de la Provincia de Catamarca.

En virtud de lo expuesto solicitó la concesión de una medida de no innovar mientras dure el proceso; a fin de que la demandada dispusiese la reincorporación de los afiliados a OSPLAD, que fueron dados de baja en virtud de la aplicación de la resolución impugnada.

II) A fs. 246 vta., se corrió vista a la Procuración General de la Nación, quien entendió que el caso corresponde a la competencia originaria *ratione personae*, toda vez que la actora es una entidad de obra social que litiga en el fuero federal, de conformidad con la previsión contenida en el art. 38 de la ley 23.661, y demanda a una provincia con derecho a esta instancia de excepción, según lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución Nacional (v. fs. 248/249).

III) A fs. 250 el Tribunal se declaró competente para conocer el asunto e hizo lugar a la medida cautelar ya referida.

IV) A fs. 305/313, la Provincia de Catamarca contestó la demanda y solicitó su rechazo.

Con respecto a la vía intentada, señaló que en autos no concurrían los presupuestos para la procedencia de la acción declarativa, a cuyo efecto sostuvo que la actora no había logrado acreditar la situación de incertidumbre invocada, dado que conocía el contenido y los alcances de la resolución 205/01, a la que había atacado sin éxito en sede administrativa y judicial en jurisdicción provincial. Asimismo señaló que no había agotado la vía administrativa prevista en el código de procedimientos administrativo provincial.

Negó que se hubiesen efectuado desafiliaciones en forma unilateral y arbitraria por parte del Estado provincial, que los docentes no hayan requerido expresamente el cambio de obra social, así como que se les haya provocado, a OSPLAD y a los beneficiarios, perjuicios graves por la falta de asistencia médica y prácticas de alta complejidad.

Argumentó que la resolución 205/01 contempló la situación de aquellos docentes nacionales transferidos en cargos transitorios —interinos y suplentes— y que, a la fecha del dictado de ese acto administrativo, ocupaban cargos permanentes. Por ende, explicó que su estado se había modificado al revestir en la actualidad el carácter exclusivo de docentes provinciales, por lo que debían aportar a la obra social local y no a OSPLAD.

Por otra parte, consideró contradictoria la postura exhibida por esa entidad al manifestar, por un lado, que los docentes transferidos deben permanecer vinculados a OSPLAD a perpetuidad y, por otro, invocar la aplicación de la ley nacional de obras sociales y su reglamentación, que propicia la movilidad de los afiliados y la libre afiliación.

Por último, sostuvo que no era cierto que OSEP resulte más onerosa y dé menos servicios a sus afiliados que la entidad reclamante, puesto que ofrece prestaciones con un amplio espectro de profesionales y clínicas en la provincia, con cobertura asistencial en todo el país, comprensiva de tratamientos de alta complejidad.

V) Producida la prueba y clausurado el período correspondiente, las partes presentaron sus alegatos a fs. 579/ 583 y 585/588, respetivamente.

VI) A fs. 590, se confirió vista a la Procuración General a fin de que dictamine acerca de las cuestiones constitucionales comprometidas (fs. 591/593).

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Ley Fundamental).

2º) Que la actora plantea la inconstitucionalidad de la resolución 205/01 de la Subsecretaría de Recursos Humanos y Gestión Pública del Ministerio de Educación Provincial por cuanto, al ordenar que los aportes en cuestión se efectúen obligatoriamente a la Obra Social de Empleados Públicos (OSEP), efectiviza una desafiliación compulsiva de OSPLAD del personal docente comprendido en el Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales a la Provincia, y desconoce lo dispuesto en los arts. 7º y 9º de la ley 24.049 y en el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 504/98 en el marco del Sistema Nacional del Seguro de Salud.

3º) Que la vía intentada es formalmente admisible con arreglo a lo dispuesto en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues se verifica una controversia concreta en torno al alcance de la resolución 205/01, cuyos efectos son resistidos por OSPLAD, quien le atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal en la materia, extremo que admite remedio mediante un pronunciamiento definitivo del Tribunal (Fallos: 316:1713; 320:1556 y 2851).

Asimismo, la demandante se agravia del perjuicio que le causa la aplicación del acto administrativo local que impugna, al verse privada de los aportes de los afiliados transferidos al ámbito provincial; de allí que la afectación de su interés legítimo aparece configurada en forma concreta, directa y suficiente.

Por lo demás, resulta intrascendente el hecho de que no se hayan agotado los trámites administrativos previstos en la legislación provincial, habida cuenta de que la competencia originaria de la Corte, que proviene de la Constitución, no puede quedar subordinada al cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes locales (Fallos: 312:475; 323:1206 y 328:1442).

4º) Que corresponde indicar, en primer lugar, que la Constitución Nacional en su art. 14 bis, párrafo tercero, establece que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social y garantizará la protección integral de la familia. El término “Estado”, empleado en sentido genérico, alude tanto al Estado Nacional como a los estados provinciales, de tal manera que la reglamentación de este precepto no es privativa del gobierno federal (conf. dictamen del Procurador General en Fallos: 302:721 y sus citas y Fallos: 312:418). En efecto, la facultad de legislar en materia de seguridad social, jubilaciones y pensiones compete a la Nación y a las provincias, por cuanto la obligación que impone el art. 14 bis, no se limita al Estado Nacional sino que se extiende a los estados provinciales, si bien limitada al ámbito de la administración pública provincial y al del ejercicio del poder de policía (v. causa S.1992.XXXVII “San Juan, Provincia de c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ impugnación de deuda”, pronunciamiento del 24 de abril de 2007, Fallos: 330:1927).

5º) Que como fundamento liminar para el estudio de la cuestión planteada, en el precedente de Fallos: 312:418, el Tribunal señaló que el inc. 11 del art. 67 (hoy inc. 12 del art. 75) de la Constitución confiere al Congreso Nacional el mandato de dictar el Código de Seguridad Social, atribuyéndole potestad para legislar en tal materia. No obstante —se sostenía en ese pronunciamiento— “en determinadas circunstancias se ha reconocido que como consecuencia del poder conservado por las provincias en virtud de lo dispuesto por el art. 105 de la Constitución Nacional éstas pueden crear y reglamentar regímenes de seguridad social bien que limitada esa facultad al ámbito de los agentes de su administración pública, los magistrados y funcionarios de sus tribunales, los integrantes de sus legislaturas y también, en razón del ejercicio del poder de policía retenido sobre el ejercicio de las profesiones liberales, respecto de estas últimas actividades.” (v. causa O.124.XXIV “Obra Social para la Actividad Docente c/ Buenos Aires, Provincia de s/ sumario”, pronunciamiento del 11 de abril de 1996, Fallos: 319:408).

A su vez, el art. 121 de la Constitución Nacional sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquéllos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y el art. 125 reconoce los poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación.

6º) Que, establecido el plexo constitucional de referencia, corresponde examinar el régimen normativo dictado en su consecuencia por el Congreso de la Nación que se conforma con las leyes nacionales 23.660, de obras sociales; 23.661 del Sistema Nacional del Seguro de Salud, y 24.049, aplicables al *sub judice*.

7º) Que con relación a la ley citada en primer término es oportuno señalar que las obras sociales son entes de la seguridad social, a cuyo cargo se encuentra la administración de las prestaciones, prioritariamente médico-asistenciales, para la cobertura de las contingencias vinculadas a la salud, a las que pueden adicionar otras prestaciones de carácter social. Estas entidades se constituyen como organizaciones descentralizadas y autónomas, destinadas a procurar, por sí o a través de terceros, la satisfacción del derecho a la salud de sus afiliados y beneficiarios.

En esta línea y según lo establece el art. 2º de la ley 23.660, las obras sociales tienen personalidad jurídica propia y diferenciada del organismo, dependencia estatal, empresa o aso-

ciación sindical o profesional a las que se hallan vinculadas. Para el cumplimiento de su función reciben y administran recursos de la seguridad social, conformados por los aportes y contribuciones —“cotizaciones”— de los empleados y empleadores, empresa o dependencia pública cuya existencia determina la conformación del grupo de beneficiarios (art. 16 de la ley 23.661).

8º) Que la actora, persona pública no estatal, es una de las obras sociales comprendidas en el inc. b, del art. 1º, de la ley 23.660, “nuclea” al personal docente, y en tal condición se constituyó en agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud conforme el art. 2º de la ley 23.661, que tiene un alcance comprensivo de los sujetos comprendidos en su art. 5º, del que se excluye únicamente el personal “dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades y los jubilados retirados y pensionados del mismo ámbito” —art. 6º— (ver también decreto 492/95 y resolución conjunta del ANSSAL — INOS 6108-148/96).

Al ser una entidad que desarrolla una actividad de interés público, se encuentra sometida al contralor estatal que sobre ella ejerce la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación (conf. arts. 3, 8, 15, 18, 28 y concordantes de la ley 23.661; art. 7º de la ley 23.660, v. causa O.124. XXIV. “Obra Social para la Actividad Docente c/ Buenos Aires, Provincia de s/ sumario”, pronunciamiento del 11 de abril de 1996, ya citada, Fallos: 319:408)

9º) Que, a su vez, la ley 23.661, en sus artículos 1º y 2º, establece como principios fundantes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, en primer lugar, la búsqueda del pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación de ninguna clase y, en segundo término, la provisión de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones.

10) Que, por su parte, la ley 24.049 facultó en su art. 1º al Poder Ejecutivo Nacional a transferir, a partir del 1º de enero de 1992, a las provincias y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, los servicios educativos administrados en forma directa por el Ministerio de Cultura y Educación y por el Consejo Nacional de Educación Técnica, así como también las facultades y funciones sobre los establecimientos privados reconocidos, en las condiciones que prescribe esta ley.

Por medio de su art. 2º dispuso que “los requisitos específicos de las transferencias se establecerían mediante convenios a celebrarse entre el Poder Ejecutivo Nacional y cada una de las jurisdicciones, en los que se acordará toda otra cuestión no prevista en la presente ley de acuerdo con las particularidades de cada jurisdicción”. Dichos convenios deberían ser refrendados según la normativa vigente en cada una de las jurisdicciones, por medio de las legislaturas provinciales.

Con relación al personal transferido, el art. 9º dejó en claro que las jurisdicciones podrían convenir mecanismos para facilitar la opción por continuar en la Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD), en cuyo caso el gobierno de la jurisdicción respectiva debía actuar como agente de retención de los correspondientes aportes, o incorporarse a la obra social de la jurisdicción receptora.

11) Que, en ese marco, el 21 de diciembre de 1992, el Ministro de Cultura y Educación de la Nación y el gobernador de la Provincia de Catamarca suscribieron el Convenio de Transferen-

cia de Servicios Educativos Nacionales a esa Provincia, el que fue aprobado por la legislatura local por medio de la ley 4762, del 16 de diciembre de 1993.

En lo que aquí interesa, por medio de la cláusula sexta se determinó cuál era el personal comprendido en la transferencia, y en la cláusula décima se estableció que “El personal transferido, en un plazo no mayor de noventa (90) días desde la fecha en que LA PROVINCIA inicie la liquidación de los haberes del personal, podrá optar por la Obra Social de LA PROVINCIA, la cual realizará las prestaciones sin período de carencia. En caso de que no se produzca la opción, LA PROVINCIA actuará como agente de retención de los aportes personales destinados a la Obra Social de la jurisdicción nacional (OSPLAD)” (v fs. 5/16).

12) Que, con posterioridad, el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 504/98, al reglamentar estos aspectos dispuso la sistematización y adecuación del derecho a la opción —consagrado en el decreto 9/93, modificado por su similar 1301/97— a efectos de simplificar el procedimiento y asegurar así que la manifestación de la decisión de los beneficiarios sea un acto de voluntad libremente expresada.

13) Que, a pesar de ello, por medio de la resolución 205/01, el subsecretario de Recursos Humanos y Gestión Pública del Ministerio de Educación de la Provincia de Catamarca dispuso que la Dirección de Informática y Organización debía proceder a reasignar con código de obra social “OSEP”, en las liquidaciones de haberes de los agentes comprendidos en la cláusula sexta del Convenio de Transferencia de Servicios Educativos Nacionales a la Provincia, que determine por acto administrativo expreso la oficina provincial de asuntos previsionales (art. 1º).

Los considerandos de la referida resolución justificaron su dictado en la necesidad de atender la situación de “aquel personal transferido que por diversos motivos hubiesen cambiado la identidad y equivalencia en la jerarquía o funciones...”; a cuyo efecto se interpretó que dicho personal “que hubiese alterado la situación de revista que poseía al momento de la transferencia, es decir, funciones y situaciones de revista en un nuevo cargo de la órbita provincial, le corresponde consecuentemente la obligatoriedad de aportar a la Obra Social Provincial” (v. considerandos 2º y 4º).

Por ello conforme lo establecido en el art. 2º, la citada oficina provincial de asuntos previsionales “deberá realizar el ajuste y rectificación de las imputaciones de los Aportes Personales y Contribuciones Patronales de la Obra Social, desde la fecha en que se verifique el cambio de las condiciones de Transferencia” (fs. 18/19).

14) Que el Tribunal ha sostenido que es principio básico de la hermenéutica atender en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a los fines que las informan (causa “Carlos José Outon y otros”, del 29 de marzo de 1967, Fallos: 267:215); y que, en la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (causa B.389.XXXV “Bustos, Vicente Amadeo c/ Banco Central de la República Argentina s/ cobro de pesos”, del 9 de agosto de 2001, Fallos: 324:2107). También ha dicho que la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial (causa S.351.XXXV “Sosa, Marcelo Claudio s/ recurso extraordinario”, del 9 de agosto de 2001, Fallos: 324:2153).

15) Que sobre tales premisas corresponde abordar la cuestión traída a juicio.

16) Que, como se ha indicado, la materia *sub examine* ha sido regulada por normas federales e implementada por medio del recordado Convenio de Transferencia suscripto el 21 de diciembre de 1992. Este instrumento da cuenta del compromiso asumido por la Provincia de Catamarca y el Estado Nacional a su respecto, y, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (causa T.151.XXIII “Transportes Automotores Chevallier S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, del 20 de agosto de 1991, Fallos: 314:862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada Estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenios celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (Horacio Zorraquín Becú: “El Federalismo Argentino”, Edit. Perrot, 1958, pág. 194; v. causa A.95.XXX “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, del 19 de agosto de 1999, Fallos: 322:1781).

17) Que, por cierto, dicho convenio no sólo se dirige a implementar los mecanismos trazados por las normas nacionales aplicables, sino que constituye una expresión de las relaciones de coordinación propias de la dinámica del Estado federal, por lo que no parece razonable que el gobierno provincial que lo acordó para suscribirlo y posteriormente le dio su aprobación con la sanción de la ley provincial 4762, termine por desconocer su real sentido, al asignar a la opción una inteligencia distinta de la establecida en la cláusula décima del acuerdo.

18) Que, por lo demás, debe advertirse que las disposiciones del convenio en nada favorecen a la postura de la demandada, antes bien ratifican que en la lógica del sistema la opción es un acto individual que debe ser ejercido libremente por parte de cada beneficiario y que la elección de la obra social provincial sólo puede resultar de una manifestación expresa y positiva en ese sentido.

De allí que como bien lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 591/593, nada hay en su texto que autorice a sostener que los docentes transferidos mutan en esa condición cuando acceden a otro cargo en la estructura educativa provincial, o que habilite a las autoridades locales a disponer que los aportes se efectúen obligatoriamente en la obra Social de los Empleados Públicos Provinciales, según se pretende en los considerandos de la resolución 205/01, para justificar su dictado.

19) Que, en estas condiciones, del examen de los textos normativos relacionados se desprende con nitidez que la pretensión provincial expresada en la resolución 205/01 altera un mecanismo que ha sido legislado a nivel nacional y acordado entre el gobierno nacional y el provincial en el Convenio de Transferencia y desvirtúa así el derecho de opción de los beneficiarios del sistema.

20) Que, en su mérito, corresponde hacer lugar a la demanda promovida por OSPLAD y declarar que la resolución 205/01, dictada por la Subsecretaría de Recursos Humanos y Gestión Pública del Ministerio de Educación de la Provincia de Catamarca debe ser privada de validez por aplicación del principio de supremacía federal (causas A.771.XXV “Abbot Laboratories S.A. y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad”, del 21 de junio de 2000, Fallos: 323:1705 y M.372.XXXIX “Massalín Particulares S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 21 de marzo de 2006, Fallos: 329:792).

21) Que la solución que se adopta descansa en los principios rectores de las leyes nacionales aplicables, los que constituyen derechos inalienables de los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud, por ser bienes jurídicamente superiores, a cuya preservación y desarrollo deben propender las demás normas y las reglamentaciones que se dictan en su consecuencia. Pues, de otro modo, se frustrarían sus propósitos en orden a “procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica” (art. 1º de la ley 23.661).

22) Que esta conclusión es la que mejor concilia las normas vigentes en el orden nacional al tiempo de la suscripción del Convenio de Transferencia, con el compromiso asumido en dicho instrumento por la Provincia de Catamarca, frente a las cláusulas constitucionales que imponen otorgar y asegurar los beneficios de la seguridad social (conf. arg. R.94.XXII “Rodríguez Louro de Lheritier, Cecilia Aidée c/ Poder Ejecutivo de Santa Cruz y Caja de Previsión Social de la Provincia de Santa Cruz”, del 14 de agosto de 1990, de Fallos: 313:721 y causa S.1992.XXXVII “San Juan, Provincia de c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ impugnación de deuda”, pronunciamiento del 24 de abril de 2007, Fallos: 330:1927).

23) Que las costas del juicio deben ser soportadas por la Provincia de Catamarca toda vez que no existe mérito para apartarse del principio general que impone tal condenación a la vencida, según lo establece el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que la posición asumida por la demandada dio lugar a la promoción de este proceso.

Por ello, y de conformidad con el dictamen de la señora Procuradora Fiscal que antecede, se resuelve: Hacer lugar a la demanda deducida por OSPLAD contra la Provincia de Catamarca. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese. Remítase copia de esta decisión al señor Procurador General de la Nación y oportunamente archívese. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY.

Derecho a la salud - Leyes 23.660 (80) y 23.661 (81) - Beneficiarios adherentes.

Grimani, Pardo c/ Instituto de Obra Social I.O.S. s/ medida cautelar. 17/03/2009 - Fallos: 332:399.

Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la decisión de primera instancia que desestimó la demanda por cumplimiento de contrato y/o nulidad de planes y/o reglamentación sustentada en la pretensión de equiparación de los términos y condiciones contractuales que rigen para los afiliados adherentes de la obra social con los establecidos reglamentariamente para sus afiliados obligatorios.

Contra dicha sentencia los actores interpusieron el recurso extraordinario.

(80) **Nota de Secretaría:** Ley de Obras Sociales.

(81) **Nota de Secretaría:** Creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud.

La Corte —con fundamento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal y por mayoría— declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Afiliados adherentes. Obras sociales.** (Mayoría: remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, punto IV).

Estándar aplicado por la Corte:

- El régimen para afiliados adherentes a una obra social fue estatuido por vía reglamentaria, por ello el INOS y la obra social fijaron los aportes, contribuciones y recaudos —decreto N° 358/90 (82) y resolución INOS N° 490/90—, por lo que no se advierte restricción o limitación alguna al derecho a la salud o a la vida toda vez que, el Sistema Nacional del Seguro de Salud fue instituido con el fin de procurar a todos los habitantes del país el pleno goce de ese derecho y dicha resolución no resulta irrazonable por impedir el acceso a los servicios de salud.

Texto del Fallo:

Dictamen de la Procuradora Fiscal:

Suprema Corte:

I — La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la decisión de la anterior instancia (cfr. fs. 491/494) que desestimó la demanda por cumplimiento de contrato y/o nulidad de planes y/o reglamentación sustentada en la pretensión de equiparación de los términos y condiciones contractuales que rigen para los afiliados adherentes de la obra social con los establecidos reglamentariamente para sus afiliados obligatorios. Para así decidir, sostuvo que el memorial de agravios no contenía una crítica concreta y razonada de la decisión atacada; en especial, de los argumentos relativos a los matices diferenciadores que presenta uno y otro grupo de afiliados y a la posibilidad que se pauten cláusulas y condiciones para implementar la incorporación a las obras sociales, lo cual se compadece con la resolución INOS N° 490/90 que autoriza la existencia de ordenamientos distintos que fijen cuotas en base a los costos de las prestaciones. Explicitó que tampoco advertía que la situación pudiese generar una lesión manifiesta al derecho de salud (v. fs. 516 y 518/519).

Contra esa decisión, los actores interpusieron el recurso extraordinario de fs. 523/528, que fue contestado a fs. 531/534 y concedido a fs. 536/537, por resultar la decisión contraria al derecho de un servicio de salud.

II — Los apelantes plantean que existe cuestión federal estricta pues se decide en contra del derecho a pertenecer a un sistema de salud solidario, propio de las obras sociales, basado en principios y normas de la seguridad social —garantizado en la Constitución Nacional

(82) **Nota de Secretaría:** Aprueba la reglamentación de la ley de Obras Sociales.

y tratados internacionales incorporados (art. 75, inciso 22, C.N.)—, y a favor de un sistema “prepago” regido por normas de derecho privado, que pondría en riesgo los derechos a la vida y la salud de sus familias.

Asimismo, tachan de arbitraria la decisión por falta del debido fundamento, haciendo hincapié en que la Juzgadora yerra al afirmar que no se verificó una crítica concreta y razonada del fallo de primera instancia y en que omite tratar los agravios de su parte, las pruebas rendidas (convenios, informes; testimonios, peritación contable; etc.) y preceptiva vigente (art. 8º, decreto N° 358/90) que prescribe que los afiliados adherentes gozan de igual estatus jurídico que los obligatorios. Alegan las garantías de los artículos 14 bis y 16 a 18 de la Constitución Nacional; un supuesto de trascendencia institucional; y, además, en lo pertinente, las resoluciones INOS N° 792/80 y 210/81.

Enfatizan que la resolución INOS N° 490/90 se contrapone a reglas de rango superior; poniendo énfasis en que, con el nuevo régimen, se introduce la posibilidad de baja por mora; rescisión sin causa del contrato; variación de precios por edad del adherente, etc. (cfse. fs. 523/528).

Vale aclarar que, conforme se precisa en la demanda, los peticionantes — junto con sus grupos familiares— son afiliados adherentes, con catorce años de antigüedad en la afiliación al tiempo de deducir el reclamo, a una obra social sindical, agravándose de los cambios introducidos por la demandada al régimen legal que originariamente los comprendía, a partir de la comunicación —v. fs. 32— cursada en el mes de septiembre de 1995 (cfse. fs. 33/34, 36/48, 49/51 y 55/58).

III — Previo a todo incumbe recordar que, por norma y dada la índole procesal del asunto, lo relativo a la admisibilidad de los recursos ordinarios deducidos ante los tribunales del caso es privativo de ellos, sin que se esponga aquí, en rigor, arbitrariedad en la consideración por el *a quo* del breve escrito de fojas 499/500, en el contexto de lo dispuesto por el artículo 116 de la ley N° 18.345 (fs. 516 y 518).

Sin perjuicio de ello, y habiéndose pronunciado la Sala, en segundo orden, a propósito de la compatibilidad entre lo decidido por el inferior y la resolución INOS N° 490/90 (cf. fs. 518) y, por ende, en contra del derecho de los actores a un concreto servicio de salud (cfr. fs. 536), frente al supuesto que V.E. lo considere procedente, en lo que sigue me pronuncio en punto al fondo del problema, dejando expresado que tampoco advierto en el pronunciamiento —según acusa la quejosa— omisiones conducentes que lo invaliden.

IV-La apelación extraordinaria es formalmente admisible pues se encuentra en tela de juicio la inteligencia de preceptos federales (cfse. Fallos: 314:1834, 316:427, 320:786, 322:2220, etc.) y actos de autoridad nacional dictados en su virtud; siendo la decisión del tribunal de la causa contraria a las pretensiones que los apelantes fundan en ellos (art. 14, incs. 1º y 3º, ley 48 y doctrina de Fallos: 328:1750; 329:142, entre otros).

En dicho marco, adelanto que el remedio no puede prosperar toda vez que la interpretación y aplicación que de las normas federales han practicado los jueces de la causa resulta razonable.

Y es que, para desestimar la pretensión deducida, la Sala, compartiendo lo dictaminado por el Fiscal General, consideró que los términos y condiciones establecidos por la obra social accionada para los beneficiarios adherentes, como argumentara el juez de mérito, se ajustan

a lo estatuido en la Resolución N° 490/90 que, además de reglamentar un ordenamiento específico para ellos, autoriza a fijar las cuotas en base al costo de las prestaciones (fs. 491/494, 516 y 518).

Cabe recordar a este respecto que, con el objeto de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, por ley N° 23.661 fue creado el Seguro de Salud, que instituyó como beneficiarios del mismo a los comprendidos en los artículos 8°, 9° y 10 de la Ley de Obras Sociales N° 23.660 (trabajadores en relación de dependencia y grupos familiares primarios, jubilados, pensionados y beneficiarios de prestaciones no contributivas del orden nacional), a los trabajadores autónomos y a las personas sin cobertura médico-asistencial (v. arts. 1° y 5°, ley N° 23.661).

Las condiciones, aportes y contribuciones del primer grupo fueron, en lo sustantivo, establecidos en la propia ley N° 23.660 (cfse. art. 16); y los del segundo, sujetos a lo que determinara la reglamentación (v. art. 5°, ley N° 23.661). En tal sentido, el decreto N° 359/90 estableció las pautas correspondientes para los trabajadores autónomos (v. art. 5°, inciso "b"); y el decreto N° 358/90 (art. 8°, párrafo 2°) legisló sobre el régimen de los beneficiarios adherentes, disponiendo que: "... Las obras sociales podrán incluir como adherentes con iguales derechos y obligaciones que los beneficiarios titulares y su grupo familiar primario, a aquellas personas no incluidas obligatoriamente según la descripción que realiza el artículo 8° de la ley 23.660, con los recaudos, aportes y contribuciones que al efecto establezcan la autoridad de aplicación y las obras sociales..." (el subrayado no obra en el original).

Consecuentemente, el INOS dictó la Resolución N° 490/90, por la cual, dejó sin efecto las Resoluciones INOS N° 792/80 y 781/84; ordenó que las obras sociales adecuaran sus regímenes de adherentes a lo reglado por ella —dentro de cierto plazo— y que la incorporación de tales beneficiarios debía realizarse con ajuste a sus previsiones; y condicionó a su aprobación la implementación de los programas y planes que las obras sociales elaborasen de acuerdo con las pautas referenciales que estableció, entre otras, que las cuotas a abonar se fijarían en función del costo, actualizándose en forma acorde, y que debía contemplarse la cobertura de los grupos familiares (v. arts. 1°, 2°, 4° y 8°).

Vale decir que, estrictamente, el régimen para adherentes fue estatuido por vía reglamentaria y que el INOS y la obra social demandada —cfse. art. 28, inc. "d", del Estatuto— fijaron los aportes, contribuciones y recaudos del mismo en virtud de las atribuciones conferidas por el decreto N° 358/90 (cfse. fs. 36/48, 101/116, 123/127 y 386/387; y Fallos: 328:1766, cons. 9°).

No advierto, por ende, que la Resolución INOS N° 490/90 se contraponga, en rigor, a normas de superior jerarquía en lo atinente a la determinación de las cuotas —como lo afirman los apelantes— pues, de haberlo querido, el legislador hubiese restringido la delegación de facultades en tal sentido o, en su defecto, preservado la vigencia de la reglamentación anterior, proceder que no adoptó. Tampoco, la irrazonabilidad o arbitrariedad de la conclusión —avallando lo argumentado por el inferior— relativa a que las condiciones de contratación no afectan el derecho a la igualdad porque, dada la índole no obligatoria del tipo de vinculación que las informa, ellas contemplan una situación diferente a la de los beneficiarios cuya afiliación es imperativa, aspecto éste que resulta manifiesto y requería, razonablemente, una reglamentación específica del orden de la dictada.

Por otra parte, no advierto aquí acreditada restricción o limitación alguna al derecho a la salud o a la vida —según se alega— porque, conforme puntualicé precedentemente,

el Sistema Nacional del Seguro de Salud fue instituido con el fin de procurar a todos los habitantes del país el pleno goce de ese derecho, sin que se encuentre demostrado por los apelantes que la aplicación de la nueva normativa a su respecto resulte irrazonable por impedirles acceder a los servicios de salud con los que han sido beneficiados, o a otros análogos.

Finalmente, incumbe recordar que V.E. tiene dicho reiteradamente que la aplicación inmediata de la ley no significa su aplicación retroactiva (Fallos 317:44, 218; 320:1796, entre otros) y que si bien el principio de irretroactividad (art. 3 del Código Civil) no tiene jerarquía constitucional y, por tanto, no obliga al legislador, la facultad de legislar sobre hechos pasados no es ilimitada pues la ley nueva no puede modificar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior, sin menoscabar el derecho de propiedad —art. 17 de la CN— (v. Fallos: 320:378, 2599; 321:45, ente muchos otros); supuesto que se verifica cuando se altera el alcance de las consecuencias de los actos realizados en su momento bajo un determinado régimen legal (cfse. sentencia del 20/03/07 en los autos S.C. B. N° 1530, XL; “Banco Extrader S.A. s/quiebra s/ incidente de distribución de fondos”); no así cuando, como ocurre en este caso, la aplicación de la nueva norma tan sólo alcanza los efectos en curso de una relación jurídica, aun nacida bajo el imperio de la regla antigua, lo cual descarta la inconstitucionalidad por su aplicación inmediata (v. Fallos: 319:1915, 322:270, entre otros).

Desde esta perspectiva, procede desestimar los agravios referentes a la existencia de un derecho adquirido a determinadas cláusulas de un servicio de salud, por cuanto lo resuelto por la demandada, con apoyo en la resolución N° 490/90, no importó la afectación de las consecuencias de actos realizados bajo el amparo del régimen anterior, sino que sólo implicó instaurar uno nuevo con vigencia hacia el futuro, acordando incluso la regla —según se expuso— un plazo para la readecuación de los que regían hasta ese momento (cf. art. 7°, Resolución INOS N° 490/90).

V —Por lo expresado, opino que corresponde desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia. Buenos Aires, 30 de noviembre de 2007. MARTA A. BEIRO DE GONCALVEZ.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 17 de marzo de 2009.

Vistos los autos: “Grimani, Pardo c/ Instituto de Obra Social I.O.S. s/ medida cautelar”.

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas. Notifíquese y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NO-LASCO — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY.

Daños y perjuicios - Ley de riesgos del trabajo - Aseguradora de riesgos del trabajo - Condiciones dignas de trabajo.

*Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro. 31/03/2009
- Fallos: 332:709.*

Antecedentes:

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar la sentencia de primera instancia, hizo lugar al reclamo formulado por los padres de un trabajador fallecido en un incendio producido en las oficinas en las que prestaba servicios por los daños y perjuicios, basado en el Código Civil. Además, condenó a La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A., al sostener que había incumplido con sus deberes en materia de seguridad en el trabajo. Esta última, interpuso recurso extraordinario que fue denegado y motivó el recurso directo.

La Corte —por mayoría— desestimó la queja.

Las juezas Highton de Nolasco y Argibay declararon inadmisibles el recurso extraordinario en base al art. 280 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En disidencia el juez Lorenzetti dejó sin efecto la sentencia. Sostuvo que se trataba del ejercicio de una opción que el actor realiza voluntariamente, por lo que seleccionada la acción, el juez puede delimitar la pretensión calificándola, es decir, seleccionando la norma aplicable a los hechos expuestos, pero no puede sustituirlo. Agregó que no era admisible la acumulación de un sistema basado en la seguridad social con uno civil según convenga. También dijo que el Estado no responde por accidentes de este tipo ya que no hay en el derecho vigente una responsabilidad civil del Estado por todos los accidentes en los cuales se verifique una omisión de control abstracta, sin que se acredite el nexo causal.

Algunas cuestiones planteadas:

- a) **Accidentes y enfermedades del trabajo – Art. 14 Constitución Nacional.** (Mayoría: Considerando 4º).
- b) **Ley de riesgos del trabajo – Aseguradoras de riesgos del trabajo.** (Mayoría: Considerandos 4º a 6º).
- c) **Funciones de las Aseguradoras de riesgos del trabajo.** (Mayoría: Considerando 7º).
- d) **Condiciones dignas de trabajo.** (Mayoría: Considerando 8º).

Estándar aplicado por la Corte:

- La índole primordial dada a la faz preventiva en materia de accidentes y enfermedades del trabajo se impone por connaturalidad con el principio protectorio enunciado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional que, además, dispone que deberán asegurar al trabajador “condiciones dignas y equitativas

de labor”, a esto se suma lo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que en sus estándares internacionales en el campo laboral, asegura que las condiciones de trabajo resulten seguras y saludables.

- La protección de la integridad psicofísica del trabajador, mediante la prevención en materia de riesgos laborales, resulta una cuestión de preferente tutela constitucional. La ley de riesgos del trabajo para el logro de este objetivo creó un sistema en el cual las aseguradoras de riesgos del trabajo tienen una “activa participación”, están destinadas a guardar y mantener un nexo “cercano” y permanente” con el particular ámbito laboral al que quedaran vinculadas con motivo del contrato oneroso que celebren.

- Las aseguradoras de riesgos del trabajo, no obstante ser entidades de derecho privado (LRT, art. 26.1), son sujetos coadyuvantes para la prevención de los problemas de salud y seguridad en el trabajo por lo que poseen notoria proyección en tres planos: el individual, por vía de prevención se protegen los derechos a la integridad física, a la salud y a la vida; el social por el lazo indisoluble entre los riesgos del trabajador y el derecho a la salud, erigido como un “bien público” y el internacional por la labor coadyuvante para que el Estado satisfaga fielmente los compromisos y no incurra en responsabilidad internacional.

- Es condición inexcusable del empleo que se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de prestación de servicios, que no puede concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana.

Texto del Fallo:

Buenos Aires, 31 de marzo de 2009.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por La Caja ART S.A. en la causa Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia y, por ende, hizo lugar al reclamo por daños y perjuicios basado en el Código Civil, formulado por los padres de un trabajador fallecido en un incendio producido en las oficinas en las que prestaba servicios. Condenó, de tal suerte, además de a la empleadora del causante, a La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. con fundamento en que ésta había incumplido con los deberes a su cargo en materia de seguridad en el trabajo. Para ello, entre otras consideraciones, juzgó que el lugar de tareas era un “ámbito con claros signos de riesgos” que carecía “de medios susceptibles de contrarrestar una situación de emergencia”. Contra lo así resuelto, la empresa aseguradora interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

2º) Que la recurrente sostiene, a la luz de la doctrina de la arbitrariedad, que su responsabilidad, contrariamente a lo resuelto por el a quo, no sería susceptible de ser encuadrada dentro del régimen del Código Civil, toda vez que el art. 1.1 de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (LRT) dispone que “[l]a prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo se regirán por esta L.R.T. y sus normas reglamentarias”.

A juicio de esta Corte, el agravio es inadmisibile pues, por un lado, remite al examen de normas de derecho común, lo cual es ajeno a esta instancia federal, con arreglo a los arts. 14 y 15 de la ley 48 y, por el otro, no se advierte la configuración del excepcional supuesto de arbitrariedad invocado.

3º) Que a los efectos de esclarecer debidamente esta última conclusión conviene observar que ya en su primer artículo, la LRT expresamente declaró que uno de sus objetivos era “reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo” (art. 1.2.a).

El hecho de que el citado cuerpo legal haya encabezado la enumeración de sus objetivos con el que acaba de ser mencionado, no es casual. En efecto, el mensaje de elevación del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo, advertía que la prevención constituía el “objetivo primario”, el “eje central”, ubicándose los restantes en un “segundo orden de prioridades”, máxime cuando, a juicio de aquél, el sistema entonces vigente había mostrado su incapacidad para “reducir la frecuencia y gravedad de los siniestros” (*Antecedentes parlamentarios*, Buenos Aires, La Ley, 1996-A, ps. 408, 409 y 411). El trámite legislativo en el seno del Congreso Nacional, de su lado, no hizo más que subrayar el objetivo de la prevención, que resultaba “lo sustancial” del proyecto, el “objetivo primordial” y “primario” de éste, según lo puso de resalto el miembro informante del dictamen de mayoría en el Senado (*idem*, p. 546), entre otras intervenciones de diputados y senadores (*idem*, ps. 458, 483, 567 y *passim*).

4º) Que, por cierto, la índole primaria, sustancial o primordial dada a la faz preventiva en materia de accidentes y enfermedades del trabajo, se impone fundamentalmente por su indudable connaturalidad con el principio protectorio enunciado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”), el cual, además, dispone que estas últimas deberán asegurar al trabajador “condiciones dignas y equitativas de labor”.

Súmase a ello, todo lo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el cual uno de los más antiguos aspectos de sus estándares internacionales en el campo laboral, fue el de asegurar que las condiciones de trabajo resultasen, a la vez, seguras y saludables (Alston, Philip, “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Manual on Human Rights Reporting*, Ginebra, Naciones Unidas, 1997, p. 6). En este sentido, cobra particular relieve, entre los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, segundo párrafo), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en cuanto dispone que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona, por un lado, “al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial [...] b) La seguridad e higiene en el trabajo” (art. 7.), y, por el otro, “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, para lo cual, entre las medidas que deberán adoptar dichos Estados, “figurarán las necesarias para [...] b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene en el trabajo [...]” y “c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades profesionales” (art. 12).

Revistan en este marco, asimismo, otras normas de igual jerarquía. Primeramente, las relativas a la específica protección de la mujer trabajadora contenidas en la Convención sobre

la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, como son, el “derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo”, lo cual incluye la “salvaguardia de la función de reproducción” (art. 11.1.f), y la obligación del Estado de prestar “protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado pueden resultar perjudiciales para ella” (ídem, 2.d). En segundo lugar, las vinculadas con la tutela especial del niño trabajador, claramente establecida en el art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, de manera general, en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El art. 75.23 de la Constitución Nacional pone énfasis en análoga protección respecto de la mujer y el niño.

De su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional, ha acentuado la importancia de los preceptos de éste que acaban de ser citados, desde distintas perspectivas. De tal suerte, tiene expresado: a. que las condiciones de trabajo seguras y sanas se erigen como uno de los “principales factores determinantes de la salud”; b. que el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene en el trabajo (PIDESC, art. 12.2.b) implica, en particular, “condiciones de trabajo higiénicas y seguras” y “la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales”; c. que dicha higiene “aspira a reducir al mínimo las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral”, con cita del párrafo 2, del art. 4º, del Convenio N° 155 de la Organización Internacional del Trabajo, y d. que la “prevención” del recordado art. 12.2.c, exige el establecimiento de “programas de prevención y educación” (*Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)*, 2000, HRI/GEN/1/Rev. 6, párrs. 5, 11, 15 y 16). Pero también tiene formuladas reiteradas advertencias y recomendaciones a los países en los que las leyes de seguridad en el trabajo no se cumplen adecuadamente, de lo que resulta un número relativamente elevado de accidentes laborales tanto en el ámbito privado como en el público (v.gr. *Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia, E/C.12/Add. 26, 16-6-1998*, párr. 18; asimismo, *infra*, considerando 7º, párrafo cuarto).

Dicho comité, además, en su última observación general, dedicada específicamente al derecho al trabajo, explicó que “[e]l trabajo, según reza el art. 6 del Pacto [PIDESC], debe ser un trabajo digno. Este es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral (*work safety*) [...] La protección del derecho al trabajo presenta varias dimensiones, especialmente el derecho del trabajador a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, en particular a condiciones laborales seguras (*safe working conditions*)”, cuya existencia constituye uno de los elementos “interdependientes y esenciales” del ejercicio laboral: su “aceptabilidad y calidad” (*General comment No. 18, The Right to Work, 24-12-2005, E/C.12/GC/18*, párrs. 7 y 12; asimismo: párr. 2).

Tampoco cuadra pasar por alto, dada su jerarquía suprallegal (Constitución Nacional, art. 75.22, primer párrafo), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), de acuerdo con el cual los Estados partes han reconocido que el “derecho al trabajo”, previsto en el art. 6º, “supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias”, para lo cual aquéllos garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: “la seguridad e higiene en el trabajo” (art. 7.e), lo cual se complementa, en el campo del derecho a la salud, con la “prevención” de las enfermedades laborales (art. 10.2.d; asimismo, el art. 7.f enuncia la obligación de prohibir todo trabajo que pueda poner en peligro la salud, seguridad o moral, de un menor).

Ocurre que, tal como lo tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el trabajo, para el que lo presta, “debe ser una forma de realización y una oportunidad para que [...] desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano” (*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A Nº 18, párr. 158). Es ésta una manifestación que se corresponde, directamente, con la Constitución Nacional, para la cual, amén de lo que establece en su art. 14 bis, lo que cuenta es el “desarrollo humano” y el “progreso económico con justicia social” (art. 75.19).

En suma, “[e]l trabajo decente debe ser trabajo seguro”, en la palabra del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su introducción a las *Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91 reunión, 2003*, las cuales se encargan de subrayar que los “pilares fundamentales” de una estrategia global de la Salud y Seguridad en el Trabajo atañen a la “instauración y el mantenimiento de una cultura de prevención” que implica, *inter alia*, la atribución “de la máxima prioridad al principio de la prevención” (*Estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo*, OIT, 2004, ps. iv y 2). La reciente *Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo*, adoptada el 28 de junio de 2008 por el XVIII Congreso Mundial sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, organizado conjuntamente por la OIT y la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), después de reconocer que “el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable debe ser reconocido como un derecho humano fundamental y que la globalización debe ir acompañada de medidas preventivas para garantizar la seguridad y salud de todos en el trabajo”, ha insistido en que una “cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo” es aquella en la cual, *inter alia*, “se concede la máxima prioridad al principio de prevención” (punto 2). Cuadra acotar, por cierto, que la OIT y la Organización Mundial de la Salud (OMS) cuentan con una definición común de la salud del trabajo, que fue adoptada por el Comité Mixto OIT/OMS de Salud en el Trabajo en su primera reunión (1950) y revisada en su 12º reunión (1995): “La salud en el trabajo tiene como finalidad *promover y mantener* el más alto nivel de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las profesiones; *prevenir* todo daño causado a la salud de éstos por las condiciones de su trabajo; *protegerlos* en su empleo contra los *riesgos* resultantes de la existencia de agentes nocivos a su salud; colocar y mantener al trabajador en un empleo acorde con sus aptitudes fisiológicas y psicológicas [Y]” (itálicas agregadas). Se trata, ciertamente, de la persistencia y actualización de propósitos hace largo tiempo enunciados por la OIT, tanto en su Constitución de 1919 (es “urgente mejorar [la] protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo” —Preámbulo, segundo párrafo [Parte XIII, Sección Primera, del Tratado de Versalles]—), cuanto en la Declaración relativa a los Fines y Objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, llamada Declaración de Filadelfia, de mayo de 1944 (“proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”, III.g).

La protección de la integridad psicofísica del trabajador, cuando no de la vida misma de éste, mediante la prevención en materia de riesgos laborales resulta, sin dudas, una cuestión en la que alcanza su mayor significación y gravedad la doctrina de esta Corte, según la cual, aquél es un sujeto de preferente tutela constitucional (“*Vizzoti*”, Fallos: 327:3677, 3689 y 3690, y “*Aquino*”, Fallos: 327:3753, 3770 y 3797).

5º) Que la LRT, para el logro del mentado objetivo de prevención, tributario de las normas jerárquicamente superiores indicadas en el considerando anterior, creó un sistema en el cual las ART tienen “una activa participación”, de acuerdo con el citado mensaje del Poder Ejecutivo: la “incorporación” de aquéllas, agregó, “en el rol fiscalizador representa un paso novedoso

que potencia los controles sobre las empresas” (*Antecedentes...*, cit., p. 412). Durante el debate parlamentario tampoco dejó de ser observado que al sistema de “control público” del cumplimiento de la normativa sobre higiene y seguridad laboral puesto a cargo de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, “se agrega un control que sin duda será mucho más cercano a través de las aseguradoras de riesgos de trabajo” (*idem*, p. 568). En análogos términos ya se había pronunciado el miembro informante del dictamen de mayoría en el Senado (*idem*, p. 547).

Así, la citada ley impuso a las ART la obligación de “adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo” (art. 4.1); incorporar en los contratos que celebren con los empleadores “un plan de mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad, que indicará las medidas y modificaciones que [aquéllos] deban adoptar en cada uno de sus establecimientos para adecuarlos a la normativa vigente” (art. 4.2), así como controlar la ejecución de dicho plan y denunciar todo incumplimiento de éste —y de las normas de higiene y seguridad (art. 31.1.a)— a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (art. 4.4). Súmase a ello, además de promover la prevención mediante la información a dicha Superintendencia acerca de los planes y programas exigidos a las empresas (art. 31.1.c), el asesoramiento que deben brindar a los empleadores “en materia de prevención de riesgos” (art. 31.2.a).

De su lado, la reglamentación de la LRT (decreto 170/96) detalló diversos aspectos del desarrollo del plan de mejoramiento, al paso que previó, tanto que éste debía ser redactado “en lenguaje claro, procurando evitar el uso de conceptos equívocos, de modo que el empleador pueda comprender con claridad sus compromisos e identificar los aspectos que debe mejorar para adecuarse a la legislación vigente” (art. 5°), cuanto que su marcha debía ser vigilada por las ART “en los lugares de trabajo, dejando constancia de sus visitas y de las observaciones efectuadas en el formulario que a tal fin disponga la Superintendencia de Riesgos del Trabajo”, lo cual implicaba verificar el mantenimiento de los niveles de cumplimiento alcanzados con el plan (art. 19, a y b).

El decreto citado también precisó que las ART debían brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en las siguientes materias: a. determinación de la existencia de riesgos y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato; b. normativa vigente en materia de higiene y seguridad en el trabajo; c. selección de elementos de protección personal, y d. suministro de información relacionada a la seguridad en el empleo de productos químicos y biológicos (art. 18). El art. 19, a su turno, después de disponer que las ART “deberán realizar actividades permanentes de prevención de riesgos y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo”, destacó entre aquéllas, v.gr., brindar capacitación a los trabajadores en técnicas de prevención de riesgos (inc. c); promover la integración de comisiones paritarias de riesgos del trabajo y colaborar en su capacitación (inc. d); informar al empleador y a los trabajadores sobre el sistema de prevención establecido en la LRT (y en el propio decreto reglamentario), en particular sobre los derechos y deberes de cada una de las partes (inc. e), e instruir a los trabajadores designados por el empleador, en los sistemas de evaluación a aplicar para verificar el cumplimiento del plan de mejoramiento (inc. f). Todo ello, sin perjuicio del deber de colaborar en las investigaciones y acciones de promoción de la prevención que desarrolle la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (inc. g). Para cumplir con las obligaciones que establece, el decreto 170/96 prescribe que las ART “deberán contar con personal especializado en higiene y seguridad o medicina del trabajo de modo que asegure la atención en materia de prevención de riesgos de sus afiliados” (art. 20).

Por lo demás, la reglamentación previó que el empleador estaba obligado a “permitir el ingreso a su establecimiento, dentro de los horarios de trabajo y sin necesidad de previa notificación, del personal destacado por las aseguradoras, cuando concurra en cumplimiento

de las funciones” previstas en la LRT y en el contrato (art. 28.a), y a suministrar a la ART la información necesaria para evaluar, desarrollar y controlar el plan de mejoramiento (*ídem*, b) o para la determinación de un accidente o enfermedad (*ídem*, g). Los trabajadores, a su turno, se encuentran obligados tanto a cumplir con los planes y programas de prevención, cuanto a utilizar los equipos de protección personal o colectiva y observar las medidas de protección impartidas en los cursos de capacitación (art. 30, a y c).

El esquema legal se cierra, claro está, con que los empleadores deben asegurarse “obligatoriamente” en una ART, salvo aquellos que, de reunir los especiales recaudos necesarios, optaran por el autoseguro (LRT, art. 3º; asimismo: art. 27.1 y concs.)

6º) Que, en tales condiciones, resulta manifiesto que la LRT, para alcanzar el objetivo que entendió prioritario, la prevención de riesgos laborales, introdujo, e impuso, un nuevo sujeto: las ART. En este dato, y no en otro, finca la diferencia esencial que, para lo que interesa, separa a la LRT del régimen anterior, juzgado insatisfactorio. Luego, ninguna duda cabe en cuanto a que, para la ley y su reglamento, la realización del mentado objetivo en concreto, su logro en los hechos, se sustentó fuerte y decididamente en la premisa de que el adecuado cumplimiento por parte de las ART de sus deberes en la materia, contribuye eficazmente a esa finalidad. De ahí, que las ART hayan sido destinadas a guardar y mantener un nexo “cercano” y “permanente” con el particular ámbito laboral al que quedarán vinculadas con motivo del contrato oneroso que celebren. De ahí, que las obligaciones de control, promoción, asesoramiento, capacitación, información, mejoramiento, investigación, instrucción, colaboración, asistencia, planeamiento, programación, vigilancia, visitas a los lugares de trabajo y denuncia, por emplear algunos de los términos de la normativa ya enunciada en el considerando anterior, exigen de las ART, al paso que las habilitan para ello, una actividad en dos sentidos. Primeramente, la adquisición de un acabado conocimiento de la específica e intransferible realidad del mencionado ámbito laboral, para lo cual éste, por así decirlo, debe mantener sus puertas abiertas hacia las ART. Seguidamente, el obrar de éstas sobre dicha realidad, para que se adecue, de ser necesario, a los imperativos de la prevención, incluso mediante la denuncia. Dicho conocimiento individual y directo de esas realidades, sumado, por cierto, a los saberes especializados en materia de prevención con que deben contar, constituyen el par de circunstancias con base en las cuales la LRT formula, mediante precisas obligaciones, su apuesta innovadora a favor de la actuación de las ART, como vehículos útiles y apropiados para prevenir *in concreto* los riesgos del trabajo. Con ello, por lo demás, la LRT asume implícitamente la comprobación de la OMS: los problemas de salud y seguridad en el trabajo son, como principio, prevenibles y deberían ser prevenidos, mediante el uso de todos los instrumentos disponibles: legislativos, técnicos, de investigación, entrenamiento y educación, de información y económicos (*Declaration on occupational health for all*, Beijing, 13-10-1994, WHO/OCH 94.1, párr. 6).

7º) Que, puestas las ART en el juicio precedentemente indicado en materia de prevención de los accidentes y enfermedades laborales, y habida cuenta de las ya mentadas finalidades que en la materia debe alcanzar la legislación de manera constante, definidas y ordenadas por la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional o suprallegal (*supra*, considerando 4º), resulta claro que las primeras, no obstante ser entidades de derecho privado (LRT, art. 26.1), se exhiben como destacados sujetos coadyuvantes para la realización plena y efectiva de dichas finalidades, las cuales, por lo pronto, poseen notoria proyección en tres planos, al menos.

En primer término, el individual, de todos y cada uno de los trabajadores, puesto que, por vía de la prevención de los riesgos de éstos, se protegen, naturalmente, sus derechos

de raigambre constitucional a la integridad psicofísica, a la salud y a la vida, entre otros. Y, al ser inescindible el vínculo entre los dos primeros y el último (v.gr. “*Campodónico de Beviacqua*”, Fallos: 323:3229, 3239), la prevención remite al primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (“*Floreancig*”, Fallos 329:2552). El ser humano, desde luego, es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo “más allá de su naturaleza trascendente” su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (“*Campodónico de Beviacqua*”, cit., Fallos: 323:3239 y sus citas), mayormente cuando el derecho a la vida comprende no sólo el derecho a no ser privado de ésta arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida a la persona el acceso a las condiciones que le garanticen una “existencia digna” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala*, sentencia del 19-11-1999, Serie C No. 63, párr. 144, y voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, párr. 4).

En segundo lugar, el plano social, ya que, dado el lazo indisoluble entre los riesgos del trabajo y el derecho a la salud, el sub lite pone en la liza una cuestión que trasciende el interés de las partes e, incluso, el del universo laboral. Esto es así, por un lado, ya que la salud se erige como un verdadero “bien público”, según lo ha enunciado el art. 10.2 del Protocolo de San Salvador, y lo ha conceptualizado la ya recordada Corte Interamericana (*Ximenes Lopes c. Brasil*, sentencia del 4-7-2006, Serie C No 139, párr. 89, y voto separado del juez Cançado Trindade, párr. 40). Por el otro, atento a que existen suficientes pruebas, según lo afirma la OMS, que desmienten el argumento tradicional de que la salud mejorará automáticamente como resultado del crecimiento económico, al paso que demuestran claramente que, por lo contrario, el mejoramiento de la salud es un pre-requisito del desarrollo económico (*Document submitted by the World Health Organization*, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2002/44, 31-7-2002, p. 3).

Finalmente, el plano internacional, toda vez que, ante el cúmulo de obligaciones internacionales asumidas por el Estado al haber ratificado los tratados antes indicados, la labor coadyuvante de las ART constituye un factor de alto peso para que aquél satisfaga fielmente los aludidos compromisos y no incurra en responsabilidad internacional. Es por demás oportuno recordar, en este sentido, que el ya mencionado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las *Observaciones finales* al informe periódico de la Argentina, que aprobó el 8 de diciembre de 1994, había advertido a ésta “que la higiene y la seguridad en el lugar de trabajo se encuentran frecuentemente por debajo de las normas establecidas”, por lo que también había instado al Gobierno “a que analice los motivos de la falta de eficacia de sus iniciativas de seguridad e higiene en los lugares de trabajo y a que haga más esfuerzos para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad medioambiental y laboral” (E/C.12/1994/ 14, párrs. 18 y 21). Posteriormente, después de haberle solicitado, el 17 de diciembre de 1998, que indicara las medidas que estaba tomando “para hacer frente al problema persistente de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como de la seguridad y la higiene en los lugares de trabajo que suelen no satisfacer los criterios mínimos” (*Lista de cuestiones: Argentina*. E/C.12/Q/ARG/1), le expresó, en las *Observaciones finales* de 1999, tanto su inquietud por el hecho de que “a menudo las condiciones de trabajo [...] no reúnan las normas establecidas”, cuanto su exhortación “a mejorar la eficacia de las medidas que ha tomado en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo [...], a hacer más para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y a asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y

seguridad industriales” (*Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina*, 1-12-1999, E/C.12/1/Add.38, párrs. 22 y 37). El no asegurar que los empleadores privados cumplan las normas básicas de trabajo podría constituir, por parte del Estado, una violación al derecho a trabajar o a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (*Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1997, II.6), mayormente si se repara en que, cuando se redactó el art. 6º del PIDESC, que es interdependiente con el art. 7º, “la Comisión de Derechos Humanos afirmó la necesidad de reconocer el derecho al trabajo en sentido lato estipulando obligaciones jurídicas precisas y no un simple principio de alcance filosófico” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *General comment No. 18...*, cit., párrs. 2 y 8).

Tampoco huelga puntualizar que el singular interés del citado comité respecto de la seguridad y la salud en el trabajo, ya indicado *supra*, se ve reforzado mediante su requerimiento a los Estados para que, a fin de cumplir con la obligación dispuesta en los arts. 16 y 17 del PIDESC, le proporcionen información no sólo sobre “¿[q]ué disposiciones legales, administrativas o de otro tipo existen que prescriban las condiciones mínimas de sanidad y seguridad laborales?”, sino, a la par, acerca de “¿cómo se hacen cumplir esas disposiciones en la práctica y en qué ámbitos no se aplican?”, poniendo en evidencia, a su vez, que el compromiso en materia de prevención apunta hacia una mejora permanente: “[s]írvase suministrar información estadística o de otra índole sobre la forma en que el número, la naturaleza y la frecuencia de los accidentes y enfermedades laborales han evolucionado a lo largo del tiempo (desde hace diez y cinco años hasta el presente)”; “[s]írvase enumerar las medidas adoptadas por su Gobierno para mejorar todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial” (*Compilación de directrices relativas a la forma y contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos*, HRI/GEN/2/Rev.4, ps. 33 —párr. 16— y 45 —párr. 51.f.—). Ello se explica, por cuanto los Estados partes “deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 14...*, cit., párr. 36), lo cual no hace más que dar especificidad, en uno de los aspectos del ámbito laboral, al principio de progresividad (PIDESC, art. 2.1; “*Aquino*”, cit., ps. 3774/3777, y “*Milone*”, Fallos: 327:4607, 4619) y a “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, el art. 11.1 de este último tratado (“*Milone*”, ídem). La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer contiene un señalamiento en el inc. 3 del art. 11, vale decir, poco después del ya citado inc. 1.f de éste relativo a “la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo”, que no hace más que recuperar, *expressis verbis*, estos tradicionales lineamientos: “[l]a legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda”.

La Declaración Sociolaboral del Mercosur, suscripta en Brasilia el 10 de diciembre de 1998, no es menos elocuente en orden a la cuestión sub examine: “Todo trabajador tiene el derecho de ejercer sus actividades en un ambiente de trabajo sano y seguro, que preserve su salud física y mental y estimule su desarrollo y desempeño profesional. Los Estados Partes se comprometen a formular, aplicar y actualizar en forma permanente y en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, políticas y programas en materia de salud y seguridad de los trabajadores y del medio ambiente de trabajo, a fin de prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, promoviendo condiciones ambientales propicias para el desarrollo de las actividades de los trabajadores” (art. 17).

8º) Que, en suma, no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Código Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral, en el caso en que se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales. Tampoco las hay, dada la variedad de estos deberes, para que la aludida exención, satisfechos los mentados presupuestos, encuentre motivo en el solo hecho que las ART no pueden obligar a las empleadoras aseguradas a cumplir determinadas normas de seguridad, ni impedir a éstas que ejecuten sus trabajos por no alcanzar ciertas condiciones de resguardo al no estar facultadas para sancionar ni para clausurar establecimientos. Esta postura, sin rebozos, conduciría a una exención general y permanente, por cuanto se funda en limitaciones no menos generales y permanentes. Asimismo, pasa por alto dos circunstancias. Por un lado, al hacer hincapié en lo que no les está permitido a las ART, soslaya aquello a lo que están obligadas: no se trata, para las aseguradoras, de sancionar incumplimientos o de imponer cumplimientos, sino de algo que antecede a ello, esto es, prevenir los incumplimientos como medio para que éstos, y los riesgos que le son anejos, puedan evitarse. Por el otro, olvida que no es propio de las ART permanecer indiferentes a dichos incumplimientos, puesto que la ya citada obligación de denunciar resulta una de sus funciones preventivas.

Es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana (“*Aquino*”, cit., voto de la jueza Highton de Nolasco, p. 3799).

9º) Que en cuanto a los restantes agravios, el recurso extraordinario remite a cuestiones de hecho, prueba y derecho no federal, que han sido resueltas en términos que, más allá de su grado de acierto, se muestran suficientes para descartar que la sentencia apelada entrañe un apartamiento palmario de las circunstancias comprobadas de la causa o de la solución jurídica prevista para el caso, lo cual, con arreglo a conocida y permanente doctrina del Tribunal, conduce el rechazo de la arbitrariedad planteada.

Por ello, se desestima la queja y se da por perdido el depósito (fs. 2). Hágase saber y, oportunamente, archívese. RICARDO LUIS LORENZETTI (*en disidencia*) — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja y se da por perdido el depósito de fs. 2. Notifíquese y, oportunamente, archívese. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — CARMEN M. ARGIBAY.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar la sentencia de primera instancia, hizo lugar al reclamo por daños y perjuicios fundado en el derecho común, deducido por los padres de un trabajador fallecido en un incendio producido en las oficinas en las que prestaba servicios y, en lo que al caso concierne, hizo extensiva la condena a La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo ART S.A. Contra dicho pronunciamiento, la vencida interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que para así decidir, en lo que interesa, el a quo sostuvo que la responsabilidad de la recurrente era el correlato de lo reprochado a la empleadora acerca de la ausencia de elementos que hubieran podido conjurar o atemperar las trágicas consecuencias del siniestro, pues resultaba indudable que los incumplimientos empresarios eran susceptibles de ser evitados por el adecuado ejercicio del deber de control del asegurador.

3º) Que en lo relativo a la falta de aplicación de los arts. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y 1º apartado 1º de la ley 24.557 el recurso extraordinario es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

4º) Que, en cambio los demás agravios atinentes a la concurrencia de los extremos que generan el deber de reparar suscitan cuestión federal suficiente para su consideración por la vía intentada, toda vez que lo resuelto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa.

5º) Que para descalificar una sentencia por causa de arbitrariedad en el razonamiento legal se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión. Esta no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impida considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la “sentencia fundada en ley” a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (conf. doctrina de Fallos: 311:786; 314:458; 324: 1378, entre muchos otros).

En ese sentido, la arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución adoptada, sino que requiere la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica. Esta última requiere, a su vez, que la decisión contenga una precisa descripción de los hechos con relevancia normativa, y si no se aplica la regla, deben darse las razones por las cuales resulta inaplicable, inválida o es corregida por razones de principios coherentes y consistentes, que resulten constitucionalmente fundados. Es que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso.

6º) Que no se halla en discusión la protección que merecen la higiene y seguridad en el trabajo. Con anterioridad a la incorporación en el texto constitucional (art. 75, inc. 22) de diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la materia, enumerados en el voto que sustenta la posición contraria, esta Corte había enfatizado en Fallos: 305:2040 la trascendencia de la materia “que compromete... un bien jurídico tan precioso como la salud del hombre encarnado en este caso en la persona del trabajador subordinado —lo cual denota, tanto una situación a la que en su momento están llamados a ocupar numerosos miembros de la sociedad, cuanto una determinante sustancial del grado de bienestar y prosperidad de la Nación— sumada a la explícita raigambre constitucional que reviste la mentada protección (art. 14 bis de la Constitución Nacional)...” Se hizo allí hincapié que por mayor que sea la garantía que deban recibir los derechos patrimoniales del empleador, éstos no pueden igualarse con “los relacionados con la salud del hombre trabajador, dada su superior naturaleza, determinada por los motivos *ut supra* vertidos, de cuya excelencia deriva que su protección requiera un ejercicio ponderado de la virtud cardinal de la justicia”. Este Tribunal ha señalado con vigor que la protección del trabajador y la igualdad constitucional no pueden ser limitadas de modo que el derecho se frustre, y por esta razón es que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo y se habilitó la acción civil (causa “Aquino”, Fallos: 327:3753).

Tampoco están en juego cuáles son los deberes de prevención y control que la ley 24.557 impone a las aseguradoras de riesgo del trabajo. La solución del caso exige dilucidar si concurren los extremos que generan el deber de reparar.

7º) Que la sentencia impugnada decidió que la presunta omisión de la aseguradora de riesgos del trabajo es, por sí sola, suficiente para generar su responsabilidad civil, y que se ha probado la existencia de un nexo adecuado de causalidad. Esta regla no se basa en una interpretación legítima de la ley, consistente con los precedentes de esta Corte Suprema, y coherente con las demás reglas del ordenamiento, por lo que contiene defectos de razonamiento susceptibles de conducir a su descalificación como acto jurisdiccional válido.

8º) Que en cuanto la aplicación de la ley, la sentencia no distingue correctamente, como es menester, entre la acción resarcitoria derivada de la Ley de Riesgos del Trabajo y la que se basa en la opción por la acción civil.

En el primer sentido, la ley 24.557 establece que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo está obligada a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos laborales. Es una finalidad prioritaria, tanto de la ley como del sistema en general, la prevención de los accidentes y la reducción de la siniestralidad (art. 1º, ítem 2, apartado a), de la ley 24.557) y por ello se obliga a las aseguradoras de riesgos del trabajo a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo y se las habilita para que se incluya en el contrato respectivo los compromisos de cumplimiento de la normativa sobre higiene y seguridad pactados entre la aseguradora y el empleador (art. 4º, ítem 1, párrafo 1º). El deber de prevención eficaz implica conductas específicas de asesoramiento (decreto 170/96), de control de las medidas sugeridas, y de denuncia de los incumplimientos en que incurra el empleador por ante el ente de superintendencia.

El incumplimiento del referido deber legal tiene consecuencias específicas dentro del aludido microsistema normativo, siendo legítimo que se carguen a la aseguradora los riesgos derivados de una previsión ineficaz, ya que su obligación está descrita con precisión y es congruente con el límite indemnizatorio, todo lo cual permite el aseguramiento.

Pero cuando se ejercita la opción por la acción de derecho común, debe aplicarse el régimen indemnizatorio previsto en el Código Civil. Ello es así, porque un mismo hecho dañoso puede dar lugar a acciones diversas que el derecho pone a disposición de la víctima, de carácter penal, civil, o laboral. Entre las pretensiones con finalidad resarcitoria del daño causado, debe distinguirse aquella que, fundada en el sistema de riesgos del trabajo tiene una lógica legislativa transaccional, puesto que facilita la acción al establecer presunciones de autoría y causalidad, pero limita la indemnización a los fines de facilitar la asegurabilidad. En cambio, la acción civil se basa en la exigencia de la prueba de los presupuestos de su procedencia y, como contrapartida, hay reparación plena. También en este último campo hay diferencias ostensibles entre una acción fundada en el ámbito contractual o extracontractual, o si se invocan daños causados al trabajador por una cosa, por el ambiente, o por un producto elaborado.

Frente a este amplio panorama, el derecho puede permitir la opción entre diferentes regímenes legales, o la acumulación, supuesto en el cual la víctima puede promover una acción y utilizar las reglas de otras si le resultan convenientes.

En el presente caso se trata del ejercicio de una opción y es una decisión que el actor realiza voluntariamente y no puede señalarse que al respecto exista hiposuficiencia alguna, ya que hay elementos jurídicos claros que brinda el ordenamiento y una información accesible a bajo costo. Una vez que el actor selecciona la acción, el juez puede delimitar la pretensión calificándola, es decir, eligiendo la norma aplicable frente a los hechos expuestos, pero no puede sustituirlo en la decisión que el legislador dejó en el ámbito de su facultad.

El juicio de calificación no puede afectar los derechos del debido proceso, cambiando por vía pretoriana la pretensión que ya ha contestado la demandada, ni tampoco utilizar reglas pertenecientes a distintos ámbitos desarticulando la lógica de la ley. Esto último es particularmente claro en todo el derecho comparado y en los diversos subsistemas de reparación que prevé el ordenamiento legal argentino, en los cuales el derecho común cumple el rol de fuente complementaria, pero no sustitutiva.

Por más intensa que sea la protección del trabajador, como se señaló en los precedentes citados en el considerando 6º, una vez que se opta por esa acción, debe aplicarse el régimen del Código Civil y no es admisible la acumulación de un sistema basado en la seguridad social con uno civil, en distintos aspectos y según convenga en el caso. El derecho vigente no permite esa vía y la misma tampoco es razonable al fracturar todo esquema de previsibilidad.

9º) Que en el ejercicio de la acción civil el actor debe probar los presupuestos de la misma, que incluyen tanto el acto ilícito, la imputación, así como el nexo causal con el daño. El actor menciona que la aseguradora no ejerció los controles que le incumben en materia de higiene y seguridad respecto de los incumplimientos en que incurrió la empresa asegurada y de ello pretende que se la condene a reparar la totalidad del daño causado por el siniestro. En el derecho civil vigente se requiere la demostración de un nexo adecuado de causalidad entre la omisión y el daño, lo que, si bien puede ser motivo de una amplia interpretación, no puede ser ignorado, ya que nadie puede ser juzgado conforme a criterios que no sean los de la ley.

10) Que la regla mencionada es consistente con los precedentes de esta Corte (causa "Rivero" registrada en Fallos: 325:3265). En dicho pronunciamiento se trató de un caso

análogo. La alzada, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda dirigida contra “Mapfre Aconcagua ART S.A.” por considerar, en sustancia, que el incumplimiento por parte de la aseguradora de las obligaciones y cargas en materia de prevención y vigilancia y la omisión de efectuar recomendaciones “en ese caso acerca del uso de cinturón de seguridad” no alcanzaban para responsabilizarla, toda vez que el siniestro había ocurrido por causas eminentemente físicas que no se hubieran evitado con el despliegue de actividad cuya falta se reprochaba. Máxime, cuando no tenía el deber de vigilar cotidianamente la labor durante toda la jornada, ni instruir sobre el modo de realizarla careciendo de la potestad de impedir las en hipótesis de riesgo. Como se observa, en aquellas actuaciones se debatía el punto primordial de la presente litis, esto es, la responsabilidad de las aseguradoras de riesgos del trabajo por el deficiente ejercicio del deber de control en materia de higiene y seguridad.

La Corte desestimó las presentaciones directas por denegación de los recursos extraordinarios deducidos por la actora y por el señor Defensor Público. Ello, por entender que no se configuraba un supuesto de arbitrariedad y el caso no superaba los requerimientos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Aun cuando se afirme que el Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos del trabajo el control de policía, tampoco puede derivarse de ello la responsabilidad, ya que el Estado no responde por los accidentes de este tipo. No hay en el derecho vigente una responsabilidad civil del Estado por todos los accidentes en los cuales se verifique una omisión de control abstracta, sin que se acredite el nexo causal. Por otra parte, el Estado Nacional no puede delegar un poder de policía estatal que recae en las provincias (art. 126 de la Constitución Nacional).

11) Que si bien en el precedente citado en el considerando anterior sólo cuatro jueces hicieron explícitas las razones por las cuales la decisión impugnada no era arbitraria, esta Corte en su actual composición las comparte y las juzga aplicables en virtud de la ya señalada sustancial analogía con el sub examine.

12) Que la solución a la que se arriba no importa colocar a una ART al margen del régimen de responsabilidad del Código Civil, ni consagrar una excepción general haciendo hincapié en lo que no les está permitido soslayando sus obligaciones. Importa sí, efectuar dos precisiones esenciales. La primera, que no cabe responsabilizar a las aseguradoras si no concurren los presupuestos del deber de reparar, entre los que se encuentra el nexo causal adecuado. La segunda, que las omisiones de los deberes de control y prevención, por sí solos no autorizan a establecer una regla general y abstracta que los erija automática e inexorablemente en condición apta para producir el resultado dañoso con prescindencia del curso normal de los acontecimientos.

Por ello, se declara procedente la presentación directa y el recurso extraordinario interpuestos con el alcance indicado y se deja sin efecto la sentencia impugnada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Remítase la queja al tribunal de origen a fin de que sea agregada a los autos principales y se dicte, por quien corresponda, un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 2. Notifíquese. RICARDO LUIS LORENZETTI.

Tenencia de Estupefacientes - Consumo personal - Punicción - Salud Pública.

Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080 25/08/2009 - Fallos: 332:1963.

Antecedentes:

Durante un procedimiento, personal de la Policía Federal Argentina procedió al secuestro de sustancias estupefacientes: entre otros, tres cigarrillos de marihuana de armado manual del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía Gustavo Alberto Fares, tres cigarrillos de marihuana de armado manual del bolsillo trasero izquierdo del pantalón de Marcelo Ezequiel Acedo, un cigarrillo de marihuana del bolsillo derecho lateral del pantalón de Mario Alberto Villarreal, y tres cigarrillos de marihuana de armado manual —cada uno de ellos— que se encontraban en dos paquetes que Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena dejaron caer sobre la vereda al percatarse de la presencia de personal policial.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 formulado por la defensa, y condenó a los mencionados como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Contra ese fallo, la Defensora Oficial interpuso recurso de casación, que fue rechazado, y recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibles, dando origen al presente recurso de hecho.

La Corte, por mayoría, revocó la decisión en crisis. Algunos de los jueces hicieron referencia al caso Bazterrica (83).

(83) **Nota de Secretaría:** En la causa “Bazterrica”, (Fallos: 308:1392), la Corte, por mayoría, resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 20.771 que establece la tipificación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por considerarla una conducta privada en los términos del artículo 19 de la CN. En el voto mayoritario, los jueces Belluscio y Baqué sostuvieron que “(u)na respuesta de tipo penal, tendiente a proteger la salud pública a través de una figura de peligro abstracto, no tendrá siempre un efecto disuasivo moralizador positivo respecto del consumidor ocasional o aquel que se inicia en la droga, y en muchos casos, ante su irremediable rotulación como delincuente, el individuo será empujado al accionar delictivo inducido por la propia ley.” El juez Petracchi, en su voto concurrente, sostuvo que los hechos en análisis “se relacionan indudablemente con la salud pública —bien jurídico tutelado por las normas penales— y la salud individual que forma parte, según se ha señalado, de la privacidad protegida por el art. 19 de la Constitución”, y señaló que “el art. 19: En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, ‘la salud mental y física’ y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo...”

Los jueces Caballero y Fayt, en disidencia, remitieron al pronunciamiento dictado en la causa “Capalbo” (Fallos: 308:1392), dictada en la misma fecha, donde la mayoría remitió a sus votos en la causa “Bazterrica”. Los jueces citados sostuvieron que del análisis de los debates previos a la sanción de la ley en examen, “se desprende con nitidez que, si bien en principio parecería que se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta la de la humanidad toda”. Concluyeron la constitucionalidad de la norma, por sostener que “corresponde entonces poner nuevamente el acento en que no se pena el consumo como hábito que pueda revelar una personalidad débil o dependiente porque este acto mismo queda reservado a la esfera de intimidad del art. 19 de la CN, ni tampoco se lo pena por la autolesión en que el consumo pueda en definitiva resultar. Las figuras de la ley 20.771 no tutelan la integridad personal, sino la salud pública”.

El juez Lorenzetti, en su voto concurrente, puso el acento en la necesidad de hacer recordar a todas las instituciones el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico; y a nivel nacional, la relevancia de aplicar una política de salud preventiva, información y educación y todo ello enfocado en los grupos más vulnerables, especialmente los menores.

El juez Fayt, también en voto concurrente, explicó la adopción de un nuevo criterio sosteniendo que el examen de validez de la norma cuestionada a la luz de la experiencia recogida durante los casi veinte años de su vigencia demostraba que la respuesta criminalizadora se advertía a todas luces ineficaz, inhumana e inconsistente con las obligaciones internacionales y la normativa nacional que instaba al Estado a promover el derecho a la salud de las personas que consumen estupefacientes.

El juez Petracchi remitió a su voto en “Bazterrica” y su disidencia en “Montalvo” (Fallos: 313:1333).

Con anterioridad, el 28 de marzo de 1978, en la causa “Colavini” (Fallos: 300:254), la Corte Suprema se había pronunciado en el sentido de que el artículo 6 de la ley 20.771 (punición de la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal) no era violatorio del artículo 19 de la CN. En ese fallo la Corte también recogió los argumentos del señor Procurador General de la Nación en el sentido de que el uso de estupefacientes iba más allá de un mero vicio individual para convertirse, por la posibilidad de su propagación, en un riesgo social que perturbaba la ética colectiva.

El criterio mayoritario señalado en “Bazterrica” se vio revertido en diversos pronunciamientos dictados por el Tribunal con distinta composición. En la causa “Montalvo”, (Fallos: 313:1333) el voto mayoritario, suscripto por los jueces Levene (h.), Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O’Connor declaró la constitucionalidad del artículo 14 de la ley 23.737. En torno al Derecho a la Salud, explicó que “(s)i bien con la incriminación de la tenencia de estupefacientes se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y en última instancia de la subsistencia misma de la nación y hasta de la humanidad toda”. Por último, aclaró que “(n)o cabe exigir en cada caso, para la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la prueba de la trascendencia a terceros con la consecuente afectación de la salud pública”.

El juez Fayt, en su voto concurrente, remitió a su voto en disidencia en la causa “Capalvo”. El juez Belluscio se pronunció en disidencia remitiendo al voto mayoritario de dicha causa.

También en disidencia, el juez Petracchi remitió a su voto en la causa “Bazterrica” y, entre otros aspectos, señalaba especialmente que “era incompatible con las pautas actuales de civilización punir un estado patológico, que no se había traducido en conducta alguna lesiva de terceros”.

La relación entre el derecho a la privacidad o autonomía personal y derecho a la salud también fue analizada por los votos particulares en la causa “Bahamondez” (Fallos: 316: 479), donde se cuestionaba la práctica de transfusiones de sangre en un paciente que se negaba a ello por tratarse de un tratamiento contrario a sus convicciones religiosas. La Corte —por mayoría— declaró que era inoficioso tomar una decisión, puesto que el cuadro clínico que motivó el conflicto no había subsistido. En su voto concurrente los jueces Barra y Fayt, sostuvieron que si bien la cuestión devino abstracta, la normativa aplicable mandaba a los profesionales que ejerzan la medicina a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. (art. 19 de la CN). Los jueces Cavagna Martínez y Boggiano, por un lado, y Belluscio y Petracchi, por el otro —todos en disidencia— hicieron lugar al recurso extraordinario y mandaron revocar la sentencia apelada.

En casos relativos a la autorización de la extracción compulsiva de sangre a personas presuntamente víctimas de los delitos de sustracción y adulteración de la identidad de menores —a fin de realizar pruebas hematológica de histocompatibilidad genética— diversos votos analizaron la magnitud de la afectación de los derechos a la integridad física y a la salud que implicaba una medida de tal naturaleza, ponderándolos con el derecho a la verdad de los familiares de personas desaparecidas (“Guarino, Mirta Liliana s/ querrela”, Fallos: 319:3370); “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación”, Fallos: 326:4748; “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/sustracción de menores de 10 años”, Fallos: 332:1769, entre otros —Vr. Boletín de la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Delitos de Lesa Humanidad”, pág. 72 y ss. 86 y ss. y actualización disponible en www.csn.gov.ar). En un sentido similar, ver “Muller, Jorge s/ denuncia” (Fallos: 313:1113).

En la causa “Ponzetti de Balbín” (Fallos: 306:1892), la Corte también analizó la vinculación entre privacidad y salud (Vr., asimismo, “Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan”, Fallos: 316:703), y “D.G.I. c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, sentencia de fecha 13 de febrero de 1996.

El juez Zaffaroni concurrió con la mayoría y agregó que diversas consideraciones político criminales reforzaban la esencia de la decisión de esta Corte, en el sentido de reafirmar como valor central de nuestra Constitución la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional.

La jueza Argibay, también en un voto concurrente, señaló que la adhesión a los postulados sentados en “Bazterrica” implicaba que los jueces de la causa debían analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la CN, aspecto que no se verificó en el caso.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Tenencia de estupefacientes para consumo personal. Punición. Acciones privadas. Art. 19 CN.** (Mayoría, Considerandos 10, 11, 31 y 36; Voto del Juez Lorenzetti, Considerandos 10 a 18; Voto del Juez Fayt, Considerandos 11, 15, 16; Voto del Juez Petracchi, remisión; Voto del Juez Zaffaroni, Considerandos 19 a 23, Voto de la Jueza Argibay, considerandos 11 a 15).
- b) **Estupefacientes. Salud. Tutela preventiva. Política pública.** (Mayoría, Considerando 24; Voto del Juez Lorenzetti, Considerando 19; Voto del Juez Fayt, Considerandos 20 a 27, Voto del Juez Petracchi, voto del Juez Zaffaroni y voto de la jueza Argibay, parte dispositiva).

Estándar aplicado por la Corte:

- El artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, es inconstitucional, pues invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales conculcando el artículo 19 de la Constitución Nacional.

- Corresponde exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General en la causa V.545.XLII “Villacampa, Andrés Nicolás y Mindurry, César s/ rec. de casación e inconstitucionalidad

Suprema Corte:

I El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Rosario, provincia de Santa Fe, no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737

formulado por la defensa, y condenó a Andrés Nicolás Villacampa y César Mindurry como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Contra ese fallo, la Defensora Oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad y, subsidiariamente, casación por errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Ambos recursos fueron concedidos por el tribunal de juicio a fs. 541/543. Al conocer en esa impugnación, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal los rechazó por mayoría (fs. 578/590 vta.).

Contra esa resolución la defensa pública interpuso recurso extraordinario federal que, declarado formalmente admisible por el a quo (fs. 622), corresponde analizar.

II El recurrente sostiene que el tipo penal previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es incompatible con el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Particularmente señala que el principio de lesividad deslegitima cualquier intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico, entendido como la afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo. Sobre esa base, la defensa afirma que la incriminación de la mera tenencia crea una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto que dejaría insatisfechos los requisitos del artículo 19 de la Constitución Nacional, que exige el daño o el peligro concreto a derechos de terceros, al orden o a la moral pública.

III Más allá de mi opinión personal acerca de la valoración constitucional que merezca la conducta incriminada, considero que la apelación carece de la adecuada fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48. En efecto, ha dicho reiteradamente V.E. que para la procedencia del recurso extraordinario no basta la prédica de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya y da lugar a agravios (Fallos: 302:1564; 308:2263; 312:587, 323:1261; 325:309 y 1145; 327: 352, entre otros).

Esta es, sin embargo, la situación que se configura en autos, pues el recurrente pretende fundar la inconstitucionalidad del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) en numerosas observaciones jurídicas introducidas a través de la compilación de citas textuales de jurisprudencia y afirmaciones teóricas que, más allá de su acierto o error, no encuentran su debida referencia a las concretas circunstancias de la causa.

Esa falta de relación se pone especialmente en evidencia cuando en el recurso se predica la inconstitucionalidad de la figura, en tanto delito de peligro abstracto, por considerar que el principio de lesividad requiere al menos peligro concreto, sin siquiera intentar explicar cómo una solución tal se insertaría en la tradición del derecho europeo continental, del cual participa nuestra legislación penal, y la propia jurisprudencia de la Corte, que en reiteradas oportunidades ha interpretado que ciertos delitos son de peligro abstracto o ha resuelto diversas cuestiones precisamente en función de ese peligro abstracto que le asignó a un determinado delito, por ejemplo, respecto a la tenencia de armas de guerra (Fallos: 319:567), a la guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes (Fallos: 302:111 y 327:991) y al almacenamiento o tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (Fallos: 321:160; 323:3486, entre muchos otros).

IV Por último, la defensa tacha de arbitraria la sentencia del tribunal de casación. Manifiesta, en ese sentido, que al considerar erróneamente el a quo que el recurso de inconstitucionalidad no había sido concedido por el tribunal oral, dejó sin estudiar siquiera mínimamente el agravio

relativo a la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Asimismo, el apelante señala que en ocasión de resolver el recurso de casación, la Sala III se remitió a lo decidido por V.E. en Fallos: 313:1333 y a reiterar lo dicho en otros precedentes del propio tribunal, sin atender a los argumentos introducidos por la parte.

Sin embargo, una simple lectura de la sentencia impugnada revela que, contrariamente a lo manifestado por la defensa, el a quo sí ha tratado con fundamentos suficientes los agravios planteados en los recursos de inconstitucionalidad y casación en subsidio, y si bien es cierto que en el dispositivo se omitió la mención respectiva, como ha reconocido reiteradamente la Corte, las sentencias judiciales constituyen una unidad lógico jurídica que debe interpretarse no sólo en su parte dispositiva sino también en sus fundamentos y conclusiones parciales (Fallos: 305:209; 307:112, entre otros).

V Por lo expuesto, opino que el recurso deducido resulta formalmente inadmisibile, correspondiendo su rechazo. Buenos Aires, 17 de agosto de 2007, Esteban Righi.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 25 de agosto de 2009.

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que esta causa se inició el 19 de enero de 2006, a raíz de lo informado por el Jefe de la Sección Rosario de la Policía Federal Argentina, dando cuenta que de distintas actuaciones sumariales labradas en esa dependencia por infracción a la ley 23.737 surgía que todos los detenidos habían tenido contacto en forma esporádica con una finca emplazada en la calle Nicaragua casi esquina Forest, donde se habían observado los movimientos típicos de la venta de estupefacientes al menudeo.

En virtud de ello se dispuso la instrucción del sumario que fue delegada a la fiscal en turno, quien en función de las tareas de observación y vigilancia llevadas a cabo por la prevención, las imágenes captadas y grabadas en un video casete que se incorporó al expediente, y en las constancias que surgían de las copias de los sumarios acumulados al proceso, sostuvo que podía inferirse que en la finca aludida un sujeto se dedicaría a la comercialización de estupefacientes. En función de ello solicitó y obtuvo la correspondiente orden de allanamiento, registro y secuestro, que tuvieron lugar el 26 de febrero de 2006, conforme a lo que surge del acta que luce a fs. 63/64 y, posteriormente, el 27 de abril de 2006 (fs. 119/122). También en el marco de las distintas medidas procesales adoptadas en el sumario, se acumularon los expedientes N° 1268/05 “Fares, Gustavo Alberto s/ley 23.737”, N° 81/06 “Acedo, Marcelo Ezequiel; Villarreal, Mario Alberto s/ley 23.737” y N° 506/06 “ Medina, Gabriel Alejandro y Cortejarena, Leandro Andrés s/ley 23.737”, entre otros.

2º) Que, tras la realización del debate oral y público (fs. 997/1020), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, con fecha 30 de agosto de 2007, rechazó las nulidades interpuestas por las defensas y el planteo de inconstitucionalidad del

artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y condenó a: I) Sebastián Eduardo Arriola o Eduardo Sebastián Arriola, como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización —dos hechos, en concurso real— (artículos 55 del Código Penal y 5º, inc. c, de la ley 23.737), a la pena de seis años de prisión, multa de seiscientos pesos (\$ 600) e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena, imponiéndole la medida de seguridad curativa prevista en el artículo 16 de la ley citada; II) Carlos Alberto Simonetti, como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización —dos hechos en concurso real— (artículos 55 del Código Penal y 5º, inc. c, de la ley 23.737), a la pena de cuatro años de prisión, multa de quinientos pesos (\$ 500) e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena (artículo 12 del Código Penal); III) Mónica Beatriz Vázquez, como autora penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización —dos hechos en concurso real—, en carácter de partícipe secundaria (artículos 5º, inc. c, de la ley 23.737, y 46 y 55 del Código Penal), a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de doscientos pesos (\$ 200); IV) Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villareal y Leandro Andrés Cortejarena, como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional (artículo 26 del Código Penal), imponiéndoles por el término de dos años las siguientes reglas de conducta (artículo 27 bis del Código Penal): 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; 2) abstenerse de usar estupefacientes, de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes. En todos los casos substituyó la aplicación de la pena y dispuso una medida de seguridad educativa en la forma prevista por el artículo 21 de la ley 23.737, dando intervención a ese efecto al señor juez de ejecución penal (fs. 1021/1023 y 1048/1063).

3º) Que la defensa interpuso recurso de casación en favor de Eduardo Sebastián Arriola, Mónica Beatriz Vázquez, Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena (fs. 1101/1130), que fue rechazado por el tribunal a quo a fs. 1154/1157, quien —a su vez— declaró inadmisibles los recursos extraordinarios deducidos por la defensa.

Ello dio lugar a la interposición del recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Eduardo Sebastián Arriola, Mónica Beatriz Vázquez (expte. A.890.XLIV), fallado por la Corte Suprema con fecha 5 de mayo de 2009, donde se tuvo por desistido el recurso interpuesto a favor de Arriola y se desestimó la queja respecto de Vázquez.

De tal modo, la cuestión sometida a estudio de este Tribunal ha quedado circunscripta a los hechos vinculados a Fares, Acedo, Villarreal, Medina y Cortejarena, en la queja en estudio.

4º) Que, en este sentido, corresponde señalar que al fijar la materialidad de los hechos el tribunal de juicio tuvo por acreditada la tenencia por parte de Gustavo Alberto Fares de tres cigarrillos de marihuana de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), incautados del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía Fares por parte del personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina, en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México, de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

También tuvo por probada la tenencia de tres cigarrillos de marihuana por parte de Marcelo Ezequiel Acedo y de un cigarrillo de marihuana por parte de Mario Alberto Villarreal (con un peso de 0,25 gramos, 0,30, gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total), incautados del bolsillo trasero izquierdo del pantalón que vestía el primero y del bolsillo derecho lateral del pantalón que vestía el segundo, en el procedimiento llevado a cabo por el personal de prevención antes mencionado, el 18 de enero de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario.

Por último, tuvo por demostrada la tenencia por parte de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de tres cigarrillos de marihuana de armado manual —cada uno de ellos— (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0), secuestrados en el procedimiento que tuvo lugar el 26 de abril de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario, por parte de personal de la Brigada Operativa Departamental II, dependiente de la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Santa Fe; en este caso, al percatarse de la presencia policial, los imputados dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado.

5º) Que en el recurso de casación la defensa se agravió del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y postuló la revisión de lo decidido sobre la base de la nueva composición de la Corte Suprema y de los argumentos que habían conformado el fallo dictado por dicho Tribunal en el caso “Bazterrica”, en el cual se había declarado la invalidez constitucional de un texto normativo —ley 20.771, artículo 6º— que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal con un alcance semejante al que lo hace la norma impugnada.

6º) Que por su parte, los integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazaron el recurso señalando que esa sala se había expedido con anterioridad en los antecedentes que citan, acerca de la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737.

7º) Que en el recurso extraordinario la defensa sostuvo que la sentencia apelada era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, puesto que la conducta de los imputados se había llevado a cabo dentro del marco de intimidad constitucionalmente resguardado.

Por otro lado, alegó que la escasa cantidad de droga encontrada no permitía inferir de manera alguna la potencialidad de la sustancia para generar dependencia física o psíquica en el consumidor, y menos aún podía afectar la pretendida salud pública. En este sentido sostuvo que la injerencia del poder sancionador en el ámbito de la libertad personal era abiertamente violatorio de las garantías constitucionales.

Agregó que si bien la postura del tribunal a quo hacía pie en el precedente “Montalvo”, la jurisprudencia de la Corte Suprema había sido errática, de modo que correspondía verificarse si los argumentos de mérito, oportunidad y conveniencia que sostuvieron aquella decisión seguían vigentes. Al respecto consideró que el gran incremento de causas por tenencia para consumo personal a partir de la vigencia de la ley 23.737 demostraba que el resultado no era acorde al fin con el que había sido concebida sino, antes bien, la prueba del fracaso del efecto disuasivo que se había pretendido obtener persiguiendo indistintamente al tenedor de estupefacientes para consumo personal.

Expuso que la postura asumida por la Corte Suprema en los precedentes “Bazterrica” y “Capalbo” era la más adecuada a un Estado de Derecho que respete el ámbito de autodeterminación de los ciudadanos; en este sentido avaló su posición en torno a la afectación al principio de reserva con transcripciones del fallo “Bazterrica”, y el voto en disidencia del juez Petracchi en “Montalvo”.

Asimismo, subrayó que el argumento de cambio de composición del Tribunal había sido utilizado por la misma Corte como fundamento al retomar en “Montalvo” lo decidido en “Colavini”.

Por último, con invocación de la doctrina de la arbitrariedad sostuvo que en el caso no se había acreditado que la conducta de los imputados hubiese afectado de alguna forma el bien jurídico protegido por la norma —salud pública—, de modo que con fundamento en el principio de lesividad que proscribía el castigo de una acción que no provocara un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto, era inadmisibles la sanción pretendida por tratarse de una acción atípica.

8º) Que, por su parte, el tribunal a quo declaró inadmisibles el recurso extraordinario, pues según entendió los argumentos expuestos por el apelante eran insuficientes para conmover la doctrina sentada por esa sala en torno a la constitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737.

Tal decisión dio origen a la presente queja.

9º) Que de la reseña efectuada surge que la defensa ha articulado un genuino caso constitucional. En efecto, el núcleo de su argumentación estuvo dirigido a cuestionar la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por la afectación que tal incriminación ocasionaría al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. De ese modo, puso en tela de juicio una ley federal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) como contraria al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Carta Magna, y la decisión definitiva fue contraria a los derechos que la recurrente fundó directamente en la Constitución Nacional (artículo 14, inciso 1, de la ley 48).

10) Que como primera consideración cabe señalar que las cuestiones centrales en debate en el sub lite, tales como el alcance que cabe otorgarle a las “acciones privadas” previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico “salud pública”, han sido resueltas acertadamente en “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener.

Cabe señalar que la decisión mayoritaria del caso “Bazterrica” se integró con el voto conjunto de los jueces Belluscio y Bacqué, y por el individual del juez Petracchi; a las consideraciones de este último voto este Tribunal hoy decide remitirse, habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen, ello sin perjuicio de los conceptos relevantes del otro voto conjunto que complementa la resolución jurídica correcta de la cuestión aquí traída.

11) Que si bien con posterioridad a “Bazterrica”, la Corte dictó otro pronunciamiento in re “Montalvo” (Fallos: 313:1333), que consideró legítima la incriminación de la tenencia para consumo personal, este Tribunal, hoy llamado nuevamente a reconsiderar la cuestión, decide

apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente —y como se ha dicho— afianzar la respuesta constitucional del fallo in re “Bazterrica”.

12) Que, como lo han señalado varios de los sujetos procesales que intervinieron en estas actuaciones, la jurisprudencia de esta Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en “Colavini” (Fallos: 300:254) se pronunció a favor de la criminalización; en “Bazterrica” y “Capalbo”, se apartó de tal doctrina (Fallos: 308:1392); y en 1990, en “Montalvo” vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal (Fallos: 313:1333), y como lo adelantáramos en las consideraciones previas, hoy el Tribunal decide volver a “Bazterrica”.

13) Que si bien el debate jurídico sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, aparece claramente planteado y resuelto en las posturas antagónicas de “Montalvo” y “Bazterrica”, lo cierto es que habida cuenta el carácter institucional de la Corte Suprema, llevan hoy a dar las razones de este nuevo cambio.

En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas (Fallos: 328: 566).

14) Que en lo que aquí respecta han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina “Montalvo” que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del *thema decidendum* pueda ser considerado intempestivo.

Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montalvo” han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

15) Que así la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indica en el informe correspondiente al 2007 que Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en “estudiantes secundarios” que consumen pasta base de cocaína conocida como “paco”. También el consumo de paco ubica a Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo (2007 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito).

En el informe del año 2006 del mismo organismo se ha señalado que además de los tres grandes productores sudamericanos, en nuestro país se ha detectado cierta fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se transformó en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); y que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 129). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados (pág. 164) (2006 World Drug Report. Naciones Unidas.

Oficina de Drogas y Delito). En el mismo sentido se observa el informe correspondiente al año 2008, que da cuenta de un aumento del consumo de opio en el país (pág. 60); mayor importación de precursores (pág. 68); aumento de secuestro de cocaína han sido reportados por Bolivia, Chile, Uruguay y en menor medida por Argentina y Paraguay, lo que sugiere que el tráfico vía el cono sur ha aumentado (pág. 73); Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77). El país ocupa el segundo lugar de Sudamérica en consumo de cocaína (págs. 88 y 275); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165).

El informe del año 2004 también señala que en el país se ha elevado el consumo de opiáceos (pág. 103), y que se ha detectado capacidad de producción de cocaína (pág. 116); y que el uso indebido de cocaína era superior al nivel medio de las estadísticas (pág. 123). También se pone de relieve que el país denunció un aumento continuo del uso indebido de cannabis en los años 2000, 2001 y 2002, el informe pone de relieve que el uso indebido de tal estupefaciente era superior al de Brasil. Allí también se refiere que en contraste con las tendencias globales de América del Norte, en el 2002 hubo en el país un aumento del uso indebido de anfetaminas (pág. 203) (2004 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito).

Por su parte el reporte de 2002 ya señalaba el aumento del uso de opio en el país, y que el porcentaje de población que usa cocaína está entre los más elevados de Sudamérica, aunque su tendencia se estabiliza así como el de las anfetaminas, aunque verifica un aumento en el uso de éxtasis (págs. 247 y 269) (2002 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). En el reporte del año 2001 también se señala el aumento del uso de la heroína y el elevado porcentaje de consumo de cocaína respecto de los otros países sudamericanos (págs. 241, 247 y 269) (2001 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito).

Esta tendencia que informa las Naciones Unidas también es confirmada por estadísticas nacionales oficiales. Así en la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, se ha realizado un análisis comparativo 2001— 2005, cuyas conclusiones señalan que el consumo de psicofármacos sin prescripción médica y de solventes e inhalantes se ha incrementado. Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. El incremento mayor se observa en solventes e inhalables, con el 380%, explicado por un fuerte aumento tanto en varones como en mujeres. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del 100% en las mujeres frente al 50% de los varones (Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, Informe Final de Resultados Área de Investigaciones, Enero 2006, SEDRONAR, Presidencia de la Nación).

A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, especialmente entre la juventud (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay).

16) Que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en “Bazterrica” y “Montalvo”, se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, “Bazterrica” es un pronunciamiento del año 1986, y “Montalvo” de 1990.

Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re “Mazzeo”, Fallos: 330:3248).

Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables (“Verbitsky” Fallos: 328:1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (“Casal” Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (“Maldonado” Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (“T., R. A.” Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (“Quiroga” Fallos: 327:5863, “Llerena” y “Dieser” Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (“Benitez” y “Noriega” Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (“Barra” Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad (“Gramajo” Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (“Santillán” Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos (“Arancibia Clavel” Fallos: 327:3312; “Simón” Fallos: 328:2056 y “Mazzeo” Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones.

17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos —y en lo que aquí interesa— el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia

y anticipar o iluminar sus decisiones” (CIDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

Estos principios se encuentran en consonancia con lo establecido en “Bazterrica”.

18) Que también el principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), guarda más compatibilidad con la solución postulada en “Bazterrica”. En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y “Montalvo”, respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico.

19) Que el derecho internacional también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en evitar su revictimización, a través del acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana). En consonancia nuestra Corte ha receptado determinados principios tendientes a darle a aquél un mayor protagonismo en el proceso (“Santillán” Fallos: 321:2021).

No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización.

20) Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...” (CIDH, Serie C Nº 126, caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005).

Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re “Gramajo” (Fallos: 329:3680) quién además agregó que “...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...” (ver en sentido coincidente “Maldonado” Fallos: 328:4343).

Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad.

21) Que, cabe señalar que la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en

nuestra Carta Magna de 1853; en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión. Pero, además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como “bien común”, “orden público”, “utilidad pública”, “salubridad pública” e “intereses nacionales” (artículo 22 inc. 3º, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3º, 14, 19 inc. 3º b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

No hay que olvidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcriptos, es más amplia (Colautti, Carlos, “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, Ed. La Ley 1999, Bs. As., pág. 76).

22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado.

Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Luego agregó: “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 2 9.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (parágrafos 66 y 67).

Es claro que las consideraciones en que se sustenta el precedente “Bazterrica” se ajustan más a esa pauta interpretativa de la Corte Interamericana, que el precedente “Montalvo”, en referencia a los bienes colectivos invocados.

23) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio “pro homine”. De acuerdo con el artículo 5º del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio “pro homine” resulta más compatible con la posición de la Corte en “Bazterrica” que en “Montalvo”,

pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.

24) Que sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, no se puede pasar por alto la creciente preocupación mundial sobre el flagelo de las drogas y específicamente sobre el tráfico de estupefacientes. Esta preocupación, que tampoco es nueva, se ha plasmado en varias convenciones internacionales.

Así en el ámbito de las Naciones Unidas tres convenciones acuerdan principios y mecanismos internacionales en la lucha contra las actividades vinculadas al narcotráfico. En términos generales, ellas prevén la colaboración judicial entre los Estados; el deber de los Estados de diseñar políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico, oferta y demanda de estupefacientes ilícitos.

En lo referente a la contención de la demanda, además de la persecución de la oferta, se obliga a los Estados a preparar su aparato de salud pública, asistencia y educación, de modo que asegure que los adictos puedan recibir tratamientos físicos y psicológicos para curarse de sus adicciones.

25) Que no obstante ello, ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal.

En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (artículo 3º, inc. 2º, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes)

Por su parte la Oficina de las Naciones Unidas sobre Droga y Control (UNODC), al elaborar los principios básicos de prácticas alternativas a la prisión, incluye expresamente, entre otros, a los consumidores de estupefacientes (Naciones Unidas Oficina de Droga y Crimen Handbook Basic Principles on Alternatives to Imprisonment, Criminal Justice Handbook Series, New York, 2007)

26) Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculpado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha.

27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica “legalizar la droga”. No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (Ordoñez-Solis David, “Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación”, en *European Journal of Legal Studies*, vol. I EJLS, N° 2).

28) Que, frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico. A nivel

penal, los compromisos internacionales obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo a asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (artículo 36 de la Convención).

La circunstancia de que los precursores químicos necesarios para la fabricación de drogas son productos en los que, de alguna manera, nuestro país participa en su cadena de producción, hace necesario que ello sea tenido en cuenta en la implementación de políticas criminales para la lucha contra este flagelo internacional.

29) Que, sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor.

Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero.

30) Que en síntesis, después de la reforma constitucional han ingresado principios internacionales, que han impactado fuertemente en nuestro derecho constitucional. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte —algunos de los cuales hemos citado aquí—, que han generado una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente “Bazterrica” encaja cómodamente. Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, conducen a este Tribunal a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente “Bazterrica” —voto del juez Petracchi—.

31) Que si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna.

32) Que en efecto, el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, *Los Derechos en Serio*, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio.

De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.

33) Que es jurisprudencia inveterada de esta Corte que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico” (Fallos: 315:923; 316:188 y 321:441, entre otros).

34) Que ello se debe a que las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos. Pero los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias (Cemerinsky Edwin Fireword: The Vanishing Constitution, en Harvard Law Review, 103:43).

35) Que sobre tal cuestión la Corte Interamericana ha señalado que [...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Baena Ricardo v. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, *Fondo, Reparaciones y Costas*).

36) Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en “Bazterrica” declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII “Villacampa” —que antecede—, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo

pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. — RICARDO LUIS LORENZETTI (*según su voto*) — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — CARLOS S. FAYT (*según su voto*) — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI (*según su voto*) — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1º a 9º del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que entonces queda claramente configurado el conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño y por lo tanto en abierta contradicción con el artículo 19 de la Constitución Nacional.

11) Que, conforme con los argumentos que se desarrollarán en los considerandos siguientes, cabe adoptar el siguiente criterio de juzgamiento:

A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional.

C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.

D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.

E) De conformidad con lo expuesto, corresponde aplicar el criterio que esta Corte desarrollara en el precedente “Bazterrica” (Fallos: 308:1392).

F) Corresponde exhortar a las Instituciones para que implementen medidas efectivas para el combate preventivo de la drogadicción.

Estos criterios encuentran fundamento suficiente en la Constitución Nacional, conforme surge de los considerandos siguientes.

12) Que la tutela de la privacidad, cuando no hay peligro, ni daño a terceros, ni ostentación del consumo, ha motivado posiciones diferentes de esta Corte Suprema y del Congreso de la Nación.

Resulta oportuno recordar, entonces, que el Código Penal de 1921 no legisló sobre el tema de la toxicomanía puesto que el artículo 204 se refería a lo que en doctrina se conoce como suministro infiel de medicamentos.

Fue recién la ley 11.309, publicada en el Boletín Oficial el 4 de agosto de 1924 la que introdujo la punibilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos y, dos años después, la ley 11.331, publicada en el Boletín Oficial el 13 de agosto de 1926, la que agregó una nueva figura, o sea la tenencia ilegítima con lo que se convirtió en delito la mera tenencia por parte de personas no autorizadas.

Pronto habría de plantearse el tema relativo a la tenencia para uso personal y en el plenario de la Cámara Criminal de la Capital Federal, in re “González, Antonio”, del 17 de octubre de 1930 (Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 3º, pág. 21), se resolvió, con votos divididos, que el uso personal de alcaloides no debía admitirse como excusa por parte de quien los poseía ya que no constituía una razón legítima de su tenencia. Un nuevo plenario de la misma Cámara, para ese entonces con una integración diferente, in re “Terán de Ibarra, Asunción”, del 12 de julio de 1966 (Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 15, pág. 325) mantuvo la doctrina del plenario anterior sosteniendo que la tenencia de alcaloides configuraba delito.

El Proyecto Peco (1942) sólo reprimía la tenencia de sustancias estupefacientes enderezada “a algún propósito de destinarlas al comercio o de suministrarlas o procurarlas a otro” (artículo 230; exposición de motivos, página 399). El proyecto de 1960 excluyó de punición “la tenencia de una dosis para uso personal” (artículo 262 y su nota). En 1968 la ley 17.567, derogó la reforma al Código Penal de la ley 11.331, modificando nuevamente este cuerpo legal por la introducción del párrafo tercero del artículo 204 que sancionaba al “que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal, sustancias estupefacientes...” La exposición de motivos de esta ley vinculaba la tenencia de dosis correspondientes al mero consumo individual con las acciones de la esfera de libertad consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional. La determinación de la cantidad que correspondía a un uso personal se tradujo en una casuística jurisprudencial que hizo de muy difícil aplicación la norma legal. A ello se sumaron opiniones que sostuvieron que aquella casuística caótica en la vida real había terminado por facilitar “el tráfico de estupefacientes haciendo que en su modus operandi el pasador portara solamente cantidades justificables como de uso personal” (de la sentencia de la Cámara Federal del 22 de diciembre de 1976, in re “Colavini, Ariel Omar, infracción a la ley 20.771”, voto de los jueces Servini y Cortés).

En 1973, la reforma al Código Penal de 1968 fue declarada “ineficaz” por ley 20.509, a partir de cuya vigencia se restauró el régimen anterior.

La ley 20.771 tipificó como delito la mera tenencia de estupefacientes con penas de notable severidad, sin que se legislara, en forma global y sistemática sobre la cuestión de los estupefacientes, sobre sus diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad, como jóvenes o adolescentes, y sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición (del voto concurrente del juez Petracchi, in re “Bazterrica”, Fallos: 308:1392, considerando 14).

La ley 20.771 dio lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios en lo que atañe a su artículo 6º. En varios casos se resolvió en primera instancia su invalidez con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional, criterio que no fue aceptado por la alzada.

El 28 de marzo de 1978, en la causa “Colavini” (Fallos: 300:254), esta Corte Suprema se pronunció en el sentido de que el artículo 6º de la ley 20.771 (punición de la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal) no era violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional. En ese fallo la Corte también recogió los argumentos del señor Procurador General

de la Nación en el sentido de que el uso de estupefacientes iba más allá de un mero vicio individual para convertirse, por la posibilidad de su propagación, en un riesgo social que perturbaba la ética colectiva. En sus distintos pronunciamientos la Corte valoró la magnitud del problema de la drogadicción destacando la perniciosa influencia de la propagación de la toxicomanía en el mundo entero. En esa inteligencia, consideró lícita toda actividad estatal dirigida a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieren derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal (Fallos: 301:673; 303:1205; 304:1678 y 305:137).

El 29 de agosto de 1986, esta Corte Suprema se pronunció en la causa “Bazterrica”, cambiando el criterio y declarando la inconstitucionalidad del artículo 6º de la ley 20.771, censurando la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal.

El 21 de septiembre de 1989 se sancionó la ley 23.737, mediante la cual se derogaron los artículos 1º a 11 de la ley 20.771 y se incorporó en su artículo 14, segundo párrafo, la punición “...cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia [de estupefacientes] es para uso personal”.

El 11 de diciembre de 1990, esta Corte Suprema dictó sentencia en la causa “Montalvo” (cfr. Fallos: 313:1333, en particular pág. 1349) por el que concluyó que “la tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del artículo 14, segunda parte de la ley 23.737 y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental...” (Fallos: 313:1337, considerando 27 in fine).

Estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos, lo que únicamente puede hacerse mediante una prudente ponderación de los principios en juego. Por esta razón corresponde desarrollar el razonamiento constitucional a partir de la afirmación de los derechos individuales, examinando con rigor los fundamentos de toda restricción. Lo contrario, es decir, partir de la afirmación de valores públicos para limitar la libertad conduce a soluciones cuyos límites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal, protegida de manera relevante por nuestra Constitución Nacional.

13) Que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional).

Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, “Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil”, México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues “aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor” (Locke, John, “Segundo Tratado sobre el gobierno civil”, capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990).

Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 4º y 5º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a

los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad.

Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta.

El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados “de peligro abstracto”; b) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal, y por ello no es necesario penar el consumo en casos donde la punición deviene como consecuencia de un delito cometido en función de la drogadicción; c) no es posible imputar un mismo daño dos veces a los efectos de la punibilidad —esto excluye la punición por el consumo que conduce a delitos que son independientemente penados—; d) no es posible computar daños que son demasiado nimios e indirectos, en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegido —lo que excluye como daños los provocados por el tratamiento médico— de los adictos (cfr. Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 307).

14) Que la norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o partícipe de una gama innominada de delitos.

En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva.

Este principio ha sido receptado por esta Corte (in re: “Gramajo” Fallos: 329:3680) al señalar que “...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...”

En sentido coincidente también in re: “Maldonado”, Fallos: 328:4343). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en sentido similar, diciendo que “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, que agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente

ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..." (CIDH, Serie C N° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

15) Que las razones de conveniencia en que se sustentó la doctrina del precedente "Montalvo" (Fallos: 313: 1333), tampoco constituyen un fundamento constitucionalmente admisible.

En primer lugar porque parten de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión. Como se verá en considerandos siguientes, en los países de la región se combate el flagelo de la drogadicción respetando el consumo personal que no daña a terceros y concentrándose en la distribución y el consumo cuando tiene aptitud concreta de peligro o daño. De manera que está demostrado que la lesión de la libertad personal no es necesaria a los fines de obtener el objetivo perseguido.

En segundo lugar, está claro que, aun cuando se admita el sacrificio, no se logra el resultado. En efecto, en el precedente mencionado se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333). Ello no se ha producido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

16) Que la tendencia que predomina en la legislación de los países de la región resulta totalmente contraria a la que pretende la habilitación del poder punitivo para los casos del tenedor de estupefacientes que sólo lo hace para el consumo personal y sin lesionar o poner en peligro concreto bienes o derechos de terceros.

En este sentido, la ley brasileña 11.343, del 23 de agosto de 2006, instituyó el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas y en su artículo 28 decidió contemplar la tenencia para consumo personal a la que no incrimina penalmente sino que aplica sustitutivos penales como la advertencia al tenedor sobre los efectos de las drogas, la prestación de servicios a la comunidad o la aplicación de medidas educativas de asistencia a cursos educativos. El código penal peruano, sancionado por Decreto Legislativo N° 635, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año preveía la exención de pena en su artículo 299, bajo el título de "posesión impune de droga" el que luego de su modificación por el artículo 1 de la Ley N° 28.002, publicado el 17 de junio de 2003, mantuvo la misma impronta. Por su parte, la ley 19.366 de la República de Chile, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas resultó sustituida por la ley N° 20.000, promulgada el 2 de febrero de 2005 y publicada el 16 del mismo mes y año y en su artículo 4°, deja impune la tenencia para uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A su vez, la Ley N° 1340 de la República de Paraguay, del 20 de octubre de 1988, que modifica y actualiza la ley N° 357/72 y que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes en aquel país, regula en su artículo 30 la tenencia para exclusivo uso personal a la que deja exenta de pena. Algo similar sucede con la ley uruguaya 17.016 de estupefacientes, sancionada el 7 de octubre de 1998, promulgada el 22 octubre y publicada el 28 de ese mismo mes y año, que prevé en su artículo 3° la sustitución de los artículos 30 a 35 de la anterior normativa vigente por decreto ley 14.294 del 31 de octubre de 1974. En esa sustitución, se reemplazó el artículo 31 que en su parte pertinente refiere que quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal.

17) Que a su vez, ninguna de las convenciones suscriptas por el Estado Argentino en relación a la temática (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1917 y la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961) lo comprometen a criminalizar la tenencia de estupefacientes para uso personal. Antes bien, se señala que tal cuestión queda “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (artículo 3, inciso 2º; artículo 22 y artículos 35 y 36 de las mencionadas Convenciones, respectivamente) con lo que las mismas normativas de las Convenciones evidencian sin esfuerzo su respeto por el artículo 19 constitucional.

18) Que de conformidad con los argumentos desarrollados, corresponde aplicar al sub lite el estándar jurídico y la regla de derecho enunciados en “Bazterrica” ya citado. De ello se sigue que debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto. Por aplicación de este criterio la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del artículo 19 de la Constitución Nacional y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad.

La ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por aplicarle una pena o un tratamiento. Sin embargo, esta ley, en lo que hace a la habilitación del poder punitivo por parte del Estado para el supuesto de tenencia para uso personal, resulta redactada en forma casi idéntica a su predecesora, con lo que no ha logrado superar el estándar constitucional en la medida que sigue incriminando conductas que quedan reservadas, por la protección del artículo 19 de la Carta Magna, a un ámbito de privacidad.

Por todas las razones expuestas, el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737, debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes jurídicos de terceros, como ha ocurrido en autos, respecto de los recurrentes.

19) Que es cierto que el consumo que traiga aparejado una lesión a un bien jurídico o derecho de terceros o los ponga en concreto peligro, y la distribución de estupefacientes deben ser combatidos. También lo es que desde hace muchos años esta Corte ha señalado esa necesidad y no se ha advertido una política pública consistente y efectiva, con lo cual el problema no sólo no ha disminuido, sino que ha aumentado.

Hace veintitrés años, en “Bazterrica”, voto del juez Petracchi (Fallos: 308:1392) se dijo: “La droga es, indudablemente, una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas. Una de dichas consecuencias es la de que la diseminación y desborde del tráfico y consumo de estupefacientes ha adquirido un volumen tal y tan descomunal, que ha facilitado la conformación de un negocio económico administrado por consorcios internacionales que cuentan a veces con recursos que superan las posibilidades de los propios Estados. Es desgarrador además, el problema de las drogas desde el punto de vista individual, pues una creciente cantidad de víctimas de la adicción y narcodependencia ven sus vidas limitadas en múltiples sentidos, se encuentran con su salud física y psicológica seriamente afectada y, por tanto, su existencia, sumamente empobrecida...” y más adelante: “15) Que, según ya se ha

expresado, sin duda la actual difusión del consumo de drogas es una verdadera plaga, que resulta desastrosa su paulatina extensión hacia sectores menos protegidos de la sociedad: la infancia y la adolescencia, su consiguiente utilización en los centros educativos convertidos en lugares de suministro de estupefacientes y su influencia decisiva en la consolidación de una estructura económica de tráfico organizado, que adquiere fuerza suficiente para estar en condiciones de atentar contra los propios sistemas institucionales...” En el mismo considerando se decía: “En este sentido, nuestro país ha puesto en ejecución diversas políticas tendientes a asumir un papel protagónico en la lucha contra la difusión del narcotráfico, y una inserción activa en los organismos internacionales que, creados a esos efectos, ponen de manifiesto la universalidad de la preocupación por las infortunadas consecuencias de dicho tráfico. Es así como se ha organizado, a mediados de 1985, por decreto presidencial, la Comisión Nacional para el Control del Narcotráfico y el Consumo de Drogas, entidad específica abocada a la consideración de las soluciones posibles para los diversos aspectos del problema de las droga...”

Esta Corte reitera esta necesidad de combatir el tráfico de drogas, no a través de la persecución penal de sus propias víctimas, los consumidores, sino de los distribuidores. Cabe aclarar que ya en “Bazterrica” se decía que “Un consumidor que ejecute actos de ‘tráfico hormiga’, puede ser punible...” señalando claramente los límites del concepto de libertad.

Con relación al consumo, es cierto también que la adicción puede afectar la libertad personal, pero ello no justifica una intervención punitiva del Estado.

Por esta razón es que se justifica que esta Corte, a la luz de la decisión que hoy toma, se vea en la obligación de hacer recordar a todas las instituciones el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico; y a nivel nacional, la relevancia de aplicar una política de salud preventiva, información y educación y todo ello enfocado en los grupos más vulnerables, especialmente los menores.

Lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII “Villacampa” —que antecede—, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando 18, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1º a 9º del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 establece que será reprimido con **prisión de un mes a dos años** quien tuviere en su poder estupefacientes, siempre que por su escasa cantidad y demás circunstancias **surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal**. A su vez, y en lo que aquí interesa, el artículo 21 del mismo texto legal prevé que en el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. En su último párrafo dispone que si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, **el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia**.

En suma: una persona que posee estupefacientes para consumo personal es hoy en día criminalizada con pena de prisión que sólo puede ser reemplazada a criterio del juez —y por una única vez— por una medida de seguridad. Por lo demás, si el tratamiento fracasa la respuesta exigida vuelve a ser el castigo carcelario.

11) Que en primer lugar se impone el examen de validez de la norma cuestionada a la luz de la experiencia recogida durante los casi veinte años de su vigencia, pues aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos: 328:566 y sus citas).

Dicho de otro modo: estar a lo que se ha decidido previamente no sólo es un principio básico de la administración de justicia de aplicación prácticamente universal (conf. Cross Rupert, *Precedent in English Law*, Oxford University Press, 1961, pág. 4), sino también la especial consideración que debe existir respecto de la necesidad de certeza. Pero cuando esa necesidad de certeza en la aplicación de la ley, conduce a soluciones que —en punto a los límites de razonabilidad— no pudieron tener en cuenta elementos relevantes de la evaluación prospectiva que aporta la experiencia, mantener la doctrina establecida sin atemperar su rigor importaría incurrir, entre otras cosas, en un discurso autorreferente. A su vez, dicho déficit se traduciría en formas de argumentación que soslayan el examen de la realidad, con el consiguiente menoscabo —en cuanto punto medular en el sub lite— de la garantía consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

12) Que, precisamente, las lecciones de la experiencia conducen a realizar una serie de consideraciones acerca de la validez de una norma que, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido irrazonable, pues —como seguidamente se expondrá— no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción.

Estos nuevos datos de la realidad —transcurridos veintitrés años desde el dictado de los fallos “Capalbo” y “Bazterrica” (disidencia de los jueces Caballero y Fayt en relación al antiguo texto legal, Fallos: 308:1392)— conducen a una revisión de la doctrina allí sentada, en tanto indican con el rigor que una posible declaración de inconstitucionalidad —como *ultima ratio*— requiere, la ineficacia de aplicar sanciones penales o incriminar a la mera tenencia con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción.

En efecto, si bien la limitación del derecho individual no lucía irrazonable en su génesis y primer desarrollo, de los nuevos datos y otros no tan evidentes en los años ‘80 y ‘90, resulta la necesidad de reconsiderar, como se dijo, la doctrina sentada en el precedente.

Cabe recordar que en la disidencia mencionada se afirmó como *holding* que la presunción de peligro en la que se asentaba la figura descrita por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger (considerando 13). Más hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana.

13) Que a fin de realizar un examen completo de la cuestión por el que se fundamenta la conclusión antedicha, no debe olvidarse que ya en el precedente mencionado se afirmó que resultaba indudable que, para asegurar la libertad de conciencia, el ciudadano de la era de la dignidad del hombre debía ser protegido por el estado liberal (considerando 17). También se había indicado que el constitucionalismo actual reconoce como principio normativo la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que constituyen el fundamento del orden político y la paz social (Título I, artículo 10.1. de la Constitución Española de 1978; artículo 1º de la Grundgesetz de la República Federal Alemana).

Es decir, el problema siempre fue visto como un caso complejo y nunca fue negado que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico. Así se subrayó que la cuestión se relacionaba con las cualidades de racionalidad, autodeterminación de las voliciones, sociabilidad y dominio de sí, autonomía e independencia de coacciones externas y capacidad de elección, que al proyectarse socialmente se traducen en participación, como manifestación positiva de la libertad (considerando 17).

Son todos esos principios los que hoy nuevamente se conjugan y que, al realizarse el juicio de ponderación, se traducen en un resultado diferente. En efecto, hace veintitrés años se ha afirmado que el legislador consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro, tal como se detallará a continuación, que ese fin no se ha logrado y entonces se ha vuelto irrazonable una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el argumento que justificaba la exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de la autonomía personal.

14) Que los datos de la realidad han permitido demostrar que las razones pragmáticas en las que se sustentaba la doctrina establecida en las disidencias de “Bazterrica” y “Capalbo” y mantenida en el “Montalvo” (Fallos: 313:1333) respecto del nuevo texto legal, han perdido virtualidad. Como se adelantó, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con su comercio y arribar a resultados promisorios (considerando 26 del último fallo citado) que no se han cumplido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente.

Podrá decirse que dicho resultado —como cualquier otro fenómeno— no obedece a una única causa, pero al fracaso ya reseñado debe sumársele el hecho de que esta estrategia produjo, incluso respecto de los individuos en concreto criminalizados, efectos negativos claramente no deseados.

15) Que a modo ilustrativo sobre la situación actual, cabe reconocer que mientras el crecimiento desmedido del pasado a nivel global se ha aplacado, estudios realizados en países de Europa Occidental indican que en nuestra región se observa un aumento del consumo local (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009).

En este sentido, puede también citarse el informe de esta dependencia de Naciones Unidas correspondiente al año 2006 en el que se señaló que en nuestro país se ha detectado cierta

fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se ha transformado en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 129). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados (2006 World Drug Report, Naciones Unidas, Oficina de Drogas y Delito).

El mismo organismo pone de manifiesto en su informe del año 2007 que la República Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en “estudiantes secundarios” que consumen pasta base de cocaína conocida como “paco”. También el consumo de paco ubica a Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo (2007 World Drug Report, Naciones Unidas, Oficina de Drogas y Delito).

El informe correspondiente al año 2008 da cuenta de un aumento del consumo de opio en el país (pág. 60); mayor importación de precursores (pág. 68); aumento de secuestro de cocaína han sido reportadas por Bolivia, Chile, Uruguay y en menor medida por Argentina y Paraguay, lo que sugiere que el tráfico vía cono sur ha aumentado (pág. 73); la República Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77) y el segundo lugar de Sudamérica en consumo de cocaína (pág. 88); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165).

Esta tendencia que informa las Naciones Unidas también es confirmada por estadísticas nacionales oficiales. Así en la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, se ha realizado un análisis comparativo 2001-2005, cuyas conclusiones señalan que el consumo de psicofármacos sin prescripción médica y de solventes e inhalantes se ha incrementado. Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del 100% en las mujeres frente al 50% de los varones (Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, Informe Final de Resultados Área de Investigaciones, enero de 2006, SEDRONAR, Presidencia de la Nación).

A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el año 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, **especialmente entre la juventud** (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay; énfasis agregado).

Lo reseñado hasta aquí revela la contundencia con la que se ha demostrado la ineficacia de la estrategia que se vino desarrollando en la materia; en especial el hecho de considerar que perseguir penalmente la tenencia para consumo combatiría exitosamente el narcotráfico.

De tal modo, ha quedado demostrada cuán perimida resulta la antigua concepción de interpretar que toda legislación penal debe dirigirse indefectiblemente al binomio traficante-consumidor.

16) Que si bien se ha afirmado que la Corte no podría analizar si las penas conminadas para cualquier delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (“Capalbo”, disidencia de los jueces Caballero y Fayt, considerando 18), lo cierto es que una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra —como se dijo— un claro componente **de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible**, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga **carácter preeminente al señorío de la persona —siempre que se descarte un peligro cierto para terceros—**, sin desentenderse, a su vez, de la delicada y compleja situación por la que transita quien consume estupefacientes (especialmente quien abusa en su utilización).

Obviamente, todas estas afirmaciones suponen la existencia de una situación anómala extrema, cuya adecuada solución, que exhibe numerosas aristas —tal como se ha adelantado—, no es posible mediante una simple e inopinada sub-sunción legal. Por ello, si bien es cierto que los delitos que encuentran relación con el consumo de estupefacientes —tales como la comercialización o suministro— revisten una gravedad inconmensurable, el conflicto en que se halla expuesto el consumidor debe valorarse de manera especial.

Corresponde, entonces, que esta Corte se refiera nuevamente al sustrato constitucional que da adecuada solución al delicado caso examinado, a fin de ejercer el primero y el más elemental de sus deberes: el de ser custodio e intérprete supremo de la Constitución y los derechos y garantías en ella consagrados, conforme lo ha asumido desde los inicios de la organización nacional (Fallos: 1:340).

17) Que en efecto, lo que se encuentra en juego a la hora de tratar el tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal —a ello y sólo a ello se circunscribe el presente recurso— es la “adecuada protección de la dignidad (...), los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad”. Se trata de asegurar como derechos del hombre que nacen de su propia naturaleza, “la legítima defensa de la dignidad (...), la intimidad (...). A que su vida, su privacidad, (...) siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo” (conf. “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Fallos: 315:1492).

Con relación a este punto debe quedar perfectamente establecido —como ya se adelantó— que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental y se encuentra jurídicamente protegido; frente a él los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En efecto, además del **señorío** del hombre sobre las cosas, está el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir, los aspectos que configuran su realidad integral y su personalidad y todo ello se proyecta al plano jurídico como transferencia del individuo.

Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad

comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc. En rigor, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados” concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio (“Bahamondez”, voto de los jueces Barra y Fayt, Fallos: 316:479).

18) Que, como principio, al Estado —en tanto organización del poder político dentro de una comunidad nacional— le está impedida toda injerencia sobre el individuo —cuando como en el caso se desenvuelve en el marco de su autonomía—, soberano en su obrar, en su pensar y en su sentir. Esta protección alcanza a todos los individuos y es por ello que el propio artículo 19 citado habilita al Estado a intervenir sólo a fin de proscribir interferencias intersubjetivas.

Restablecido en su juicio el principio de señorío sobre la persona, es claro entonces que no se trata simplemente de la tensión entre dos intereses contrapuestos, pues no debe soslayarse que lo que aquí realmente se cuestiona es la intervención del Estado nada menos que sobre la **esfera íntima** del individuo —en cuanto ámbito de ejercicio de su autonomía personal—, la que a diferencia de la esfera pública —y aun de la privada— no admite ningún tipo de intromisión. La aceptación de esa injerencia convertiría al poder estatal en una verdadera deidad.

De ese modo se estaría negando, a su vez, la dignidad del hombre como imperativo categórico y se desdibujaría notablemente aquello que propugnaba Séneca —símbolo de la filosofía estoica— en una epístola dirigida a Lucilio: **“el hombre debe ser algo sagrado para el hombre”** (homo res sacra homini).

En este cometido, corresponde reiterar que el artículo 19 de la Constitución Nacional ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos, conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito de enervar los límites de aquélla. En este contexto vital, puede afirmarse que en una sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa (artículo 19 de la Constitución Nacional).

Más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se impugna que compele al sujeto involucrado a transitar el estigmatizante camino del proceso penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece así como la afectación a su dignidad. Ello por cuanto —como en cualquier otra causa en la que se investiga un delito— el acusado debe atravesar un iter necesariamente restrictivo de sus derechos que implica, entre otras cosas: ser detenido, verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro.

Por lo demás, se violentan sus sentimientos, en tanto a quien se encuentra ante esta problemática (medida curativa), o bien, como en el caso, el tribunal de mérito califica como simple principiante o experimentador (medida educativa), se lo somete a la invasión de su persona y su intimidad.

19) Que sumado a ello, debe recordarse que la norma que aquí se cuestiona **establece pena de prisión** que sólo facultativamente —y siempre que se trate de la primera vez— puede ser suspendida por una medida de seguridad educativa o curativa.

Precisamente, teniendo en cuenta que el poder punitivo no se manifiesta sólo mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que es ejecutada y la existencia de condiciones carcelarias adecuadas (cfr. “Maldonado”, voto del juez Fayt, Fallos: 328:4343), cabe advertir que quien padece una adicción e ingresa por tal motivo a una unidad penitenciaria buscará el reemplazo del objeto adictivo de cualquier modo. Dicha situación produce un empeoramiento en la adicción porque el condenado consigue dicho objeto —o su reemplazo— con las anomalías propias que implica acceder a ellos en un lugar de encierro. Por tanto, antes que mitigarse, el proceso adictivo se agrava. Ejemplo de ello son los serios desórdenes en otros aspectos de la salud que produce la sustitución de la sustancia, así como las dosis elevadas que se consumen —si se accede al estupefaciente— y que pueden ser letales ante la falta de periodicidad en la adquisición. Por lo demás, todo ello se refleja en un aumento de los focos de violencia ya característicos de los establecimientos carcelarios.

20) Que sentado lo anterior, es claro que las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de una causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos. **Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo**, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión.

Al mismo tiempo no debe desconocerse que “las drogas ilícitas siguen planteando un peligro para la salud de la humanidad” (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009).

Por ello, la grosera incongruencia que importa perseguir penalmente al consumidor de estupefacientes, no implica en modo alguno que el Estado deba autoexcluirse del tratamiento de la problemática.

En ese cometido, no debe soslayarse que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que la doctrina establecida en los precedentes mencionados se ha elaborado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.

21) Que la reforma mencionada —junto con nuevas concepciones a partir de la definición de la Organización Mundial de la Salud— condujeron a un desarrollo en el concepto del derecho a la salud en un grado tal que permiten observar que de haber contado con ese instrumento, bien pudo ser distinta la respuesta en los precedentes que hoy se revisan. En efecto, el derecho a la salud se encuentra reconocido con jerarquía constitucional merced a los tratados incorporados por el artículo 75, inciso 22 y el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de lograr progresivamente su plena efectividad obligándose “hasta el máximo de los recursos”.

22) Que desde esta perspectiva y en lo que específicamente hace a la cuestión aquí en estudio, cabe recordar —sin recurrir al arracimado de documentos internacionales en este sentido— que dentro de los objetivos que se incluyen en una mejor combinación de políticas públicas, se insta a los Estados miembros a promover el derecho a la salud de las personas que consumen estupefacientes y a que “luchen por el logro del **objetivo del acceso universal al tratamiento de la toxicomanía** como un compromiso para salvar vidas y reducir la demanda

de drogas” y, por tanto, como “uno de los mejores modos de [combatir] el mercado ilegal de drogas” (cfr. UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Informe Mundial sobre las Drogas, 2009, Resumen Ejecutivo; énfasis agregado).

Por otra parte, corresponde también poner de resalto que —entre las medidas que a efectos de asegurar el derecho a la salud se establecen— el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe que deben figurar las necesarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inciso c). El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone, a su vez, que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales. Lo propio establece el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Finalmente no debe soslayarse, que a partir de lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, el Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido, claro está, dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:3229; entre otros).

Desde esta perspectiva se asume claramente que la **“adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados”** (cfr. UNODC, Informe del año 2009 ya citado; énfasis agregado). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario —y mediante nuevos modelos de abordaje integral— que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias.

23) Que en conexión de sentido puede también sostenerse, que tal es el fin público que —amén de encontrarse incluso comprometido en el plano internacional— tuvo en miras el legislador al sancionar, por ejemplo, leyes como la 24.455 y la 24.754, en las que junto con otras normas federales que se han dictado en la materia, subyace la idea de la adecuada protección de la dignidad del individuo, la que por cierto debe elevarse por sobre cualquier otro tipo de respuesta.

En efecto, las normas antes mencionadas establecen, en uno de los aspectos que aquí importan, que tanto las obras sociales como las empresas de medicina prepaga, deben otorgar cobertura médico asistencial respecto de los **riesgos derivados de la drogadicción** (artículo 1º de la ley 24.455 y 1º de la ley 24.754).

Dichas disposiciones, así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria “vienen a constituirse en la expresión legislativa de la asunción por el Estado Nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y a la dignidad personal deben entenderse señeras del ordenamiento, como por otra parte, se insiste, lo dejaron establecido, por medio del artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, los constituyentes en ocasión de la última reforma” (Fallos: 324:754, dictamen de la Procuración General a cuyos fundamentos y conclusiones remiten los jueces Fayt y Belluscio).

24) Que, por lo demás, tales consideraciones posibilitan situar esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema desde la perspectiva de las acciones

positivas por parte del Estado. En este entendimiento esta Corte ya ha afirmado que los legisladores han pretendido alcanzar con medidas de acción positiva la situación de aquellos afectados por patologías como el S.I.D.A. o la droga (conf. dictamen citado al que remiten los jueces Fayt y Belluscio). No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud.

25) Que el derecho a la salud “no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil”. Como su correlato se ha afirmado que normas como la ley 24.754 “pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias, asentar a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales y a recientes o potenciadas patologías” (dictamen de la Procuración General citado al que remiten los jueces Fayt y Belluscio).

26) Que, en consecuencia, si lo que siempre ha prevalecido —y debe prevalecer— es el respeto por la dignidad humana, no puede menos que interpretarse ello en consonancia con el cambio acaecido a partir de la aludida reforma constitucional, que explícitamente incorpora a la salud como una garantía a cumplir por parte del Estado y que, en lo que a las prestaciones médico-asistenciales obligatorias se refiere, incluyen a la drogadicción y los riesgos derivados de ella, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación.

De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado —cuando no incoherente y contradictorio— de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta. Antes bien, la respuesta penal deja de lado las directivas constitucionales que rigen la materia y se desentiende del verdadero conflicto, entorpeciendo, cuanto menos, la cabal puesta en marcha de la red de tutela diferencial propiciada.

Por lo demás, de acuerdo a tales directivas y a las normas federales en juego que han comenzado a delinearlas, resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como “delincuente” —e ignorado en su problemática— no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención. A su vez, el sistema sanitario —escudado en la ajenezidad del problema— parece replegarse en servicios de salud poco flexibles para atender el espectro de cuestiones vinculadas con el uso y consumo de drogas.

27) Que en suma la evolución reseñada pone de resalto la imperiosa necesidad de un compromiso mayor de todas las partes interesadas, así como la ineludible obligación de promover la salud —y en especial la de los jóvenes— mediante una política sensata.

Las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal. Más aún, tal como señala el Informe Anual 2004 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías con sede en Lisboa (OEDT) que valoró el impacto de la legislación en materia de estupefacientes, el Consejo Nacional para la Delincuencia de Suecia había concluido que “no exist[ían] indicios claros de que la criminalización del consumo de drogas [hubiera tenido] efecto disuasorio para los jóvenes”.

De todos modos, más allá de la preocupación que una decisión de estas características genera respecto de que se encuentre acompañada de políticas sustentables, la sensatez que al

Poder Judicial como poder del Estado también se le exige, importa asumir lo paradójico que ha resultado la vía hasta hoy escogida.

El hecho de que la respuesta estatal no pueda darse en clave punitiva no implica reconocimiento alguno de la legitimidad del uso de estupefacientes, sino que al igual que otras sustancias, cuyo consumo no se incrimina penalmente, debe procurarse desde el Estado una atención preventiva y asistencial no interferida por el sistema penal. Declarar la inconstitucionalidad del castigo penal a un consumidor de drogas sólo importa admitir que la estigmatización e incertidumbre que supone verse inmerso en un proceso criminal constituye, también en este aspecto, una ilegítima intromisión a su señorío.

A su vez, es claro que la pena de prisión que está prevista ante el fracaso de las medidas que, por excepción, incluyó la ley 23.737 no puede entenderse como una forma válida de cumplir con la obligación constitucional de proteger la salud. Por el contrario, la salud que se dijo resultaba imprescindible proteger de manera primordial (in re “Capalbo”, disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308: 1392), se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro.

Sólo mediante una visión integradora que enlace las distintas variables antes señaladas —y atravesadas éstas siempre por la autonomía propia y sagrada de cada individuo— puede arribarse a la consecución de los fines que se pretendía.

28) Que sobre la base de las consideraciones precedentemente expuestas, corresponde concluir que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos en los que se encuentra inserto, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos de los individuos (conf. Fallos: 328:566 y sus citas).

29) Que frente a la decisión que hoy toma este Tribunal debe subrayarse el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones **para combatir el narcotráfico**, redireccionando los recursos que durante más de dos décadas estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades. En este sentido resulta elocuente que según una investigación relevada por el “Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes” creado por resolución 433/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en los últimos veinte años **sólo una de cada diez** causas iniciadas por infracción a la ley de estupefacientes lo fue por tráfico. El setenta por ciento de los expedientes lo fue por tenencia para consumo personal y el ochenta y siete por ciento se inició por tenencia de hasta cinco gramos de marihuana o cocaína incautada a varones jóvenes entre 20 y 30 años en la vía pública, que no portaban armas ni estaban cometiendo otro delito. A su vez, la persecución no se ha dirigido a delitos tales como el lavado de dinero y el ingreso de precursores químicos [acetona, efedrina, ácido clorhídrico, permanganato potásico, entre muchísimos otros, según la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Centro Internacional de Viena, Lista de Precursores y Sustancias Químicas utilizadas frecuentemente en la Fabricación Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas], cuando en América Central y del Sur parecen estar traficándose cada vez con mayor frecuencia (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009). Conclusiones similares pueden colegirse a partir de los datos suministrados por el Observatorio Argentino de Drogas dependiente de

la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico.

Como advertencia adicional, cabe observar que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos.

No debe perderse de vista que el narcotráfico es un problema “temible y desgarrador” (in re “Capalbo”, considerando 18 de la disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308:1392). Sin embargo, el estado de situación actual en la materia demuestra “de forma inequívoca, que las estrategias adoptadas hasta ahora no han dado resultados positivos” (Parlamento Europeo, debate sobre el informe (A6-0067/ 2004), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, relativo a una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la estrategia europea en materia de lucha contra la droga —2005-2012—).

Por ello, todos los esfuerzos en el ámbito penal deben estar dirigidos a mantener incólume el compromiso de cooperación en la represión del narcotráfico internacional, expresamente asumido por el Estado Argentino en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas aprobada en Viena en 1988 (ley 24.072, promulgada por decreto 608 del 09/04/92), reconociendo —como expresamente se encuentra previsto en dicha Convención— que “el tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional”. A tal efecto, el artículo 3 dispone que los Estados parte deben tipificar todo aquello relacionado con la comercialización de estupefacientes. Paralelamente, las Convenciones de Naciones Unidas no estipulan la imposición de penas por consumo, tal como se menciona con claridad en el Comentario Oficial de la Convención de 1988.

En el mismo sentido, esta Corte ha señalado que “(l)os delitos que afectan a la comunidad de las naciones como el narcotráfico internacional requieren razonablemente de un proceso multijurisdiccional basado en la cooperación judicial” (Fallos: 323:3055). En el mismo empeño, puede citarse a prácticamente la mayoría de los países de la región que a la par de haber despenalizado la tenencia para consumo personal, dedican los recursos disponibles a la persecución del tráfico de estupefacientes.

30) Que a ello, entonces, debe circunscribirse y reforzarse la persecución penal, pues, a su vez, toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto marco de una acción autorreferente. Ello por cuanto no es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma. No hay lugar para plantear dicha cuestión cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra (conf. John Stuart Mill, *On Liberty*, en Wasserstrom R., comp. *Morality and the Law*, Belmont, California, 1971, cap. III, págs. 92-93).

Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas (conf. doctrina de Fallos: 308:2236, citado en Fallos: 324:4433, voto del juez Fayt). Asumir aquella posibilidad implicaría considerar al delito como

síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada (conf. voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en Fallos: 318:1874 y disidencia del juez Fayt en Fallos: 313:1262, citados en Fallos: 324:4433). La Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno (voto del juez Fayt in re “Gramajo”, Fallos: 329:3680).

31) Que, por último, la solución a la que aquí se arriba —teniendo en cuenta, además, que el consumo afecta en mucho mayor medida a aquellos sectores sociales postergados que no encuentran en su entorno grupos de contención efectivos—, conduce inevitablemente a advertir sobre la necesidad de establecer políticas públicas en materia de prevención, promoviendo la difusión de la información, la formación de los recursos humanos entre los profesionales de la salud y de la educación, el debate acerca de nuevos modelos de abordaje que fomenten a su vez la participación mediante un enfoque integral (familias, entornos y de contexto general) y en los que se invierta en evaluaciones de calidad cuyo marco conceptual se encuentre basado en el desarrollo humano. Asimismo, en lo que respecta a la problemática específica de la adicción deben establecerse programas nacionales de salud asistenciales, que encuentren en el ámbito civil y administrativo el debido respaldo a la consecución de los fines que allí se perfilen.

Por las razones expuestas, es que se justifica que esta Corte se vea en la obligación de hacer recordar a las autoridades —y a todas las instituciones— la relevancia de desarrollar a nivel nacional programas de salud que atiendan a las problemáticas aludidas y de ese modo dar validez y vigencia a los Tratados de Derechos Humanos a los que el país está vinculado. Paralelamente, los actores del sistema penal deberán extremar el uso de sus facultades para cumplir con el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII “Villacampa” —que antecede—, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. CARLOS S. FAYT.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que según se desprende de los considerandos 1º a 9º del voto que encabeza este pronunciamiento, la situación planteada en la presente causa es sustancialmente idéntica a la que motivara mi voto en el caso “Bazterrica” (Fallos: 308:1392) y, con posterioridad —ya

bajo la vigencia del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 aquí en discusión—, mi disidencia en “Montalvo” (Fallos: 313:1333), cuyas consideraciones corresponde tener aquí por reproducidas.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII “Villacampa” —que antecede—, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance establecido en los precedentes a los cuales se remite, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAUL ZAFFARONI

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1º a 9º del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que para tomar una decisión respecto del caso en análisis, se debe examinar previamente los alcances y restricciones que el artículo 19 de la Constitución Nacional le impone al Estado, a fin de salvaguardar el ámbito de privacidad de las acciones individuales que no ocasionan lesión o peligro concreto a terceros.

11) Que desde los albores de nuestra ciencia constitucional, fue nada menos que José Manuel Estrada quien relevó su importancia como eje central de la Constitución, y afirmó certeramente el carácter intrascendente de nuestro derecho, o sea, la imposibilidad de que pueda ponerse al servicio de cualquier mito metahumano, concluyendo que “según la doctrina argentina, el papel de la potestad social se reduce a proteger derechos” (*Curso de Derecho Constitucional y Administrativo*, Buenos Aires, 1895, pág. 181). El mismo Estrada es quien señala que el artículo 19 consagra con claridad la separación del derecho y la moral individual, decidiendo de una vez y para siempre, entre el Estado que impone una moral y el que respeta el ámbito de libertad moral de la persona: a la primera actitud la califica de “pagana y socialista” y a la segunda de “cristiana y liberal” (loc. cit.).

12) Que es menester recuperar y consolidar el valor central de esta norma como viga maestra del derecho argentino, tal como lo hiciera no sólo el ilustre Estrada, sino también uno de los pioneros del penalismo nacional, Adán Quiroga: “ninguna verdad es más evidente para la ciencia penal: la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas; el ser ficticio que denominamos poder público, ha sido instituido para conservar y guardar el orden y la armonía de los derechos, los que no pueden alterarse cuando las acciones son puramente individuales, cuando no se ejercitan en la esfera de la vida de relación” (*Delito y pena*, Córdoba, 1885, págs. 36-37).

13) Que los maestros del siglo XIX nos recuerdan los muchos siglos de confusión y los torrentes de sangre que corrieron para llegar a esta conquista de la modernidad, tan

despreocupadamente despreciada en nuestros días por opiniones irreflexivas teñidas de posmodernismo con raro aroma a premodernismo, y con base en situaciones y necesidades, pretendidamente diferentes, pasando por alto que siempre fueron supuestas nuevas urgencias como pretextos legitimantes de todos los crímenes cometidos por los estados, cuando se les otorgó la oportunidad de desconocer la condición de ente moral como esencia de la persona.

14) Que el artículo 19 no arranca en 1853, sino que su vigencia e importancia para nuestra Constitución se refuerza aún más por su genealogía como norma que proviene de los primeros ensayos de organización constitucional de la República, o sea, que atraviesa como filosofía básica de nuestra Constitución todas las etapas precedentes, pues proviene de Monteagudo y del Presbítero Sáenz, consagrado en el Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815, del Reglamento Provisorio de 1817, del artículo 112 de la Constitución de 1819 y del artículo 162 de la Constitución de 1826 (cfr. Arturo Enrique Sampay, *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1975, págs. 10 y ss.; también Agustín De Vedia, *Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1907, pág. 100).

15) Que los antecedentes de la legislación nacional han sido desarrollados extensamente en el voto del juez Petracchi en la causa “Bazterrica” (Fallos: 308:1392, considerando 14) a los que me remito en honor a la brevedad. En el mencionado fallo “Bazterrica”, esta Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771 que, al igual que en la norma cuestionada en el presente, punía la tenencia de estupefacientes para uso personal.

16) Que el 21 de septiembre de 1989 se sancionó la ley 23.737, aún vigente, que en su artículo 14 segundo párrafo mantiene la prohibición y punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal, y en ese marco, y debiéndose expedir sobre el tema, esta Corte varió su jurisprudencia a partir de la causa “Montalvo” (Fallos: 313:1333), considerando punible esa conducta, y consecuentemente retomando el criterio anterior al dictado del fallo “Bazterrica”; criterio que, en términos generales, se ha mantenido hasta el presente.

17) Que si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1° de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno. En el presente caso no es necesario acudir a esta valoración, pero no sale sobrando verificar que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma cuestionada por parte de esta Corte la reafirma fuertemente, teniendo en cuenta que la decisión no sólo no lesiona, sino que habrá de operar a favor de la política criminal encaminada a la represión del tráfico y difusión de tóxicos prohibidos, seriamente obstaculizada en varios sentidos por la norma en cuestión.

18) Que el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme. Esta Corte, para pronunciarse, ha debido escoger una causa entre una escasa media docena que habían alcanzado la instancia extraordinaria sin encontrarse prescriptas, toda vez que, en la práctica, prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo.

19) Que no obstante los resultados descriptos, este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, sin que los procesos originados

lleguen a término en la forma que se supone que deben hacerlo todos los procesos penales. Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal, como lo demuestran los casi veinte años transcurridos desde que esta Corte revirtiera la jurisprudencia sentada en el caso “Bazterrica” (Fallos: 308:1392), con el dictado del fallo “Montalvo” (Fallos: 313:1333).

Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial. Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial el de aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas en los niños y adolescentes que logran recuperarse.

20) Que el procesamiento de usuarios —por otra parte— se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores.

21) Que, asimismo, el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso.

22) Que todas estas consideraciones político criminales refuerzan la esencia de la decisión de esta Corte, en el sentido de reafirmar como valor central de nuestra Constitución la norma del artículo 19 que, por cierto, trasciende con mucho el alcance de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal en el presente caso. El desconocimiento o debilitamiento de su vigencia hace tambalear las propias bases del sistema constitucional.

23) Que, en orden a lo dicho precedentemente, sólo cabe concluir que en el conflicto de normas planteadas en la presente causa, el artículo 19 de la Constitución Nacional resulta ser un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de libertades individuales de los habitantes, en tanto que el artículo 14, párrafo segundo de la ley 23.737 se le contrapone, en tanto conculca el ámbito de privacidad personal que el primero garantiza. Por lo tanto, sólo cabe declarar en el caso la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII “Villacampa” —que antecede—, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos

por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. E. RAUL ZAFFARONI

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 1º a 9º del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Tal como surge de los antecedentes que han sido reseñados, la defensa ha reclamado durante su actividad recursiva que se realice un examen basado en el artículo 19 de la Constitución Nacional que determine si la conducta por la que fueron condenados sus asistidos, calificada como tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737), se halla protegida por dicha cláusula constitucional. Esto es, si la tenencia en el bolsillo del pantalón de los imputados Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo y Mario Alberto Villareal de algunos cigarrillos de marihuana, hallados con motivo de la requisa de la que fueron objeto al ser detenidos por personal policial, y la posesión de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de dos paquetes de cigarrillos conteniendo algunos gramos de marihuana, que arrojaron a la vía pública al verse cercados por la policía, resultan acciones privadas, en los términos de la norma constitucional mencionada que dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

No obstante, esta insistencia ha fracasado, fundamentalmente porque las diversas instancias judiciales que han dictado sentencia consideraron que la defensa no introducía ninguna cuestión novedosa respecto de las que fueron tratadas por esta Corte en la causa “Montalvo” (Fallos: 313:1333) y que, tal como había sucedido en ese antecedente, correspondía dictar la condena de los acusados.

Cabe aclarar que la autoridad de “Montalvo” ha sido invocada por los tribunales de grado para justificar *en general* la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal y la consiguiente irrelevancia de cualquier análisis en particular sobre el modo en que fue realizada la conducta para decidir si ha sido o no una acción privada.

Esta circunstancia hace necesario establecer cuál es la regla de derecho que contiene “Montalvo” y, en su caso, en qué medida puede utilizarse ese antecedente para bloquear a priori el examen judicial de las razones que esgrime el recurrente para justificar la pretensión de que la conducta de cada uno de sus asistidos, en concreto y por las condiciones en que se llevó a cabo, fue una acción privada.

11) a) Según surge de algunos pasajes de “Montalvo”, “el procesado, junto con otra persona, era llevado detenido en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 grs. de marihuana...” (Fallos: 313:1333).

La mayoría argumentó que el Tribunal “en su actual composición” retornaba a la doctrina del caso “Colavini” (Fallos: 330:254) del año 1978, pues las mismas razones por las que en aquel entonces se había afirmado la validez del artículo 6º de la ley 20.771 que penaba a quien “...tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal”,

resultaban aplicables en el análisis del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, que conmina la misma conducta inclusive cuando por su “escasa cantidad” y demás circunstancias surgiere inequívocamente que la tenencia era para uso personal.

El argumento central de la sentencia fue que por ser la figura penal en cuestión un delito de peligro abstracto, la conducta allí descripta contenía implícita su trascendencia a terceros. Esa exteriorización estaría dada por el “efecto contagioso” de la drogadicción, esto es, por constituir un medio de difusión de la droga y por ser parte necesaria de la cadena de tráfico, cuestiones ambas vinculadas a asuntos de política criminal cuya evaluación, según se estimó, incumbía a otro poder del Estado.

Ahora bien, derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones.

Primero, porque si “Montalvo” hubiese resuelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución.

Es claro que ese tipo de análisis se enfrenta con la doctrina elaborada por esta Corte que supedita su actuación jurisdiccional a la existencia de un interés (particular o colectivo) al que la norma resulta aplicable. Precisamente, mucho antes de “Montalvo” e incluso de “Colavini”, se había consolidado la doctrina según la cual la jurisdicción de la Corte se ejerce en el marco de “causas” a las que aluden los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27 y, por lo tanto, “la impugnación de las leyes con base constitucional no puede contemplarse en abstracto” (doctrina de Fallos: 106:109; 182:398; 187:79; 190:142, 389; 252:328; 256: 602; 259:69; 304:1088; 311:2088; 317:335, 1224, entre otros). De ahí que declarada la inconstitucionalidad de una norma, ésta no pierde vigencia en general, sino en lo que respecta a la decisión del caso concreto; de modo simétrico, tampoco el rechazo de un planteo de inconstitucionalidad tiene como efecto la convalidación absoluta de la ley en cuestión para todos los casos posibles y la consiguiente inmunidad contra cualquier planteo posterior.

En segundo lugar, extraer de la retórica utilizada en aquel pronunciamiento una regla que afirme la validez en todos los casos del tipo previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, es erróneo, pues ello implicaría conceder a los términos generales contenidos en el fallo un alcance impropio.

En efecto, también la Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así en la resolución tomada en el expediente “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo” (Fallos: 33:162) sostuvo que: “Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...”

Este distingo responde a la diferencia entre las expresiones generales u *obiter dicta* y aquellas otras que conforman el argumento central que sustenta la decisión. Las primeras,

de acuerdo con “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”, no pueden ser utilizadas para obligarla en otras decisiones. Así, según lo explicado precedentemente, la pretensión de convalidar de manera general y absoluta una norma legal carece de toda fuerza vinculante.

b) Por lo tanto, “Montalvo” sólo sería un precedente con peso en la presente decisión si contuviese una descripción de los rasgos que el Tribunal estimó relevantes en la acción del acusado para concluir que era dañina hacia terceros y que puedan ser comparados con las características de las conductas probadas en esta causa.

Sin embargo, la brevedad de las referencias al caso concreto que contiene la sentencia mencionada hace imposible conocer si hubo aspectos del comportamiento concretamente realizado por el imputado que influyeran en su consideración como ofensivo hacia el orden y la moral pública o los derechos de terceros. El pronunciamiento hace apreciaciones generales sobre el carácter “contagioso” del consumo de droga y en torno al puesto que necesariamente ocupan los compradores en la cadena de “tráfico”.

Lo primero no está seguido por una identificación de las circunstancias que tienen la propiedad de producir el temido contagio, es decir, sobre el modo en que Montalvo podía lograr ese efecto teniendo droga entre sus ropas o de alguna otra manera que estuviese presente en su comportamiento. En relación con lo segundo, debe decirse que el significado de “tener” droga no incluye el haberla comprado. Si la exteriorización de la conducta reprochable consistió en ser parte de la cadena de tráfico como comprador, entonces debería haberse probado dicho extremo y apoyado en esa circunstancia la afirmación de que la conducta de Montalvo no resultó inocua para terceros. Cabe insistir en lo siguiente: cualquiera sea el elemento de juicio que se tome como pauta para restar carácter privado a una acción como es la mera tenencia de estupefacientes se trata de un elemento cuya presencia no es necesaria, sino contingente y, por lo tanto, es un dato que ha de ser debidamente probado para entrar así en la consideración del tribunal.

Como se ha visto, esta falta de precisión sobre las razones que llevaron a la conclusión de que la conducta de Montalvo no estaba protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, impide la formación de un estándar aplicable a otros casos. Por lo tanto, aquella decisión, así como su mayor o menor acierto, está confinada a la causa en que fue dictada.

A mayor abundamiento, y respecto de las posibles interpretaciones de las que ha sido objeto “Montalvo”, me permito una última reflexión.

Debe recordarse que no son las intenciones que abrigan los jueces que suscriben el fallo de la Corte lo que vale como precedente, sino la regla que sirvió de base a la decisión que efectivamente se tomó. Por eso, más allá de tales intenciones y de los efectos desencadenados a partir de su pronunciamiento, corresponde hacer una distinción. Si el argumento utilizado en “Montalvo” es interpretado, como lo he hecho antes, en el sentido de que el daño a terceros está implícito en la *definición* del delito, no merece objeciones de peso, salvo que ello no agrega demasiada información puesto que, explícita o implícitamente, ello sucede con todas las normas que establecen delitos; lo contrario las pondría en una colisión literal y manifiesta con el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, esto nada nos dice sobre la verificación en el caso de un daño o peligro para terceros.

Sin embargo, distinta es la valoración que merecería ese argumento bajo la inteligencia de que el daño a terceros está implícito no en la definición, sino en el hecho de tener estupefacientes, en la conducta misma, puesto que es humanamente imposible contar con

una previsión exhaustiva sobre todas las características de los hechos futuros como para poder afirmar *a priori* que todos ellos producirán un daño a terceros.

Ahora bien, por lo general las leyes penales que establecen delitos brindan algunas pautas sobre la dirección que debe tomar el examen sobre los efectos dañinos de la acción ilícita, sea describiendo los rasgos principales de la víctima o, al menos, de las derivaciones o consecuencias que han de seguirse de la acción criminal. De ahí que no es frecuente que un análisis constitucional de este tipo se proponga respecto de otros delitos. Así, por ejemplo, una acción que se comete dentro de la cadena de comercialización de estupefacientes no contiene precisiones sobre las víctimas, pero sí incluye, entre los caracteres definitorios del comportamiento delictivo, el hecho de que está orientado, en última instancia, a la provisión de sustancias prohibidas a consumidores generalmente indeterminados cuya salud es la que se busca proteger. Sin embargo, la prohibición del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, no incluye, a diferencia de otro tipo de delitos, ninguna referencia o precisión sobre quienes serían las víctimas de la acción consistente en consumir estupefacientes o, al menos, cómo es que estos últimos podrían afectarlas. Más aún, incluye dentro del ilícito los casos en que probadamente no habrá ninguna otra persona involucrada salvo el consumidor mismo. Por ese motivo, es significativa la probabilidad de que dentro de la definición legal puedan haber conductas que no se conectan en absoluto, o lo hacen de una manera excesivamente vaga e imprecisa, con algún efecto dañino sobre los intereses individuales o generales que busca proteger la ley 23.737.

Si se combinan las dos cosas, a saber, la humana imposibilidad de predecir con certeza cómo serán los hechos futuros y la indeterminación con que está definido el delito de tenencia de estupefacientes en lo concerniente justamente a cuáles son los efectos sobre los intereses ajenos, se explica por qué motivo “Montalvo” no puede ser interpretado como una barrera inexpugnable para que los jueces decidan en cada caso si el acusado llevó a cabo una acción privada o no.

12) Por lo que se lleva dicho y regresando a la proposición inicial, si bien puede sostenerse que al analizar el caso la mayoría concluyó que la conducta de Montalvo tenía aptitud para dañar a terceros y por lo tanto escapaba a la protección del artículo 19 de la Constitución Nacional, el fallo no ofrece ninguna pauta para examinar si en casos como el que hoy estamos juzgando el comportamiento probado de los imputados constituye o no una acción privada protegida por aquella norma constitucional.

Ahora bien, en atención a que como ya se ha dicho, hay una multiplicidad de acciones posibles de infringir el tipo penal, a fin de determinar si en el caso que aquí se examina la conducta se trata o no de una acción privada, resulta necesario recurrir a las decisiones anteriores que se han tomado al respecto, y a través de un examen integral, detectar qué elementos han resultado de trascendencia para resolver los casos en uno u otro sentido.

En primer lugar, debe mencionarse el caso “Bazterrica” (Fallos: 308:1392). Según la referencia que contiene en relación a los hechos que motivaron la sentencia condenatoria recurrida, durante un allanamiento en su domicilio la policía encontró marihuana en poder del imputado. En aquel fallo se declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal; en tal sentido, se señaló que en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, estaba amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional. Siguiendo ese criterio, la mayoría de los ministros consideró que

el comportamiento de Bazterrica, consistente en tener en su domicilio droga que, dada su cantidad, resultaba inequívocamente para consumo personal, no tenía aptitud para interferir con acciones legítimas de terceras personas, dañar a otros, o lesionar más que la “moral privada” de un conjunto de personas y, por lo tanto, integraba las acciones privadas protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La aplicación de la regla de derecho con base en la cual se decidió “Bazterrica” fue utilizada en sentencias subsiguientes, construyéndose una línea de interpretación constitucional discernible sobre el tipo de conductas que podían considerarse privadas y que básicamente estuvo centrada en el carácter ostensible de la tenencia en pequeñas cantidades.

Así se entendió que constituían acciones resguardadas por el artículo 19 de la Constitución “el transportar 54 gramos de hoja de marihuana debajo de un suéter, en momentos en que circulaba como pasajero de un taxi (“Capalbo”, Fallos: 308:1392); cuando fue necesario revisar las pertenencias a la imputada para encontrarla (“Noguera, María Marta y otras”, Fallos: 310:294), cuando la marihuana (0.66 gramos) se encontraba dentro del armario del living-comedor del domicilio (“Giménez, Nancy Gladys y otros”, Fallos: 311:185) y en un caso en que fueron halladas cinco colillas de cigarrillos de marihuana en el domicilio del imputado (“Rossi, Emilio Fabián”, Fallos: 312:2475).

Por el contrario, se consideró que la conducta del condenado no era una acción privada cuando “fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público —plaza San Martín—” (Fallos: 310:2836), o en un caso en que el imputado fue descubierto con marihuana en su poder “en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo con tres acompañantes, a quienes no sólo había invitado a consumir la droga, sino además había logrado que uno de ellos aceptara el convite” (“García, Alejandro Marcelo y otros”, Fallos: 311:2228). Tampoco se encontraba resguardada la conducta de quien poseía marihuana en el interior de dos bolsos y en distintas cajas de fósforos, cuando “Gerstein —en concordancia con Gabriel Pereyra, quien ocasionalmente cohabitaba con ella— no sólo reconoce la posesión de estupefacientes sino que admite también que, parte de éste fue consumido en su departamento por distintas personas quienes, incluso, armaron algunos de los cigarrillos secuestrados” (“Gerstein, Myriam Noemí”, Fallos: 311:2721), ni la conducta de quien fumaba marihuana mientras caminaba “sin rumbo fijo” con un amigo (“Fiscal c/ Ideme Galesi, Daniel y Galesi, Alberto”, Fallos: 312:587), ni la de quien tenía la droga para consumirla en un lugar público. En esta ocasión, el condenado fue detenido al presentarse en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisa de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana (“Di Capua, Sergio Héctor”, Fallos: 312:1892).

13) La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional.

Por otro lado, y aunque este dato es un indicio relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión. Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionado con la existencia de actos de exhibición en el consumo. Esto no se cumple cuando la acción ha sido descubierta no por la tenencia de la droga en sí sino por un hecho ajeno a esa conducta. Por último, también ha

tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder de la/el imputada/o.

Este es el panorama completo en el que debe insertarse la decisión en la presente causa, pues en coincidencia con los argumentos expuestos en “Bazterrica” entiendo que cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes).

En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en “Bazterrica” implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

14) En el caso de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo y Mario Alberto Villarreal el hecho por el que fueron condenados guarda similitud con las circunstancias tomadas en cuenta por esta Corte en el precedente “Noguera”, al que ya se ha hecho referencia más arriba, en el que la tenencia de droga destinada al propio consumo “no era ostensible, pues debieron revisarle las pertenencias de la procesada para encontrarlos”.

En efecto, según se ha dado por cierto en la sentencia, la escasa cantidad de droga incautada estaba destinada al consumo personal y el hallazgo no fue producto de la realización de cualquier otro acto con la droga que excediese una tenencia reservada, vedada al conocimiento de terceros, y que los imputados mantuvieron así hasta ser requisados por el personal policial.

En estas condiciones, la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros.

Las mismas consideraciones cabe hacer respecto de la situación de Gustavo Alberto Fares y Leandro Andrés Cortejarena, puesto que se trata de una cantidad reducida que también se atribuyó en la sentencia al consumo personal y que fueron imputados sólo por esa acción. Por cierto los nombrados al percatarse de la presencia policial, dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado, sin embargo, el contexto en el que se produjo el hallazgo no alcanza para considerar su conducta con aptitud para afectar derechos de terceros. Ello pues la razón de su detención, al igual que la situación analizada respecto de los otros tres imputados, no fue la realización de actos que puedan ser considerados como ostentación, sino que ambos mantuvieron la droga en su esfera íntima hasta que se desprendieron de ella inmediatamente antes de ser detenidos, es decir, sólo anticiparon el hallazgo que de todas formas se hubiera producido en la requisa de la que iban a ser objeto.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII “Villacampa” —que antecede—, se resuelve: I) Hacer lugar a

la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando 13, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY.

Derecho a la vida - Asistencia profesional - Atención médica - Salud - Ambito de privacidad - Secreto médico - Confidencialidad.

Baldivieso, César Alejandro s/ causa N° 4733. 20/04/2010.

Antecedentes:

César A. Baldivieso ingresó al Hospital y tras diagnosticársele una obstrucción intestinal producida por la presencia de cápsulas (que más tarde se determinó contenían clorhidrato de cocaína), fue intervenido quirúrgicamente. En esa circunstancia se le extrajeron de su cuerpo trece envolturas y otras tantas expulsó naturalmente. Todas ellas fueron incautadas por personal policial al que los médicos del nosocomio habían puesto sobre aviso. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal lo condenó a la pena de cuatro años de prisión por el delito de Transporte de Estupefacientes, contra lo cual el imputado interpuso recurso de casación, que fue rechazado.

Articulado y denegado el recurso extraordinario, la defensa interpuso queja ante la Corte. El Tribunal, con el voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni —quienes citan especialmente el Fallo plenario dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional “Natividad Frías” (26/08/1966)—, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada, declaró la nulidad de lo actuado y absolvió a Baldivieso del delito de transporte de estupefacientes. Los jueces Highton de Nolasco y Petracchi, en su voto concurrente, coincidieron con la mayoría.

La jueza Argibay, también en voto concurrente, no hizo aplicación del fallo plenario “Natividad Frías” sino “Zambrana Daza” (Fallos: 320:1717), sostuvo que dada la protección que le acuerda el artículo 18 del texto constitucional a la “vida privada” —comprensible del “propio cuerpo”— resultaban aplicables al caso las normas que refieren a la restricción legal a la privacidad en la función que compete al Estado de prevenir y sancionar la comisión de delitos, conforme a las cuales los profesionales médicos intervinientes en el caso, además de no encontrarse obligados a dar noticias a la policía, tenían prohibido hacerlo, ya que ninguna alegación se había hecho de que estuviesen presentes algunas de las circunstancias que relevasen a los médicos del secreto.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Derecho a la confidencialidad. Secreto profesional. Asistencia de un profesional de la salud. Interés del Estado en la persecución de delitos. Ponderación. Dignidad humana. Sistema republicano.** (Voto de la mayoría. Voto de los jueces Highton de Nolasco y Petracchi).

Estándar aplicado por la Corte:

- La ponderación entre el derecho a la vida de todo habitante de la Nación que requiere asistencia de un profesional de la salud y el interés del Estado en la persecución de los delitos, no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional.

- La dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general.

- El principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado.

Texto del Fallo:

Dictamen del Procurador General:

Suprema Corte:

I. La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de César Alejandro Baldivieso, quien había sido condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta a la pena de cuatro años de prisión por el delito de Transporte de Estupefacientes. Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibles, ante lo cual se interpuso la presente queja.

II. Los hechos que dieron lugar a la condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta tuvieron origen el 20 de octubre de 2002, cuando a las 10:30 hs., Baldivieso ingresó para su atención a la guardia de emergencias del Hospital San Bernardo donde, luego de ser asistido por distintos profesionales, se le diagnosticó la ingesta de elementos extraños; luego pudo determinarse que se trataba de cápsulas que contenían clorhidrato de cocaína.

Si bien no surge con claridad de qué modo el agente de policía Torres, que se encontraba en servicio en el lugar, tomó noticia de estas circunstancias y las comunicó a la suboficial ayu-

dante Andrea Carolina Yapura, cabe presumir que esa información privilegiada fue divulgada por los médicos tratantes.

III. La defensa técnica de Baldivieso plantea, básicamente, dos agravios. El primero de ellos consiste en que al utilizarse como prueba todas aquellas circunstancias que surgieron de la comparecencia del imputado a un hospital público, se violó la garantía constitucional que protege contra la autoincriminación. En efecto, según sostiene esa parte, la “decisión” de Baldivieso de concurrir a ese establecimiento no era libre, ya que careciendo de medios para pagar una atención privada, y ante el riesgo que corría su salud, no pudo optar por otra alternativa, con lo cual la situación forzó una conducta de autoincriminación.

Por otra parte, los recurrentes fundaron con más precisión que el origen del procedimiento estaría viciado porque tendría su punto de partida en la revelación ilegítima de un secreto profesional. De esa manera, a través de la regla de exclusión, correspondería disponer el dictado de la nulidad de todo lo actuado. También argumentó, de manera similar a la del primer agravio, que el imputado no pudo optar por asistir a un médico privado, en cuyo caso la solución respecto a la violación del secreto médico no habría sido puesta en duda. En ese sentido criticaron la interpretación jurisprudencial del derecho positivo que consiste en sostener que el médico que es funcionario público por desempeñarse en un hospital público no está sujeto al secreto médico (o incluso está obligado a denunciar), mientras que el médico que atiende privadamente tiene el deber de guardar silencio. También forma parte de la argumentación de la defensa respecto del agravio relativo a la ilicitud de un procedimiento iniciado en violación de un secreto médico, la comparación entre los bienes jurídicos protegidos por el secreto (la intimidad y, mediatamente, la integridad física y la vida) y el interés en la persecución penal de delitos ya cometidos. En esa comparación, según la defensa, prepondera sin dudas el primer conjunto de bienes jurídicos.

IV. Considero que los agravios planteados por la recurrente suscitan cuestión federal, tal como lo entendió la mayoría de V.E. en un supuesto análogo (Fallos: 320:1717, considerando 5º), pues tanto en ese precedente como en este caso se trata de establecer la legitimidad de la prueba obtenida en un proceso seguido por infracción a la ley que reprime el tráfico de estupefacientes, a partir de la asistencia médica brindada en un hospital público al imputado que concurrió allí a requerir su atención, lo que conduce a establecer el alcance de las garantías del debido proceso legal y la prohibición de autoincriminación, en una causa instruida por delitos de naturaleza federal.

Si bien la crítica que se funda en el respeto al derecho a la intimidad a través del amparo al secreto médico aparece mayormente desarrollada recién en el escrito de queja, entiendo que tal circunstancia no constituye óbice para su consideración, por reconocer su fundamento en las mismas garantías constitucionales invocadas en el recurso, respecto de cuya interpretación la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes (conf. Fallos: 307:1457; 308:647; 319:3040, entre otros).

En efecto, el núcleo del agravio consiste en que no puede utilizarse la información aportada por el imputado al concurrir a un hospital público y revelar, directa o indirectamente, su conducta anterior ilícita. En ese sentido, las alegaciones relativas a la violación de la garantía contra la autoincriminación y la violación del secreto médico son dos especies diferentes del género común de la imposibilidad de valorar la información y los elementos de prueba obtenidos a partir de la actividad del propio acusado de concurrir al servicio de asistencia médica pública.

Tampoco paso por alto que el Tribunal ya se pronunció sobre esa cuestión en el recordado precedente de Fallos: 320:1717. Sin embargo, con base en ciertos aspectos que, según lo aprecio, no han sido entonces materia de análisis, habré de proponer una solución diferente sobre el punto.

En tal sentido considero conveniente recordar que el secreto médico es un dispositivo tendiente a asegurar la intimidad relativa a un ámbito privado como lo es la información acerca del propio estado de salud psicofísica. El carácter privadísimo de esa información y la sensibilidad de sus revelación convierten a este ámbito de la intimidad en constitutivo de la dignidad humana. V.E. ha reconocido, en un importante precedente (Indalia Ponzetti de Balbín v. Editorial Atlántida S.A., Fallos: 306:1892), que el derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Allí V.E. sostuvo explícitamente:

“Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.” (considerando número 8).

Deviene entonces necesario discernir si, en el caso, y según los parámetros contenidos en el precedente citado, debía preponderar el derecho a la intimidad o si existía un interés superior que lo limitara.

De la respuesta a tal interrogante dependerá si, en el caso, la noticia dada por el médico tratante implicó alguna violación de los derechos de la intimidad del paciente (posteriormente imputado) y, por lo tanto, si el proceso que se inicia en su contra tiene su origen en un acto jurídicamente nulo que convierte a todo el proceso en ilegítimo o si, contrariamente, se trató de una conducta ajustada a derecho.

En definitiva, como otras tantas veces, debe decidirse qué interés, por ser más profundo, es preponderante: si preservar el secreto médico (lo cual, como se verá, no recibe exclusivamente una argumentación relativa al derecho de la persona en concreto portadora del derecho, sino más bien otra trascendente) o promover el castigo penal de los delitos relativos a la tenencia y tráfico de estupefacientes.

V. En tal sentido cabe destacar que el secreto médico está protegido penalmente, en tanto la divulgación sin justa causa, por parte del médico tratante, de los secretos confiados por su paciente —relativos a su salud— o de cualquier dato médico obtenido por el profesional en el marco de la consulta y tratamiento tiene prevista una pena (artículo 156 del Código Penal).

A su vez, el artículo 177 del código de forma establece que: “tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que los

conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”.

Según lo veo, en el caso no tiene aplicación el deber que impone el inciso 2 de esa disposición, pues los delitos relacionados con los estupefacientes no están comprendidos dentro de las categorías allí mencionadas sino, en todo caso, en aquellos que afectan la salud pública.

En efecto, si bien la ley 23.737, complementaria del Código Penal, no menciona en un título cuál es el objeto de su protección, la revisión de sus tipos penales no arroja una interpretación favorable a la idea de que castiga conductas de daño directo a terceros en el sentido de que estas conductas impliquen de manera inmediata un ataque a la vida o la integridad física. Más bien se trata de figuras de peligro o de lesión a la salud pública. Esta interpretación se ve respaldada, además, por el hecho de que la ley 23.737 al incorporar algunos artículos al Código Penal, lo hace en el Título VII “Delitos contra la seguridad pública”, Capítulo IV “Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas”. En esencia, esos delitos incorporados al Código Penal coinciden materialmente con las conductas penadas directamente por la ley 23.737 en tanto se trata del suministro de sustancias capaces de producir un daño en la salud.

Pero además, incluso en los casos de delitos contra la vida, el deber de denunciar decae si los hechos conocidos están bajo el amparo del secreto profesional, cuyo alcance se torna entonces necesario determinar.

Por otra parte, si se repara en que la violación de ese límite puede resultar inculpada, aquella inteligencia debe ser establecida conforme al principio de legalidad. Por lo tanto cabe concluir en que el deber enunciado en el inciso 2 rige, entonces, solamente en caso de delitos contra la vida y la integridad corporal, y no es posible una extensión analógica del deber a la denuncia de otros delitos.

Respecto del inciso 1, pienso que el punto de vista relativo a que los médicos de hospitales públicos, en su rol de funcionarios, estarían obligados a llevar a cabo las denuncias —más allá de la forma en que se interprete el inciso 2— no puede ser fundamentada concluyentemente, pues no hay razones para considerar que las previsiones expresas del inciso 2 respecto de los médicos y el secreto profesional no deben ser consideradas válidas también respecto del supuesto del inciso 1.

Así se desprende de las enseñanzas de Soler, cuando sostenía que esa cuestión “ha suscitado algunas dudas con respecto a los médicos empleados en hospitales públicos. Pero la admisión del principio contrario importa sancionar directamente un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurren a la Asistencia Pública o a los hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, al mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito, sería posible, en su consultorio, comprarle, junto con la tarjeta, el silencio profesional considerado por todos, en ese caso, como obligatorio. La obligatoriedad del secreto no depende en absoluto de la forma gratuita o remunerada con que fue prestado, sino de la naturaleza misma del socorro, de su carácter necesario, y esta condición la tiene tanto el socorro del médico particular como el del médico empleado, y aun es más frecuente que la intervención de los servicios públicos tenga lugar en situaciones extremas” (Derecho Penal Argentino, Tea, Buenos Aires, 1946, Tomo IV, pág. 146).

Otra razón que se opone fuertemente a esa interpretación consiste en que el inciso 1 regula el deber de denunciar para todo funcionario público en general, y cuando el legislador quiso regular explícitamente lo relativo al deber de denunciar en el ámbito de la consulta médica, lo hizo explícitamente en el inciso 2, en el cual, en realidad, dejó en claro que el deber de denunciar tenía como límite (además de que se tratara de los especiales casos de los delitos contra la vida y la integridad física) la supremacía del secreto profesional. En ese caso, el legislador no necesitó hacer una diferencia entre el funcionario público y el médico no funcionario, ya que al estatuir un deber especial a cargo del no funcionario, el estado lo inviste de una posición cuasi-funcional, o dicho de otra manera, le atribuye un deber institucional que no es posible de distinguir del deber que tiene un funcionario.

Pero sea como fuera, más allá de las interpretaciones propias de la redacción legal, lo cierto es que la decisión de la cuestión no puede depender de interpretaciones técnicas sobre el alcance de los preceptos que estén basadas meramente en la interpretación de la letra de la ley. Como ya lo adelanté, la decisión de la cuestión depende, a un nivel más profundo, de la contraposición de dos derechos. Por un lado, el derecho a la intimidad de la persona que busca el auxilio de un médico, y por otro lado el interés legítimo del Estado en la represión del delito. Este es el conflicto que hay que resolver, más allá de las interpretaciones normativas estrechas de los artículos 156 del Código Penal y 177 del Código Procesal Penal que, por lo demás, difícilmente aclaren de manera concluyente la cuestión.

VI. Siempre en el afán de resolver satisfactoriamente ese conflicto, quiero ahora destacar que la confidencialidad médico-paciente, asegurada mediante el deber impuesto al primero de ellos de no revelar datos sobre el estado de salud de las personas a quien atiende, es una institución cuyos orígenes parecen remontarse ya a Hipócrates, quien en la formulación de su célebre juramento incluyó el carácter secreto de la información acerca de los pacientes (conf. M. Kotler, E. Witztum, R. Mester y B. Spivak, *Medical Confidentiality in the New Israeli Patients' Rights Act (1996): Does it Add or Detract?*, *Medicine and Law*, v. 19, 2000, ps. 113 y ss., p. 113). Sobre la indudable existencia de la institución del secreto médico, no sólo recogida en todo código de ética médica y Ley de Ejercicio de la Medicina (artículo 11 de la ley 17.132), sino arraigada uniformemente en la práctica cotidiana ya como un entendimiento tácito, no es necesario extenderse más. Sí es relevante, para las ponderaciones que tienen peso en la decisión de la cuestión, detenerse en las modernas formas de fundamentación del derecho a la intimidad que se protege con el secreto médico.

El valor del secreto médico como institución ha sido fundamentado a través de argumentaciones tanto deontológicas como utilitarias (conf. Sabine Michalowski, *Medical Confidentiality for Violent Patients? A Comparison of the German and the English Approach*, *Medicine and Law*, vol. 20, 2001, p. 569 y ss. p. 571). En efecto, el derecho del paciente a tener una esfera privada en lo relativo a su condición psíquica y física puede considerarse como un derecho personal y por lo tanto digno de protección como bien en sí mismo. Pero también es frecuente la argumentación de la necesidad de mantener intangible el secreto médico en los casos individuales como manera de proteger el bien común —trascendente al derecho individual— de una correcta administración de tratamientos médicos, y con ello, por supuesto, asegurar el bien de la salud pública. El razonamiento, explicado de otra manera, consiste en lo siguiente. Mediante el aseguramiento a cada paciente en concreto de que se conservará su secreto médico, se consigue el bien general consistente no ya (solamente) en la protección del secreto de ese paciente que fue celosamente guardado, sino que se promueve la confianza general de que habrá confidencialidad. De esa manera, al fortalecerse ese sentimiento, se maximiza la frecuencia de la recurrencia de los pacientes al tratamiento médico, que se vería disminuida,

por el contrario, si no fuera esperable que los datos íntimos serán mantenidos con carácter privado. Por lo tanto, se promueve la salud pública.

Ambas argumentaciones pueden verse entre muchos otros lugares en el fallo del Tribunal Constitucional Alemán del 8 de marzo de 1972 (BverfGE 32, 373). Respecto de la fundamentación a través de la idea del secreto como un derecho personal, esa corte sostuvo la raigambre constitucional del derecho a la privacidad con un argumento fácilmente trasladable a cualquier país con una constitución liberal protectora de los derechos fundamentales. En efecto, el derecho a una esfera de intimidad se relaciona con el derecho humano básico al libre desarrollo de la personalidad y la intangibilidad de la dignidad humana, que debe permanecer protegida respecto de intromisiones estatales (BverfGE 32, 373, p. 379 y s.) El Tribunal también sostuvo, por otra parte, el argumento utilitarista relativo a que la confianza individual en que lo conocido por el médico será mantenido en secreto promueve a nivel general el sistema de prestación de salud (fallo citado, p. 380).

La argumentación relativa al efecto general, promotor de la salud pública, es también explicada por Gostin (Lawrence Gostin, *Health Information Privacy*, Cornell Law Review, v. 80, 1995, ps. 451 y ss., p. 511) quien sostiene que la ley que protege la confidencialidad está justificada en la necesidad de desarrollar la confianza en el médico, de tal modo que los pacientes se sientan libres de revelar los aspectos más íntimos de sus vidas; por lo tanto, según el autor, la confidencialidad está diseñada para promover el proceso terapéutico, y para fortalecer los vínculos médico-paciente como un bien social general. Daniel Shuman (*The Origins of the Physician-Patient Privilege and Professional Secret*, Southwestern Law Journal, v. 39, 1985, ps. 661 y ss., nota 13) ubica la primera formulación del argumento utilitarista en el año 1847, en el Código de Ética de la Sociedad Médica Americana.

Por supuesto que, como sucede en el ámbito de todo derecho, fundamentado de la manera que fuera, pueden existir otros intereses que compitan con él por la supremacía y, frente a los cuales, deba ceder, como podría ocurrir si se encontrara comprometida la integridad física o la salud en concreto de otra u otras personas cuyo resguardo dependiera de la divulgación de informes médicos confidenciales.

También respecto a las argumentaciones utilitarias se precisó en alguna ocasión, que el derecho a la intimidad debía ceder ante un interés mayor, aun cuando se admitiera que la confianza de los individuos en la confidencialidad del tratamiento se viera menoscabada. La Suprema Corte de California, en el fallo del 1 de Julio de 1976, "*Vitaly Tarasoff et al. v. The Regents of the University of California et al.*" sostuvo, en un caso en el que se discutía, entre otras cosas, si podía ser considerado una violación del deber de confidencialidad la comunicación de un terapeuta sobre la peligrosidad de un paciente para la vida de una persona que "...la política pública favorable a la protección del carácter confidencial de las comunicaciones entre el paciente y el psicoterapeuta debe ceder ante el extremo en el que la revelación es esencial para prevenir el peligro para otros. El privilegio protectorio termina allí donde comienza el peligro público".

Se trata en definitiva de cuestiones opinables cuya dilucidación escapa del punto a resolver, pero lo que sí lo integra y parece mucho más claro, a mi modo de ver, son los casos en los que el valor del secreto médico se contrapone sólo con el interés general en la persecución penal y no a un peligro que esté en relación con los hechos del caso en concreto. Tal fue la solución adoptada en el fallo antes citado del Tribunal Constitucional alemán, en el que se negó que se encuentre justificada la intromisión en la relación de privacidad por el solo interés en

la dilucidación de hechos criminales que se imputan al paciente; ello lesionaría su derecho fundamental a que se respete su esfera privada (BverfGE 32, 373, p. 381).

En el derecho alemán, las excepciones al deber de guardar el secreto médico, protegido mediante el tipo penal del parágrafo 203 del Código Penal alemán (equivalente al artículo 156 del Código Penal), están reguladas de manera muy restrictiva en los parágrafos 138 y 139. Pero, en todo caso, la resolución entre el conflicto de guardar el secreto médico y el deber de denunciar se plantea —incluso desde el punto de vista del derecho positivo, recogido en las normas citadas— sólo respecto de la evitación futura de delitos graves, y no respecto de la necesidad de persecución de hechos ya cometidos. La literatura corriente rechaza la idea de que el conflicto con el interés en la persecución de delitos pasados deba decidirse en contra de la subsistencia del secreto médico. Así por ejemplo Lenckner (Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, Munich, 1991, p. 1484), con cita de literatura, afirma que el interés en la persecución penal no justifica la lesión del deber de confidencialidad, salvo en casos especialmente graves, que impliquen una perturbación persistente de la paz (por ejemplo, actos de violencia terrorista), cuando existe el peligro de que el autor siga realizando hechos delictivos considerables. Sin embargo, continua este autor, si el obligado a confidencialidad obtuvo el conocimiento del hecho porque el autor es su paciente o mandante, sólo existe una autorización para revelar el secreto en casos de altísima peligrosidad para el futuro, y ello tampoco procede si el autor se dirigió al abogado (asunción de la defensa) o al médico (por ejemplo, para el tratamiento de una anomalía de los impulsos) a causa de ese hecho.

Soler afirmó (op. cit. p. 144) respecto de una legislación procesal modificada —aunque de manera no esencial— y en base a fundamentos materiales impercederos, respecto de la situación de conflicto del autor de un hecho consistente en tener que elegir entre el padecimiento físico y la posibilidad de ser procesado, lo siguiente: “No existe el deber de denunciar, en consecuencia, y sí deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal.”

En la tipología de casos que se analiza aquí, sin embargo, no existe un peligro de ninguna especie, ni abstracto ni concreto, para terceros. El hecho delictivo del transporte terminó de manera fracasada: de la conducta en concreto del imputado, ya no se deriva ningún peligro, porque su acción fue interrumpida y la sustancia peligrosa salió del circuito de distribución y comercialización. Ello independientemente de cuáles sean los deberes restantes de los médicos respecto del material obtenido y las potestades del Estado para controlar la correcta disposición de la sustancia. En definitiva, el interés en la protección del secreto médico sólo entró en conflicto con el interés general en la investigación de delitos, pero no con un peligro real —ni siquiera potencial— para terceros.

Ahora bien, un derecho de esa índole, es decir, un derecho personalísimo a una esfera de intimidad, en cualquiera de sus fundamentaciones (la deontológica, en el sentido de un derecho en sí mismo que hay que proteger, o la utilitaria, la protección de la privacidad para promover la salud pública) supera al interés social en la aplicación de una pena. En efecto, la disposición de la información sobre el propio estado de salud es una esfera de intimidad privilegiada, que origina un deber de confidencialidad superior (conf. Benjamín Freedman, *A Meta-Ethics for Professional Morality, Ethics*, v. 89, 1978, ps. 1 y ss., p. 4 y passim). El interés en la persecución del delito tiene un peso menor que la protección de la confianza general de recurrir a la ayuda médica como promotor del sistema de salud pública. Tampoco es aplicable el argumento, a todas luces falso, de que con una decisión en este sentido se vuelve inaplicable la persecución penal de los delitos de tráfico. Como es evidente, la consecuencia de la falta

de realización de los fines del derecho penal sólo tiene lugar cuando hay un interés preponderante a proteger, como en este caso, pero ello no proyecta ninguna consecuencia sobre la persecución de los delitos de tráfico, incluso los llevados a cabo mediante la modalidad del transporte de sustancias dentro del cuerpo de personas, cuando las modalidades de su descubrimiento no impliquen un conflicto como el señalado aquí.

VII. En conclusión, opino que debe hacerse lugar a la queja, declararse procedente el recurso extraordinario y revocarse la sentencia apelada para que, por quien corresponda, se dicte una nueva con arreglo al criterio antes expuesto. Buenos Aires, 8 de agosto de 2006. ESTEBAN RIGHI.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 20 de abril de 2010

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa N° 4733”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que de conformidad con lo expuesto por el señor Procurador General en el dictamen de fs. 21/26, a cuyos términos cabe remitirse en razón de brevedad, corresponde hacer lugar a la queja y revocar la sentencia recurrida, reafirmando la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo plenario “Natividad Frías” del 26 de agosto de 1966.

En efecto, cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en concreto, de naturaleza procesal, aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud “una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual tal como señala el señor Procurador General (art. 19 de la Constitución Nacional) y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado.

Es este mismo conflicto sobre el que se debatió en el antiguo plenario mencionado, pues más allá de que en aquél conjunto de casos la concurrencia al hospital había sido precedida por la realización de maniobras abortivas, fue el peligro de muerte y el dilema al que se veía expuesto quien había delinquido y demandaba auxilio para su vida, el argumento central para su resolución (tal como puede advertirse en numerosos pasajes del fallo en pleno). A modo de ejemplo puede citarse el voto del juez Frías Caballero quien señala que el imputado “confronta una grave situación dilemática: o solicita el auxilio médico para conjurar el peligro en que se halla y entonces se expone a la denuncia del hecho, al proceso y a la condena criminal, o se resigna incluso a la posibilidad de perder la vida”.

Del mismo modo, es incuestionable que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte; de entenderse que son válidas las pruebas que surgen de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado

aquí también se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena (en palabras del juez Lejarza en ocasión del plenario nombrado: el “inhumano dilema: la muerte o la cárcel”). Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional.

Siendo claro que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general, cabe agregar que, en consonancia con éste, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado.

No existe en el caso ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros, de modo que cabe descartar toda otra hipótesis conflictiva.

El argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a un *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcionales los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes.

Por ello y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario se revoca la sentencia apelada, se declara la nulidad de todo lo actuado en esta causa y se absuelve a César Alejandro Baldivieso, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5º inciso c de la ley 23.737), en calidad de autor, por el que fuera acusado, sin costas. Agréguese la queja al principal. Hágase saber y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (*según su voto*) — CARLOS S. FAYT — ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*según su voto*) — JUAN CARLOS MAQUEDA — E. RAUL ZAFFARONI — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que de conformidad con lo expuesto por el señor Procurador General en el dictamen de fs. 21/26, a cuyos términos cabe remitirse en razón de brevedad, corresponde hacer lugar a la queja y revocar la sentencia recurrida, reafirmando la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo plenario “Natividad Frías” del 26 de agosto de 1966.

En efecto, cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en concreto, de naturaleza procesal, aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud

y el interés del Estado en la persecución de los delitos, pero en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado.

Es incuestionable que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte; de entenderse que son válidas las pruebas que surgen de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado se hallaba ante la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena. Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación no puede resolverse contra otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional.

Siendo claro que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general, cabe agregar que, en consonancia con éste, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado.

No existe en el caso ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros, de modo que cabe descartar toda otra hipótesis conflictiva.

El argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a una *actúo libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepciones los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes.

Por ello y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario se revoca la sentencia apelada, se declara la nulidad de todo lo actuado en esta causa y se absuelve a César Alejandro Baldivieso, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5º inciso c de la ley 23.737), en calidad de autor, por el que fuera acusado, sin costas. Agréguese la queja al principal. Hágase saber y devuélvase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO — ENRIQUE SAN-TIAGO PETRACCHI.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1º) El 20 de octubre de 2002 César A. Baldivieso ingresó al Hospital San Bernardo ubicado en la capital salteña y tras diagnosticársele una obstrucción intestinal producida por la presencia de cápsulas “que más tarde se determinó contenían clorhidrato de cocaína”, fue intervenido quirúrgicamente. En esa circunstancia se le extrajeron de su cuerpo trece envolturas y otras tantas expulsó naturalmente. Todas ellas fueron incautadas por personal policial al que los médicos del nosocomio habían puesto sobre aviso.

Tras el juicio oral, el 24 de junio de 2003, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta condenó a César Alejandro Baldivieso a cuatro años de prisión, multa de doscientos veintiséis

pesos e inhabilitación absoluta por el término de la condena, como autor responsable del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5º, inciso c de la ley 23.737).

La defensa cuestionó en el recurso de casación únicamente la calificación asignada por el tribunal oral en punto a que se tuviera el delito por consumado. En este sentido señaló que el imputado, debido a la obstrucción intestinal, nunca pudo disponer de las cápsulas con cocaína, las que debió evacuar con asistencia médica en el hospital. Concluyó, por tales razones, que se trataba de un delito imposible o, en todo caso, que no llegó a completarse.

Más tarde, en el término de oficina, amplió sus agravios e incorporó un nuevo argumento que, a su criterio, habilitaba la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal aún sin planteo de parte al tratarse de una nulidad absoluta. Con cita del conocido plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de esta ciudad “Natividad Frías” afirmó que no fue libre el consentimiento que prestó Baldivieso para que se le extrajera el material que luego fuera utilizado en su contra, pues había sido obtenido en el transcurso de una situación acuciante en la que se debatía entre la vida y la muerte.

En relación con el precedente “Zambrana Daza” de esta Corte (Fallos: 320:1717), estimó que en la presente causa la demanda angustiosa de auxilio no podía equipararse al consentimiento libre, sino que debía ser considerada como producto de la aflicción o tortura que la ingesta de las cápsulas le estaba causando a Baldivieso.

En resumidas cuentas, sostuvo que se había afectado la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo que solicitó que se excluyese la prueba obtenida en forma ilegal derivada de la comparecencia del imputado al hospital. De este modo, y por no haber una fuente independiente de prueba, debía anularse todo lo actuado.

Por su parte los integrantes de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal informaron que no podía juzgarse violada la garantía que prohíbe la autoincriminación, pues la autoridad pública no había exigido coactivamente del imputado su cooperación en el aporte de pruebas de cargo, sino que la asistencia médica le permitió expulsar las cápsulas, sin que hubiera existido engaño o coacción.

Recordaron los jueces que en el precedente “Zambrana Daza” (Fallos: 320:1717) la Corte señaló que el riesgo asumido por el individuo que delinque y decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica incluye la posibilidad de que la autoridad pública tome conocimiento del delito. Señalaron que el imputado Baldivieso, al momento de la indagatoria, había manifestado que acudió al hospital, arrepentido de ingerir las cápsulas con droga, por lo que no advertían vicios del consentimiento que pudieran invalidar el procedimiento.

En el recurso extraordinario la defensa criticó que el tribunal a quo rechazara sus agravios aplicando el precedente “Zambrana Daza” a un supuesto de hecho distinto. Situó la diferencia en que en aquel fallo la imputada no se vio inmersa en el dilema de optar entre la cárcel o la muerte, mientras que la situación de Baldivieso era apremiante. Por lo demás, estimó que, aún si se reputase aplicable el citado precedente, había cambiado la composición de los miembros de la Corte, circunstancia que justificaba su revisión.

Declarado inadmisibles el recurso, la defensa presentó queja en esta instancia. Agregó a sus argumentos que Baldivieso se había visto forzado a acudir a un hospital público por carecer de medios económicos para afrontar la atención privada y que frente a esta situación resultaría una falacia estimar que la elección del hospital público fue libre.

Además señaló que el procedimiento tuvo su origen en la revelación ilegítima del secreto profesional. En este punto argumentó que quien carece de medios económicos no tiene otra alternativa que concurrir a un hospital estatal, donde la doble condición de médico y funcionario público juega en contra de que la información resultante de la consulta quede resguardada bajo el secreto profesional, a diferencia de lo que sucede en un consultorio médico privado.

Por último, sostuvo que la relación médico-paciente formaba parte del derecho a la intimidad más allá del carácter público o privado del establecimiento en que la prestación médica tenga lugar.

2º) En esta instancia se le confirió traslado al señor Procurador General quien comenzó por señalar que el secreto médico es un dispositivo tendiente a asegurar la intimidad de un ámbito privado relativo a la información acerca del propio estado de salud psicofísica, cuya protección encuentra respaldo en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Tras interpretar normas legales referidas a la obligación de los funcionarios y médicos en general de denunciar los delitos que conociesen en el ejercicio de su función, juzgó que, más allá de las diversas interpretaciones normativas, la tensión entre el derecho a la intimidad de quien busca auxilio médico y el interés del Estado en la represión del delito, debía resolverse a favor del primero. Argumentó que la confidencialidad médico-paciente promueve la confianza general y, por lo tanto, redundaría en beneficio de la salud pública. El deber de guardar el secreto debería ceder, según señaló, sólo frente a la existencia de un peligro concreto para otros y no de un fin abstracto o general. Con estos argumentos, se sumó al pedido de la defensa.

3º) Entiendo que en autos existe cuestión federal: la sentencia examina el punto constitucional propuesto por la defensa y, sobre la base de una inteligencia distinta de las cláusulas constitucionales en juego (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional), se ha pronunciado en sentido contrario al derecho del imputado. En tales condiciones, debe hacerse lugar a la queja y declararse que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en los términos del artículo 14, inciso 3, de la ley 48.

4º) Antes de comenzar, y a fin de delimitar el ámbito de las garantías constitucionales que serán objeto de análisis, cabe hacer una aclaración respecto de una petición contenida tanto en los escritos de la defensa como en la presentación de diversas organizaciones que han actuado como amigos del tribunal en el marco de la acordada 28/2004. Se trata de la posible aplicación al caso de la doctrina sentada por el plenario "Natividad Frías", dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el 26 de agosto de 1966. Es oportuno recordar que ese fallo dejó establecido que no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto, o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de un cargo oficial.

Los argumentos en que se apoya el plenario no pueden ser aislados del contexto en que fueron desarrollados, a saber, las especiales circunstancias que rodean a la práctica clandestina del aborto, así como las serias dudas que se abren, en el marco de imputaciones concretas, sobre la razonabilidad de su persecución penal. Prueba de lo que se acaba de decir es que, a más de cuarenta años del dictado del plenario "Natividad Frías", su aplicación ha estado ceñida al delito de aborto, pese a que, sus argumentos, extrapolados de la manera en que ahora se pretende, cobran una generalidad que los haría en apariencia aplicables a otro tipo de delitos.

Ha sido, entonces, la común percepción que tuvieron jueces, de ideas y formaciones diversas, de que la potestad persecutoria del Estado se veía debilitada, contrarrestada, por la magnitud de la tragedia que enfrenta una mujer al decidir y luego practicarse un aborto clandestino, así como del riesgo al que ella exponía su vida lo que determinó al mismo tiempo el pronunciamiento del plenario “Natividad Frías” y sus alcances. Es en la desproporción tan patente del daño que enfrenta la mujer que se practica un aborto y no en las expresiones generales contenidas en sus fundamentos donde radica la autoridad y permanencia del precedente “Natividad Frías”, al punto de contar con seguimiento inclusive por tribunales que no están formalmente obligados por él.

Estas mismas particularidades son las que tornan objetable la extensión de esos argumentos generales a procesos en que se investigan otros delitos cuya criminalización por la ley no está rodeada de similares reservas y por consiguiente tampoco han sido objeto de tan intenso debate social como el provocado por la penalización del aborto.

5º) Hecha esta aclaración, corresponde dar tratamiento al resto de los argumentos propuestos. Durante la actividad recursiva, la defensa esgrimió diversas razones tendientes a cuestionar la doctrina sentada por esta Corte en el caso “Zambrana Daza” del año 1997 (Fallos: 320:1717). En aquél entonces se discutió si podía considerarse válida la prueba incriminatoria obtenida durante la atención médica, en contra de la misma persona que ha concurrido a un hospital en procura de asistencia. La conclusión de aquél análisis fue que las manifestaciones que se formulan en ese contexto no violan la prohibición de autoincriminación del artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto deben considerarse partes del desenlace posible de una acción ilícita ejecutada con conocimiento de los riesgos que involucra y que, en todo caso, corresponde que sean asumidas por quien, pese a ello, decide transgredir la ley.

Más allá de este fallo, un grupo de precedentes de esta Corte ha delineado pautas en torno al alcance de la garantía que prohíbe obligar a las personas a declarar contra sí mismas en el marco de las actuaciones judiciales y durante la investigación policial. Así, se han declarado inválidas las declaraciones del imputado al que previamente se le había exigido prestar juramento de decir verdad (Fallos: 1:350 y 281:177), pues se estimó que tal imposición constituía una forma de presión. Por otro lado, se fijaron condiciones para la válida incorporación al proceso de las llamadas “declaraciones espontáneas”, anulándolas en cuanto fueren producto de violencia física (Fallos: 303:1938; 310:1847) o coacción (Fallos: 315:2505; 317:956, entre otros).

Este estándar ha servido para precisar el alcance de la garantía en relación con los límites de los organismos del Estado en el ejercicio de la actividad encaminada a la persecución de los delitos. Por consiguiente, no resulta de aplicación, en principio, para los casos en los que la voluntad ha sido impulsada, por ejemplo, por la propia mortificación anímica o física de quien expone aquello que lo incrimina, si en ese desenlace no ha existido participación ilegítima de terceros, en particular de funcionarios estatales. Dicho de otra manera: la garantía constitucional contra la autoincriminación está dirigida contra los abusos de otras personas y no contra la acción de la naturaleza, las autoagresiones o incluso la fuerza ejercida dentro de la ley por los funcionarios encargados de hacerla cumplir.

Por otra parte, una interpretación de la garantía desvinculada de su función como freno a los excesos del Estado y que se apoye en la falta de conformidad del imputado con la obtención de determinados medios de prueba, supone una regla según la cual este último contaría con una suerte de veto respecto de los elementos de juicio indispensables para cumplir satisfactoriamente con la función judicial penal. En efecto, aquellos rastros resultantes de cualquier

elemento orgánico proveniente del imputado, hallado en la escena del crimen, o en su propia morada a la que la policía accede mediante una orden judicial de allanamiento, nunca son voluntariamente dejados allí; sin embargo, si tales procedimientos no son percibidos normalmente como una autoincriminación forzada, es porque son obtenidos sin mediar engaño o fuerza sobre el imputado, es decir, sin abuso por parte de los funcionarios que han intervenido. (Ver, en tal sentido, lo resuelto por esta Corte, avalando procedimientos de este tipo en el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años” (Fallos: 332:1769), en contraste con lo decidido en la causa “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otro s/ sustracción de menores de 10 años” (Fallos: 332:1835).

Por lo tanto, de acuerdo con la interpretación que estimo más plausible de la Constitución Nacional, que puede ser sostenida de manera consistente en los diversos tipos de casos que se presentan a los tribunales penales, la utilización como prueba de cargo de aquellos materiales obtenidos legítimamente por el médico que atiende al imputado no implica que el acusado haya sido obligado a declarar contra sí mismo, en violación a la garantía constitucional establecida por su artículo 18.

Si bien, de acuerdo con el razonamiento precedente, es correcto decir que Baldivieso no fue (en ningún sentido inteligible) obligado a declarar contra sí mismo, ello sin embargo no agota el análisis constitucional. Según ya se ha recordado, esta Corte, en el precedente “Zambrana Daza”, se limitó a rechazar la posibilidad de que en estos casos se viese alterado el derecho a no declarar contra sí mismo y, aunque por diferentes razones a las dadas en aquella oportunidad por el Tribunal, corresponde mantener esa conclusión.

Resta examinar si la sentencia apelada supera un escrutinio basado en el derecho a la vida privada que, a través de diversas garantías específicas, establece también el artículo 18 de la Constitución Nacional, examen éste que ha sido propuesto por el señor Procurador General en su dictamen.

6º) En las presentaciones hechas ante este Tribunal por la parte recurrente y también por el señor Procurador General, se alude al derecho del imputado a su privacidad o intimidad de un modo poco preciso, que hace necesario, en orden a una recta interpretación de la Constitución Nacional, hacer algunas aclaraciones con carácter preliminar.

La intimidad o privacidad, entendida en sentido lato, se encuentra protegida por nuestro derecho vigente con desigual intensidad según cuál sea el aspecto de la vida privada que se busca resguardar; no es el mismo tipo de aseguramiento el que provee el artículo 19 de la Constitución Nacional que el resultante del artículo 18 y otras cláusulas, que establecen fórmulas similares, de los pactos de derechos humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

El primero de los preceptos mencionados está dirigido a excluir de todo tipo de interferencia estatal aquellas acciones que en modo alguno afecten a terceros, es decir, que no generen efectos dañinos sobre otras personas. En la medida que esto último haya sido debidamente establecido, la prohibición de interferir en tal tipo de acciones es absoluta.

La protección acordada por el artículo 18 de la Constitución Nacional se refiere a la exclusión de terceros (los funcionarios públicos entre ellos) de ciertos ámbitos propios de la persona, a los que también se puede llamar “privados” o “exclusivos”. Por antonomasia, cae en esta categoría el domicilio o vivienda, pero también incluye el artículo 18 de la Constitución Nacional a los papeles privados y a la correspondencia epistolar. A diferencia de la protección

asignada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, la interferencia en estos ámbitos privados por parte de las autoridades públicas no se halla excluida de manera absoluta, sino que se la sujeta a determinados requisitos, tal como la orden de autoridad competente.

Ahora bien, en el presente caso, la Defensa y el Procurador General, más allá de invocar genéricamente que la acción de Baldivieso encontraba protección en el artículo 19 de la Carta Magna, no han proporcionado razones para identificar cuál habría sido la acción privada inocua para terceros que debería protegerse de interferencias estatales.

En el caso, como afirmé más arriba, la consulta médica se produjo en el curso de una acción delictiva cuya aptitud para perjudicar a terceros no ha sido puesta en tela de juicio.

En efecto, el tráfico de drogas, más allá del medio que se utilice para lograrlo, es una conducta dañosa por el peligro que la distribución de la mercancía ilegal representa para la salud pública. Por lo tanto, salvo que se pretenda fundar la inconstitucionalidad de la punición del tráfico de estupefacientes bajo la modalidad que aquí se examina, no hay modo de reputar inofensiva la conducta de Baldivieso.

Es conclusión necesaria de lo que se lleva dicho, que el artículo 19 de la Constitución Nacional no otorga inmunidad contra la interferencia estatal respecto de acciones delictivas, aún cuando incluya en su desarrollo la consulta a un médico.

Resulta adecuado, entonces, analizar la intimidad cuya vulneración se aduce, en función de la protección que le acuerda el artículo 18 del texto constitucional.

7º) El artículo 18 de la Constitución Nacional protege específicamente al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, es decir, los ámbitos donde transcurre la vida privada de las personas contra invasiones arbitrarias, especialmente las perpetradas por los agentes estatales. Además, diversas normas de los pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución al regular idéntica garantía, confieren similar protección a lo que de manera genérica se denomina como “vida privada” (artículos 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

La conexión entre el concepto de vida privada utilizado de manera expresa en las convenciones de derechos humanos y las disposiciones del artículo 18 de la Constitución Nacional tiene base en el texto de cada una de las cláusulas citadas. Así, el artículo 11.2 de la Convención Americana contiene una lista de ámbitos de protección que comienza con la referencia a la vida privada para agregar luego a la familia, el domicilio y la correspondencia, es decir, los mismos objetos de tutela referidos por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Exactamente lo mismo sucede con la letra de los artículos 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En otras palabras, todas estas cláusulas asocian la protección que debe otorgarse al domicilio y la correspondencia con la que debe reconocerse a lo que se nombra como “vida privada”, cuyo significado, llegado el caso, deberá ser precisado por los jueces, a quienes corresponde examinar qué intereses individuales merecen razonablemente incluirse en aquél concepto y, por lo tanto, admiten un tipo de protección análogo al que la Constitución otorga al domicilio o la correspondencia.

Ahora bien, en este sentido es difícil concebir un ámbito más “privado” que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección

contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada “en un sobre” (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional.

8º) Una derivación necesaria del principio mencionado en el párrafo anterior es la afirmación de la prerrogativa que las personas tienen a realizar todas aquellas acciones orientadas al cuidado y preservación de la integridad y salud física. Este cuidado de sí es, entonces, originaria y primordialmente un comportamiento que se lleva a cabo en el marco de privacidad la que, como se ha visto, encuentra la misma protección constitucional que, en general, se reconoce a la vida privada y a sus diversas manifestaciones.

Cuando los cuidados del cuerpo son realizados por las personas con el auxilio de un tercero, como es el caso del médico, no cabe presumir, al menos sin un fundamento razonable, que ha mediado una renuncia a la exclusividad o reserva garantizada por la Constitución Nacional contra las invasiones gubernamentales.

Es en este ámbito de privacidad en el que debe situarse la figura del secreto médico, en cuanto exige a los profesionales de la salud mantener la confidencialidad sobre la información obtenida a través del vínculo profesional con su paciente, deber que es definido y reglamentado en el artículo 11 de la ley 17.132, sobre Ejercicio de la Medicina, cuyo texto es el siguiente:

Art. 11.— Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitararlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal.

No obstante, como ya se adelantó, el derecho a la vida privada no es absoluto, y, concordantemente con ello, la legislación vigente admite, bajo ciertas condiciones, la injerencia en ese ámbito protegido. En tal sentido, el mismo artículo antes citado exceptúa a los médicos de dicha obligación en los “(...) casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal (...)”

Por otra parte, la confidencialidad cede frente a la obligación de denunciar determinadas enfermedades como la lepra, pestes, las enfermedades venéreas en período de contagio (leyes 11.359, 11.843, 12.331 y 16.668, respectivamente), las enfermedades infectocontagiosas o transmisibles a las que se refiere la ley 15.465, o la obligación de denunciar los nacimientos y defunciones (leyes 14.586). Otras tantas excepciones surgen de la ley 23.798 de la lucha contra el sida y su decreto reglamentario, que, entre otras hipótesis releva al médico del secreto “para evitar un mal mayor”. Esta última fórmula, también utilizada en el artículo 11 de la ley 17.132 ya citado, deja librada a la apreciación al profesional de la salud la necesidad de revelar el secreto médico.

9º) La obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio que, según el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación, tienen "...los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2— Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional...", es como las otras normas mencionadas más arriba, una restricción legal a la privacidad en función que compete al Estado de prevenir y sancionar la comisión de delitos.

En este sentido, así como diversas normas procesales penales establecen cuáles deben ser los recaudos que preceden el avance del Estado en determinados ámbitos como el domicilio, la intrusión en el espacio de privacidad que rodea la relación médico-paciente, también se encuentra reglada por las normas antes citadas, cuya constitucionalidad no ha sido impugnada a lo largo del proceso. De modo que, más allá de las cláusulas constitucionales que garantizan el derecho de las personas al respeto de su vida privada, en el caso la solución se encuentra regida por las citadas disposiciones legales y es en función de estas últimas que corresponde determinar si la causa tuvo un origen válido en la denuncia de un profesional de la salud.

10) Sobre la base de lo que se lleva dicho hasta aquí y establecida la inteligencia que corresponde otorgar a las cláusulas constitucionales en juego, correspondería, de conformidad con el principio general sentado en el artículo 16 de la ley 48, revocar la sentencia apelada y ordenar el dictado de un nuevo pronunciamiento que resuelva si, en el marco de las leyes nacionales mencionadas (Código Procesal Penal de la Nación y ley 17.132), la noticia que los médicos dieron a la policía sobre la situación de Baldivieso constituye una denuncia válida o, por el contrario, implicó una fractura del secreto médico, tema que, en principio no corresponde a ninguna de las cuestiones federales que, de acuerdo con el artículo 14 de la misma ley, dan lugar al recurso extraordinario.

Sin embargo, el considerable tiempo que ha insumido la tramitación de esta causa y, en especial, la deliberación por esta Corte del punto central vinculado con el derecho constitucional a la vida privada, su reglamentación legislativa y la incidencia sobre la resolución de esta causa, justifican hacer uso de la excepcional atribución establecida también en el artículo 16 de la ley 48 y pasar a la resolución sobre el fondo de la cuestión (Fallos: 189:292; 220:1107; 325:3000).

11) Como se ha visto, la ley 17.132 define el secreto médico como toda aquella información que "llegare a conocimiento" de las personas que practican el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración "con motivo o en razón de su ejercicio". También se mencionó que el alcance del secreto médico en conexión con hechos de carácter delictivo, se encuentra fijado, en el ámbito federal, por el Código Procesal Penal de la Nación que, en su artículo 177, establece dos estándares diferentes, uno para los funcionarios y empleados públicos y otro para las personas que ejerzan el arte de curar: los primeros tienen el deber de denunciar todo delito que llegue a su conocimiento en ejercicio de sus funciones, los segundos solamente los delitos contra la vida y la integridad física que no hayan sido conocidos bajo el amparo del secreto profesional.

Cuando se trata de personas que revisten ambas condiciones, es decir, actúan en carácter de funcionarias y médicas simultáneamente, se presenta el problema de decidir cuál de los

dos deberes deben cumplir, puesto que el significado de uno y otro es diverso y, al momento de su aplicación, pueden incluso resultar mutuamente excluyentes. Esto sucede cuando tales personas funcionarias-médicas, en ocasión de su trabajo, toman conocimiento de un delito que no es de los que se dirigen contra la vida o la integridad física. En tales circunstancias el mismo sujeto se encontraría, a la vez, *obligado a denunciarlo*, por ser funcionario (según el artículo 177.1), *relevado de denunciarlo*, por ser médico y no tratarse de un delito contra la vida o la integridad física (según el artículo 177.2) e, incluso, *impedido de denunciarlo*, por tratarse de un hecho conocido con motivo o en razón de la atención médica (artículo 11 de la ley 17.132). Esta confluencia de normas pudo tornar incierta para los médicos que atendieron a Baldivieso la decisión sobre cuál era la acción debida, aunque, como se verá, ello no puede redundar en perjuicio del imputado al momento de decidir sobre la procedencia de la acusación en su contra.

Es cierto, como se ha dicho (p.e. Soler, Sebastián, Derecho Penal, Buenos Aires, 1951, Tomo IV, Capítulo 107, apartado X), que si a los médicos funcionarios públicos se les exige el deber de denunciar propio de todos los funcionarios, entonces se produciría un efecto social discriminatorio entre las personas que tienen recursos para acceder a la medicina privada y aquellas que sólo cuentan con la posibilidad que brindan los establecimientos estatales: las primeras contarían con una protección de un secreto médico (y, por ende, de su salud) más amplio que las segundas. Por otra parte, dado que las normas sobre secreto médico tienen la finalidad que alcanza tanto a los médicos públicos como a los privados (facilitar un ámbito protegido que permita la obtención de toda la información relevante para su salud que el paciente pueda brindar), es razonable entender que el menor alcance del deber de denunciar que pesa sobre los médicos, establecido en el artículo 177.2 del Código Procesal Penal de la Nación, se justifica tanto a una como a otra clase de facultativos. Por tales razones, debe concluirse que el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá.

12) Resta señalar que, además de no encontrarse obligados a dar noticia a la policía, los médicos que atendieron a Baldivieso tenían prohibido hacerlo, según la interpretación que se ha hecho anteriormente de las normas que reglamentan este aspecto de la vida privada. En efecto, está fuera de toda discusión que los facultativos tomaron conocimiento de la existencia de droga en el tracto digestivo de Baldivieso con motivo de prestarle atención médica (artículo 11 de la ley 17.132) y, por otro lado, ninguna alegación se ha hecho de que estuviesen presentes algunas de las circunstancias que relevasen a los médicos del secreto, esto es, que hubiesen actuado en el entendimiento de que se encontraban ante un delito contra la vida o la integridad física o que estuviesen ante la necesidad de evitar un mal mayor, establecidas respectivamente o en el artículo 177.2 del Código Procesal Penal de la Nación en el mismo artículo 11 de la ley 17.132.

Por ello y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario se revoca la sentencia apelada, se declara la nulidad de todo lo actuado en esta causa y se absuelve a César Alejandro Baldivieso, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5º inciso c de la ley 23.737), en calidad de autor, por el que fuera acusado, sin costas. Agréguese la queja al principal. Hágase saber y devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY.

Obra social - Técnica experimental.

Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro - 19/05/2010.

Antecedentes:

La actora reclamó a la Obra Social Unión Personal —a la cual estaba afiliada— y al Estado Nacional, la cobertura de un tratamiento clasificado por la autoridad administrativa como de “técnica experimental”. Primera y segunda instancia rechazaron la demanda, lo cual dio lugar al recurso extraordinario cuya denegación originó la presente queja.

La Corte, por mayoría, rechazó el recurso intentado. La Juez Argibay, en su voto particular, lo desestimó por aplicación del art. 280 C. Pr.C.C.N.

Algunas cuestiones a resolver:

a) Obras sociales. Tratamiento experimental. (Mayoría: Considerando 3º).

Estándar aplicado por la Corte:

- No se advierte norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos de “técnica experimental”.

Texto del Fallo:

Dictamen de la Procuradora Fiscal

Suprema Corte:

I— La Cámara Nacional Civil y Comercial Federal —Sala I—, rechazó el amparo interpuesto en pos de una cobertura íntegra de la terapia con vacuna T-linfocitaria por parte de la Obra Social Unión Personal y, subsidiariamente, del Estado Nacional (v. fs. 478/479 del expediente principal, a cuya foliatura me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

Para así decidirlo, los jueces ponderaron especialmente que la recurrente cuestionó la falibilidad del Cuerpo Médico Forense, pero no rebatió el asidero científico de sus dictámenes. En ese sentido, señalaron, la actora no se hizo cargo de que aquella vacuna no está aprobada por las autoridades sanitarias de la República —ni se probó que lo esté en otros países—, al tiempo que no integra el Programa Médico Obligatorio.

Asimismo, hicieron mérito del carácter experimental del tratamiento, según las constancias reseñadas a fs. 478 bis (consid. 7), de las que no surgiría la existencia de protocolos en curso de aprobación.

Advirtieron que, en función de las pruebas producidas, no habría estudios concluyentes acerca de los beneficios de la vacuna, excepto las informaciones proveídas por el médico tratante.

Adicionalmente, tuvieron en cuenta la clausura del establecimiento donde se llevaba a cabo la práctica; los incumplimientos en los que habría incurrido dicha institución; y la concurrencia —indicada por el Cuerpo Médico Forense—, de alternativas terapéuticas.

En definitiva, concluyeron que “... el derecho de la actora de acceder a las prestaciones del sistema de salud no contiene el de pagar un tratamiento experimental no aprobado por las autoridades sanitarias... sin que conste que, a la fecha del dictado de la presente, se haya obtenido el levantamiento de [la] clausura y la expresa autorización para realizar esos tratamientos experimentales...”

II— Contra dicho pronunciamiento, la actora dedujo recurso extraordinario, cuyo rechazo da lugar a la presente queja (v. fs. 499/502 y 523).

En su apelación, identifica la cuestión federal diciendo que ha habido una “...violación de los arts. 16, 18, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Derecho a la salud y defensa en juicio” (v. fs. 499 cap. II ap. a). Sin embargo, al explicitar los agravios en el capítulo D) de dicha pieza, mantiene su crítica dentro del campo de la arbitrariedad (v. asimismo fs. 42/45 de este cuadernillo).

Expresa allí que, contrariamente a lo afirmado por el a quo, los dictámenes del Cuerpo Médico Forense fueron rebatidos a través del informe de la Universidad Maimónides, que daría clara cuenta tanto de las contraindicaciones de las drogas copolímero I y mitoxantrona, como del disenso científico con la prescripción farmacológica hecha por aquel Cuerpo.

En cuanto a la ausencia de aprobación, entiende que el argumento cae ante la Resolución N° 309/07 del órgano de aplicación, que no es la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (en adelante ANMAT), sino el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (en adelante, INCUCAI).

Dicha norma, repone, es determinante en el sentido de aceptar la práctica cuestionada y de reconocer el “notorio crecimiento experimentado en los últimos años”, con más de 30.000 transplantados en el mundo; todo lo cual, en su tesitura, desmiente las afirmaciones en contrario contenidas en el fallo.

Enfatiza que —al hacer mérito de la inexistencia de estudios concluyentes sobre el beneficio de la vacuna—, la Cámara no estaba en conocimiento de la mentada Resolución, de la que no fue anunciada por los letrados de los demandados. Y manifiesta que los datos aportados por el profesional a cargo, Dr. Moviglia, no son interesados ni carecen de fundamento científico, pues los respalda el Instituto Superior de Investigaciones en Ingeniería de Tejidos y Terapias Celulares de la Universidad Maimónides.

En cuanto a la clausura impuesta al instituto “Regina Mater”, alega: a) que el ente que la dispuso (Dirección de Registro, Fiscalización y Sanidad de Fronteras), carece de competencia, a partir de la Ley N° 24.193 (t.o. Ley 26.066) y de la Resolución 610/07; b) que la clausura sólo restringe la atención e inoculación de pacientes, no la elaboración de vacunas, que continuaron produciéndose; y c) que éstas se suministran en las instalaciones de la Universidad Maimónides, la que —consciente de las bondades del método—, ofreció su espacio para evitar la figura de abandono de persona y la pérdida de los resultados obtenidos.

Descalifica el objetivo del punto 9 de la sentencia que, en su parecer, es evitar que la obra social se vea obligada a costear el tratamiento, sin mirar que —para la paciente— el verdadero

norte es una mejoría en su calidad de vida, que no obtuvo con el interferon ni las drogas sugeridas por los médicos forenses.

Con cita del art. 3º de la Resolución MSN N° 1490/2007, sostiene que la gratuidad de los procedimientos experimentales sólo es aplicable a los establecimientos dependientes del Ministerio de Salud.

Respecto del uso de alternativas terapéuticas usuales, recomendado por los forenses, insiste en que el Cuerpo Médico ha dictaminado de modo diverso en otro caso y en que su opinión no debe tomarse como la palabra definitiva.

A su turno, la queja entablada vuelve sobre las mismas ideas, de las que la actora infiere que su postura no comporta una mera discrepancia con el criterio expuesto por los jueces (v. fs. 42/46 de este legajo).

III— En cuanto a la procedencia formal de la apelación, estimo que —al haberse expedido los jueces sobre el fondo del asunto—, ha quedado cerrada la posibilidad de acudir a la vía judicial ordinaria, por lo que el pronunciamiento dictado reviste, en el caso, el carácter de sentencia definitiva, a los fines del recurso en estudio (arg. Fallos: 327:2413; 329:4741).

Ello sentado, advierto que ninguna de las objeciones presentadas se encamina a la interpretación de normas federales, sino que todas ellas giran en torno a la valoración que realizó el a quo sobre las constancias arrimadas al expediente. De modo que estamos aquí ante puntos de hecho, prueba y derecho común, ajenos —en principio— a esta instancia de excepción.

Por otro lado, debe tenerse presente que ni siquiera se ha mantenido —y, por tanto, enderezado— el planteo de inconstitucionalidad formulado en forma genérica en el inicio (v. fs. 31 vta. primer párrafo).

Así delimitado el ámbito de los agravios, corresponde examinar la impugnación relativa a la arbitrariedad.

IV— En esa tarea, aun cuando el problema —tal como ha sido propuesto—, versa centralmente sobre asuntos de hecho, prueba y derecho común, atento a que la cuestión compromete aspectos relativos al derecho a la salud, resulta ilustrativo puntualizar algunas circunstancias, en cuanto evidencian que los agravios no se hacen cargo adecuado de las premisas centrales del fallo.

En efecto, si bien el a quo no examinó los alcances de la Resolución INCUCAI N° 309/07 —cuyas proyecciones en autos no habían sido invocadas ni sustanciadas—, lo cierto es que la Sra. Buñes no ha acreditado que el grupo promotor de la tecnología en cuestión, tenga autorizados —o siquiera presentados— los protocolos previstos en el acápite “Opción Clínica” del Anexo I de aquella Resolución.

Tampoco ha demostrado que la eventual superación de la fase 2 (animales) que pareciera surgir de esa disposición, conlleve la facultad implícita de libre administración de la terapia.

En este orden de ideas, aunque la ANMAT no sería actualmente el organismo de aplicación, los argumentos expuestos por la recurrente no alcanzan a desvirtuar el razonamiento de los jueces, orientado a la indispensable habilitación y fiscalización estatal de los ensayos clínicos. Sobre todo, frente al reconocimiento que, en este sentido, trasciende de fs. 35 vta. segundo párrafo.

Por otro lado, ninguna comprobación se ha hecho en el expediente acerca de que la clausura de la que hicieron mérito los jueces, tenga las proyecciones que ahora se les atribuye. Creo que, por el contrario, el intento de la actora no pasa de ser una mera manifestación de parte con componentes —incluso— extraños a esta litis, como lo es el atinente a la regularidad del respectivo procedimiento administrativo.

En mi parecer, dicha prueba le era tanto más exigible frente a la fecha del cierre (posterior al dictado de la mentada Resolución N° 309/07 —v. fs. 356/366 y 400/412—); a los incumplimientos de “Regina Mater S.A.” aludidos expresamente por la Cámara (v. esp. fs. 403); y a la existencia de actuaciones en las que se juzgaban las consecuencias de los sucesos acaecidos (una de ellas de índole penal [v. fs. 428/432]; y la otra, de resultado aparentemente adverso [v. fs. 414/419 y 455/457]).

Lo mismo cabe predicar, según estimo, con relación a las alternativas terapéuticas indicadas por los médicos forenses. Máxime, de un lado, que —requerido el uso de acetato de glatiramer por la propia peticionaria—, ésta no invocó el agravamiento de su salud; y, de otro, que ella misma había aceptado que la terapia que reclama no contaba con autorización ni figuraba en el elenco de prestaciones obligatorias del P.M.O. (v. fs. 324 y 447 vta. segundo párrafo).

Sumado a ello, la recurrente insiste en anteponer la indicación de los mentores del tratamiento a la línea propuesta por el Cuerpo Médico Forense, pero no logra refutar la razonabilidad de lo resuelto, en tanto adhiere a lo aconsejado por los peritos oficiales, en vista del origen del único elemento de juicio discordante.

En definitiva, creo que el conjunto de las alegaciones examinadas hasta aquí —que, reitero, no constituye materia federal—, no alcanza a conmovir la coherencia de los fundamentos aportados por el tribunal de la causa, cometido que debió cumplirse inexorablemente en el contexto de la doctrina de la arbitrariedad que se invoca.

V— A pesar de los estrechos contornos formales a los que —según pienso— se encuentra reducida la intervención de V. E. (v. punto III), atento a la índole de la problemática que subyace en autos, creo menester agregar algunos señalamientos finales.

El objeto del pleito —como ya dije— se ubica en el ámbito del derecho fundamental a la salud, cuya efectividad —al igual que V. E.— ha venido propiciando enfáticamente esta Procuración en múltiples ocasiones. Empero estimo que, en la especie, en ese concepto —de importancia innegable—, se incardinan otros que también revisten relevancia singular, como son los relacionados con el poder de policía sanitaria.

En efecto, mas allá de los alcances de la gratuidad prevista en la Disposición N° 5330/97 (ANMAT), el consenso internacional determina —en defensa de los sujetos de investigación—, que los estudios clínicos aplicados en seres humanos, deben ajustarse a los más rigurosos cánones técnicos y éticos. Dicha exigencia deviene de la naturaleza primordial de los derechos humanos que se juegan en esas experiencias, sobre todo si se tiene en cuenta la vulnerabilidad que en muchos casos sufren los individuos que se ven precisados a participar en ellas, producto de sus padecimientos físicos (entre muchos otros, Código de Nuremberg; Declaración de Helsinki [y sus subsecuentes revisiones]; Guías Operacionales para Comités de Ética que Evalúan Investigación Biomédica y sus citas [OMS, Ginebra, año 2000]; Pautas Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica en Seres Humanos [Ginebra 2002] del Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas [CIOMS] y la Organización Mundial de la Salud [OMS]; Guía de Buenas Prácticas Clínicas para las Américas [OPS/OMS, revisión 2005]; 11ª Conferencia Internacional de Autoridades Regulatorias de Drogas

[ICDRA, Madrid, 2004]; Guías para Buena Práctica Clínica de la Conferencia Internacional de Armonización [ICH]; Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con miras a la Aplicación en Biología y Medicina: Convención en Derechos Humanos y Biomedicina [European Treaty Series— N° 164. Oviedo, 4/4/1997]; Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes [34° Asamblea Médica Mundial, revisada por la 47° Asamblea General de Indonesia]; Declaración del Genoma Humano y los Derechos Humanos [UNESCO, 1997]; II Conferencia Panamericana sobre Armonización Farmacéutica [Grupo Buenas Prácticas Médicas, Bs.As.]; v. asimismo en los Estados Unidos de Norteamérica, National Research Act que crea la llamada National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, origen a su vez del Ethical Advisory Board; Reporte Belmont; Normas del Departamento de Salud y Servicios Humanos para la Protección de Sujetos Humanos de Investigación [Código de Regulaciones Federales]; Common Rule, de la Oficina de Protección de Riesgos en la Investigación [Instituto Nacional de Salud, 1991]).

En ese sentido, la ley 17.132 (norma local cuya adecuación constitucional no han sido atacada con idoneidad [v. punto III, párrafo tercero]), en su art. 20, descarta razonablemente toda posibilidad de desarrollos que comprometen a seres humanos, sin aprobación científica y al margen de la supervisión de la autoridad sanitaria.

Esos aspectos, imponen al intérprete la tarea de calibrar los componentes de la situación jurídica particular, como ya lo ha hecho esa Corte en el contexto de procesos de amparo a nivel salud y discapacidad (arg. Fallos: 310:112 consid. 4°; 324:3846; 328:4303, entre otros).

A mi modo de ver, la trascendencia de las circunstancias apuntadas, en tanto en autos se pretende que una obra social y, subsidiariamente, el Estado Nacional, se hagan cargo de un procedimiento en etapa experimental —ángulo que remarcaron los jueces y fue reconocido por la apelante—, y la circunstancia de que, en definitiva, los agravios expuestos se vinculen con aristas meramente probatorias, ponen en evidencia que la materia federal que se esgrime —arts. 16, 18, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y derechos a la salud y la vida, genéricamente invocados—, carece de la relación directa e inmediata que hace a la procedencia del remedio de excepción que se intenta (arg. arts. 3 inc. “e” de la Acordada CSJN 4/2007, 14 inc. 3° de la Ley 48 y Fallos: 326:1663).

En este terreno, V. E. ha enseñado desde antiguo que ni la mera exposición de reproches constitucionales, ni el planteo de soluciones jurídicas distintas a las que siguió el pronunciamiento —incluso sobre la base de la interpretación de reglas federales—, alcanzan para descalificar lo decidido por el tribunal de la causa (arg. Fallos: 316:1979, 329:1628 —voto del Dr. Petracchi—, entre muchos otros).

A la luz de ese criterio, pienso que la apelación no debe prosperar.

VI— Por lo expuesto, opino que corresponde desestimar la queja interpuesta. Buenos Aires, 12 de marzo de 2009. Dra. Marta A. Beiró de Goncalvez.

Sentencia de la Corte Suprema

Buenos Aires, 19 de Mayo de 2010.

Vistos los autos: Recurso de hecho deducido por la actora en la causa “Buñes, Valeria Elisabet c/ Obra Social Unión Personal y otro”, para decidir sobre su procedencia.

1º) Que la actora reclamó a la Obra Social Unión Personal —a la cual estaba afiliada— y al Estado Nacional, la cobertura del tratamiento con vacuna T linfocitaria, con motivo de la esclerosis múltiple que padece. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de la instancia anterior adversa al progreso de la demanda, lo cual dio lugar al recurso extraordinario de la parte primeramente mencionada, cuya denegación origina la presente queja.

2º) Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552, entre otros). Empero, no es menos cierto que ha quedado demostrado, y así también lo reconoce la propia actora, que el tratamiento que ésta reclama se encuentra, en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación, no contándose, incluso, con resultados de ensayos clínicos fase III. Más aún; ni siquiera ello puede predicarse para el orden nacional ya que, no obstante lo afirmado por el a quo, la apelante no ha sostenido que en el país se registre protocolo de investigación alguno al respecto. Asimismo, supuesto que la pretensión incluyera el trasplante autólogo de células progenitoras hematopoyéticas, tampoco la recurrente se ha hecho cargo de la resolución 276/2008 del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante, por la cual el mencionado trasplante en casos de esclerosis múltiple fue clasificado como de “técnica experimental”.

3º) Que, en tales condiciones, esta Corte no advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, sea en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima la queja. Hágase saber y, previa devolución del expediente principal, archívese. RICARDO LUIS LORENZETTI — ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO — ENRIQUE S. PETRACHI — JUAN CARLOS MAQUEDA — CARMEN M. ARGIBAY (*según su voto*).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestima el recurso de hecho. Notifíquese y, previa devolución del expediente principal, archívese. CARMEN M. ARGIBAY.

ANEXO I

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

-I-

Derecho a la salud - Art. 12 del PIDESC - Contenido normativo - Obligaciones los Estados Partes - Obligaciones de otros actores.

COMITE DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Observación general N° 14 (2000)

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 PIDESC)

1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley (84).

2. Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos

(84) Por ejemplo, el principio de no discriminación respecto de los establecimientos, bienes y servicios de salud es legalmente aplicable en muchas jurisdicciones nacionales.

Humanos (85), así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales. (86)

3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.

4. Al elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”. Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al “más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

5. El Comité es consciente de que para millones de personas en todo el mundo el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto. Es más, en muchos casos, sobre todo por lo que respecta a las personas que viven en la pobreza, ese objetivo es cada vez más remoto. El Comité es consciente de que los formidables obstáculos estructurales y de otra índole resultantes de factores internacionales y otros factores fuera del control de los Estados impiden la plena realización del artículo 12 en muchos Estados Partes.

6. Con el fin de ayudar a los Estados Partes a aplicar el Pacto y cumplir sus obligaciones en materia de presentación de informes, esta observación general se centra en el contenido normativo del artículo 12 (parte I), en las obligaciones de los Estados Partes (parte II), en las violaciones (parte III) y en la aplicación en el plano nacional (parte IV), mientras que la parte V versa sobre las obligaciones de actores distintos de los Estados Partes. La observación general se basa en la experiencia adquirida por el Comité en el examen de los informes de los Estados Partes a lo largo de muchos años.

I. CONTENIDO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 12

7. El párrafo 1 del artículo 12 define el derecho a la salud, y el párrafo 2 del artículo 12 da algunos ejemplos de las obligaciones contraídas por los Estados Partes.

(85) En su resolución 1989/11.

(86) Los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 (resolución 46/119), y la observación general N° 5 del Comité sobre personas con discapacidad se aplican a los enfermos mentales; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer.

8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

9. El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

10. Desde la adopción de los dos Pactos Internacionales de las Naciones Unidas en 1966, la situación mundial de la salud se ha modificado de manera espectacular, al paso que el concepto de la salud ha experimentado cambios importantes en cuanto a su contenido y alcance. Se están teniendo en cuenta más elementos determinantes de la salud, como la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de género. Una definición más amplia de la salud también tiene en cuenta inquietudes de carácter social, como las relacionadas con la violencia o el conflicto armado (87). Es más, enfermedades anteriormente desconocidas, como el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA), y otras enfermedades, como el cáncer, han adquirido mayor difusión, así como el rápido crecimiento de la población mundial, han opuesto nuevos obstáculos al ejercicio del derecho a la salud, lo que ha de tenerse en cuenta al interpretar el artículo 12.

11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalentes en un determinado Estado Parte:

(87) Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de la guerra (1949); apartado a) del párrafo 2 del artículo 75 del Protocolo adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977); apartado a) del artículo 4 del Protocolo adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977).

a) *Disponibilidad*. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS (88).

b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud (89) deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) *No discriminación*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos (90).

ii) *Accesibilidad física*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) *Accesibilidad económica (asequibilidad)*: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) *Acceso a la información*: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas (91) acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

(88) Véase la Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS, revisada en diciembre de 1999, Información sobre medicamentos de la OMS, vol. 13, N° 4, 1999.

(89) Salvo que se estipule expresamente otra cosa al respecto, toda referencia en esta observación general a los establecimientos, bienes y servicios de salud abarca los factores determinantes esenciales de la salud a que se hace referencia en los párrafos 11 y 12 a) de esta observación general.

(90) Véanse los párrafos 18 y 19 de esta observación general.

(91) Véase el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En esta observación general se hace especial hincapié en el acceso a la información debido a la importancia particular de esta cuestión en relación con la salud.

c) *Aceptabilidad*. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) *Calidad*. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

13. La lista incompleta de ejemplos que figura en el párrafo 2 del artículo 12 sirve de orientación para definir las medidas que deben adoptar los Estados. En dicho párrafo se dan algunos ejemplos genésicos de las medidas que se pueden adoptar a partir de la definición amplia del derecho a la salud que figura en el párrafo 1 del artículo 12, con la consiguiente ilustración del contenido de ese derecho, según se señala en los párrafos siguientes (92).

Apartado a) del párrafo 2 del artículo 12. El derecho a la salud materna, infantil y reproductiva 14.

La disposición relativa a “la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños” (apartado a) del párrafo 2 del artículo 12) (93) se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto (94), los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información (95).

(92) En las publicaciones y la práctica acerca del derecho a la salud, se mencionan con frecuencia tres niveles de atención de la salud, a saber: *la atención primaria de la salud*, que versa esencialmente sobre las enfermedades comunes y relativamente leves y es prestada por los profesionales de la salud y/o los médicos generalmente capacitados que prestan servicios dentro de la comunidad a un precio relativamente bajo; *la atención secundaria de la salud* prestada en centros, por lo general hospitales, que se relaciona esencialmente con enfermedades leves o enfermedades graves relativamente comunes que no se pueden tratar en el plano comunitario y requieren la intervención de profesionales de la salud y médicos especialmente capacitados, equipo especial y, en ocasiones, atenciones hospitalarias de los pacientes a un costo relativamente más alto; *la atención terciaria de la salud* dispensada en unos pocos centros, que se ocupa esencialmente de un número reducido de enfermedades leves o graves que requieren la intervención de profesionales y médicos especialmente capacitados, así como equipo especial, y es con frecuencia relativamente cara. Puesto que las modalidades de atención primaria, secundaria y terciaria de la salud se superponen con frecuencia y están a menudo interrelacionadas entre sí, el uso de esta tipología no facilita invariablemente criterios de distinción suficientes que sean de utilidad para evaluar los niveles de atención de la salud que los Estados Partes deben garantizar, por lo que es de escasa utilidad para comprender el contenido normativo del artículo 12.

(93) Según la OMS, la tasa de mortinatalidad ya no suele utilizarse; en sustitución de ella se utilizan las tasas de mortalidad infantil y de niños menores de 5 años.

(94) El término *prenatal* significa existente o presente antes del nacimiento. (En las estadísticas médicas, el período comienza con la terminación de las 28 semanas de gestación y termina, según las distintas definiciones, entre una y cuatro semanas antes del nacimiento); por el contrario, el término *neonatal* abarca el período correspondiente a las cuatro primeras semanas después del nacimiento; mientras que el término *postnatal* se refiere a un acontecimiento posterior al nacimiento. En esta observación general se utilizan exclusivamente los términos prenatal y postnatal, que son más genéricos.

(95) La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros,

Apartado b) del párrafo 2 del artículo 12. El derecho a la higiene del trabajo y del medio ambiente

15. “El mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial” (apartado b) del párrafo 2 del artículo 12) entraña, en particular, la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos (96). Además, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral (97). Además, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 abarca la cuestión relativa a la vivienda adecuada y las condiciones de trabajo higiénicas y seguras, el suministro adecuado de alimentos y una nutrición apropiada, y disuade el uso indebido de alcohol y tabaco y el consumo de estupefacientes y otras sustancias nocivas.

Apartado c) del párrafo 2 del artículo 12. El derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades, y la lucha contra ellas

16. “La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (apartado c) del párrafo 2 del artículo 12) exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género. El derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas.

Apartado d) del párrafo 2 del artículo 12. El derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud (98)

17. “La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (apartado d) del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como men-

eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.

(96) A este respecto, el Comité toma nota del principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972, en el que se afirma que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”; así como de la evolución reciente del derecho internacional, en particular la resolución 45/94 de la Asamblea General sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas; del principio 1 de la Declaración de Río de Janeiro; de los instrumentos regionales de derechos humanos y del artículo 10 del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(97) Párrafo 2 del artículo 4 del Convenio N° 155 de la OIT.

(98) Véase el apartado b) del párrafo 12 y la nota 8 supra.

tal, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental. Otro aspecto importante es la mejora y el fomento de la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional.

Artículo 12 — Temas especiales de alcance general

No discriminación e igualdad de trato

18. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud. El Comité señala que se pueden aplicar muchas medidas, como las relacionadas con la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación relacionada con la salud, con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información.

El Comité recuerda el párrafo 12 de la observación general N° 3 en el que se afirma que incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo.

19. En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud (99). Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población.

La perspectiva de género

20. El Comité recomienda que los Estados incorporen la perspectiva de género en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover mejor la salud de la mujer y el hombre. Un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce

(99) Para las obligaciones fundamentales, véanse los párrafos 43 y 44 de la presente observación general.

que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer. La desagregación, según el sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud.

La mujer y el derecho a la salud

21. Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos.

Los niños y adolescentes

22. En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 se pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil y promover el sano desarrollo de los niños. En los ulteriores instrumentos internacionales de derechos humanos se reconoce que los niños y los adolescentes tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades (100). En la Convención sobre los Derechos del Niño se exhorta a los Estados a que garanticen el acceso a los servicios esenciales de salud para el niño y su familia, incluida la atención anterior y posterior al parto de la madre.

La Convención vincula esos objetivos con el acceso a la información, respetuosa del niño, sobre prevención y fomento de la salud y la prestación de ayuda a las familias y comunidades para poner en práctica esas medidas. La aplicación del principio de no discriminación requiere que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a una alimentación adecuada, un entorno seguro y servicios de salud física y mental. Es preciso adoptar medidas eficaces y apropiadas para dar al traste con las perniciosas prácticas tradicionales que afectan a la salud de los niños, en especial de las niñas, entre las que figuran el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas y la alimentación y el cuidado preferentes de los niños varones (101). Es preciso dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad.

23. Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestio-

(100) Párrafo 1 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(101) Véase la resolución WHA 47.10 de la Asamblea Mundial de la Salud titulada "Salud de la madre y el niño y planificación de la familia: prácticas tradicionales nocivas para la salud de las mujeres y los niños, de 1994.

nes que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

24. La consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente.

Personas mayores

25. En lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores, el Comité, conforme a lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general N° 6 (1995), reafirma la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad.

Personas con discapacidades

26. El Comité reafirma lo enunciado en el párrafo 34 de su observación general N° 5, en el que se aborda la cuestión de las personas con discapacidades en el contexto del derecho a la salud física y mental. Asimismo, el Comité subraya la necesidad de velar por que no sólo el sector de la salud pública, sino también los establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades.

Pueblos indígenas

27. Habida cuenta del derecho y la práctica internacionales que están surgiendo, así como de las medidas adoptadas recientemente por los Estados en relación con las poblaciones indígenas (102), el Comité estima conveniente identificar los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de los pueblos indígenas, a fin de que los Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el artículo 12 del Pacto. El Comité considera que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener

(102) Entre las recientes normas internacionales relativas a los pueblos indígenas cabe mencionar el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989); los apartados c) y d) del artículo 29 y el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); el apartado j) del artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), en los que se recomienda a los Estados que respeten, preserven y conserven los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas; la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), en particular su capítulo 26, y la primera parte del párrafo 20 de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) en el que se señala que los Estados deben adoptar de común acuerdo medidas positivas para asegurar el respeto de todos los derechos humanos de los pueblos indígenas, sobre la base de no discriminación. Véase también el preámbulo y el artículo 3 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (1992), y el apartado e) del párrafo 2 del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1994). En los últimos años un creciente número de Estados han modificado sus constituciones y promulgado legislación en la que se reconocen los derechos específicos de los pueblos indígenas.

en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.

También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas. El Comité observa que, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre a salud de esas poblaciones.

Limitaciones

28. Los Estados suelen utilizar las cuestiones relacionadas con la salud pública para justificar la limitación del ejercicio de otros derechos fundamentales. El Comité desea hacer hincapié en el hecho de que la cláusula limitativa —el artículo 4— tiene más bien por objeto proteger los derechos de los particulares, y no permitir la imposición de limitaciones por parte de los Estados.

Por consiguiente, un Estado Parte que, por ejemplo, restringe la circulación de personas —o encarcela a personas— con enfermedades transmisibles como el VIH/SIDA, no permite que los médicos traten a presuntos opositores de un gobierno, o se niega a vacunar a los integrantes de una comunidad contra graves enfermedades infecciosas, alegando motivos tales como la seguridad nacional o el mantenimiento del orden público, tiene la obligación de justificar esas medidas graves en relación con cada uno de los elementos enunciados en el artículo 4. Esas restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por el Pacto, en aras de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

29. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5, esas limitaciones deberán ser proporcionales, es decir, deberán corresponder a la solución menos restrictiva de entre los tipos de limitaciones previstos. Aun cuando se permiten básicamente esas limitaciones por motivos de protección de la salud pública, su duración deberá ser limitada y estar sujeta a revisión.

II. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES

Obligaciones legales de carácter general

30. Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud (103).

(103) Véase la observación general N° 13 (párr. 43).

31. La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12 (104).

32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte (105).

33. Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de *respetar*, *proteger* y *cumplir*. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover (106). La obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

Obligaciones legales específicas

34. En particular, los Estados tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas. Esas excepciones deberán estar sujetas a condiciones específicas y restrictivas, respetando las mejores prácticas y las normas internacionales aplicables, en particular los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental. (107) Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la parti-

(104) Véase la observación general Nº 3 (párr. 9), y la observación general Nº 13 (párr. 44).

(105) Véase la observación general Nº 3 (párr. 9), y la observación general Nº 13 (párr. 45).

(106) Según las observaciones generales Nº 12 y Nº 13, la obligación de cumplir incorpora una obligación de *facilitar* y una obligación de *proporcionar*. En la presente observación general, la obligación de cumplir también incorpora una obligación de *promover* habida cuenta de la importancia crítica de la promoción de la salud en la labor realizada por la OMS y otros organismos.

(107) Resolución 46/119 de la Asamblea General (1991).

cipación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud. Los Estados deben abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano, o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.

35. Las obligaciones de *proteger* incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.

36. La obligación de *cumplir* requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas. Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina. Asimismo, los Estados Partes deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al míni-

mo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.

37. La obligación de *cumplir (facilitar)* requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de *cumplir (facilitar)* un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. La obligación de *cumplir (promover)* el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes: i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.

Obligaciones internacionales

38. En su observación general N° 3 el Comité hizo hincapié en la obligación de todos los Estados Partes de adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, para dar plena efectividad a los derechos reconocidos en el Pacto, como el derecho a la salud. Habida cuenta de lo dispuesto en el Artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, en las disposiciones específicas del Pacto (párrafos 1 y 2 del artículo 12 y artículos 22 y 23) y en la Declaración sobre atención primaria de la salud, de Alma-Ata, los Estados Partes deben reconocer el papel fundamental de la cooperación internacional y cumplir su compromiso de adoptar medidas conjuntas o individuales para dar plena efectividad al derecho a la salud. A este respecto, se remite a los Estados Partes a la Declaración de Alma-Ata, que proclama que la grave desigualdad existente en el estado de (108) salud de la población, especialmente entre los países desarrollados y los país en desarrollo, así como dentro de cada país, es política, social y económicamente inaceptable y, por tanto, motivo de preocupación común para todos los países (109).

39. Para cumplir las obligaciones internacionales que han contraído en virtud del artículo 12, los Estados Partes tienen que respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países

(108) Forman parte integrante de esa política la identificación, determinación, autorización y control de materiales, equipo, sustancias, agentes y procedimientos de trabajo peligrosos; la facilitación a los trabajadores de información sobre la salud, y la facilitación, en caso necesario, de ropa y equipo de protección; el cumplimiento de leyes y reglamentos merced a inspecciones adecuadas; el requisito de notificación de accidentes laborales y enfermedades profesionales; la organización de encuestas sobre accidentes y enfermedades graves, y la elaboración de estadísticas anuales; la protección de los trabajadores y sus representantes contra las medidas disciplinarias de que son objeto por actuar de conformidad con una política de esa clase, y la prestación de servicios de salud en el trabajo con funciones esencialmente preventivas. Véase el Convenio N° 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (1981) y el Convenio N° 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo (1985).

(109) Artículo II de la Declaración de Alma-Ata, informe de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, celebrada en Alma-Ata del 6 al 12 de septiembre de 1978, en: Organización Mundial de la Salud, "Serie de Salud para Todos", N° 1, OMS, Ginebra, 1978.

e impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre esos terceros por medios legales o políticos, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable. De acuerdo con los recursos de que dispongan, los Estados deben facilitar el acceso a los establecimientos, bienes y recursos de salud esenciales en otros países, siempre que sea posible, y prestar la asistencia necesaria cuando corresponda (110). Los Estados Partes deben velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho a la salud, y, con tal fin, deben considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos legales. En relación con la concertación de otros acuerdos internacionales, los Estados Partes deben adoptar medida para cerciorarse de que esos instrumentos no afectan adversamente al derecho a la salud. Análogamente, los Estados partes tienen la obligación de velar por que sus acciones en cuanto miembros de organizaciones internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, sobre todo del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud influyendo en las políticas y acuerdos crediticios y las medidas internacionales adoptadas por esas instituciones.

40. De acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Asamblea Mundial de la Salud, los Estados Partes tienen la obligación individual y solidaria de cooperar en la prestación de ayuda en casos de desastre y de asistencia humanitaria en situaciones de emergencia, incluida la prestación asistencia a los refugiados y los desplazados dentro del país. Cada Estado debe contribuir a esta misión hasta el máximo de su capacidad. Al proporcionar ayuda médica internacional y al distribuir y administrar recursos tales como el agua limpia potable, los alimentos, los suministros médicos y la ayuda financiera, hay que otorgar prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población. Además, dado que algunas enfermedades son fácilmente transmisibles más allá de las fronteras de un Estado, recae en la comunidad internacional la responsabilidad solidaria por solucionar este problema. Los Estados Partes económicamente desarrollados tienen una responsabilidad y un interés especiales en ayudar a los Estados en desarrollo más pobres a este respecto.

41. Los Estados Partes deben abstenerse en todo momento de imponer embargos o medidas análogas que restrinjan el suministro a otro Estado de medicamentos y equipo médico adecuados. En ningún momento deberá utilizarse la restricción de esos bienes como medio de ejercer presión política o económica. A este respecto, el Comité recuerda su actitud, expuesta en su observación general N° 8, con respecto a la relación existente entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.

42. Si bien sólo los Estados son Partes en el Pacto y, por consiguiente, son los que, en definitiva, tienen la obligación de rendir cuentas por cumplimiento de éste, todos los integrantes de la sociedad —particulares, incluidos los profesionales de la salud, las familias, las comunidades locales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector de la empresa privada— tienen responsabilidades en cuanto a la realización del derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes deben crear un clima que facilite el cumplimiento de esas responsabilidades.

(110) Véase el párrafo 45 de la presente observación general.

Obligaciones básicas

43. En la observación general N° 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud.

Considerada conjuntamente con instrumentos más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (111), la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12. Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

44. El Comité confirma asimismo que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes:

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;
- b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;
- c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;
- d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;

(111) Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.95.XIII.18), capítulo I, resolución 1, anexo, capítulos VII y VIII.

e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

45. Para disipar toda duda, el Comité desea señalar que incumbe especialmente a los Estados Partes, así como a otros actores que estén en situación de prestar ayuda, prestar “asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica” (112), que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas y otras obligaciones a que se hace referencia en los párrafos 43 y 44 supra.

III. VIOLACIONES

46. Al aplicar el contenido normativo del artículo 12 (parte I) a las obligaciones de los Estados Partes (parte II), se pone en marcha un proceso dinámico que facilita la identificación de las violaciones del derecho a la salud. En los párrafos que figuran a continuación se ilustran las violaciones del artículo 12.

47. Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho a la salud, es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado Parte de cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 y la renuencia de dicho Estado a cumplir esas obligaciones. Ello se desprende del párrafo 1 del artículo 12, que se refiere al más alto nivel posible de salud, así como del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, en virtud del cual cada Estado Parte tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra. Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables.

48. Las violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados.

La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 supra, constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de *actos de comisión* figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud.

49. Los Estados también pueden conculcar el derecho a la salud al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales. Entre las violaciones por *actos de omisión* figuran el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes.

(112) Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto.

Violaciones de las obligaciones de respetar

50. Las violaciones de las obligaciones de respetar son las acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbosidad innecesaria y una mortalidad evitable. Como ejemplos de ello cabe mencionar la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación de iure o de facto; la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales.

Violaciones de las obligaciones de proteger

51. Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; el no proteger a las mujeres contra la violencia, y el no procesar a los autores de la misma; el no disuadir la observancia continua de prácticas médicas o culturales tradicionales perjudiciales; y el no promulgar o hacer cumplir las leyes a fin de impedir la contaminación del agua, el aire y el suelo por las industrias extractivas y manufactureras.

Violaciones de la obligación de cumplir

52. Las violaciones de las obligaciones de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna.

IV. APLICACIÓN EN EL PLANO NACIONAL

Legislación marco

53. Las medidas viables más apropiadas para el ejercicio del derecho a la salud variarán significativamente de un Estado a otro. Cada Estado tiene un margen de discreción al determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas.

No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona tenga acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud y pueda gozar cuanto antes del más alto nivel posible de salud física y mental. Para ello es necesario adoptar una estrategia nacional que permita a todos el disfrute del derecho a la salud, basada en los principios de derechos humanos que definan los objetivos de esa estrategia, y formular políticas y establecer los indicadores y las bases de referencia correspondientes del derecho a la salud. La estrategia nacional en materia de salud también deberá tener en cuenta los recursos disponibles para alcanzar los objetivos fijados, así como el modo más rentable de utilizar esos recursos.

54. Al formular y ejecutar las estrategias nacionales de salud deberán respetarse, entre otros, los principios relativos a la no discriminación y la participación del pueblo. En particular, un factor integrante de toda política, programa o estrategia con miras al cumplimiento de las obligaciones gubernamentales en virtud del artículo 12 es el derecho de los particulares y grupos a participar en el proceso de adopción de decisiones que puedan afectar a su desarrollo. Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Sólo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo.

55. La estrategia y el plan de acción nacionales de salud también deben basarse en los principios de rendición de cuentas, la transparencia y la independencia del poder judicial, ya que el buen gobierno es indispensable para el efectivo ejercicio de todos los derechos humanos, incluido el derecho a la salud. A fin de crear un clima propicio al ejercicio de este derecho, los Estados Partes deben adoptar las medidas apropiadas para cerciorarse de que, al desarrollar sus actividades, el sector de la empresa privada y la sociedad civil conozcan y tengan en cuenta la importancia del derecho a la salud.

56. Los Estados deben considerar la posibilidad de adoptar una ley marco para dar efectividad a su derecho a una estrategia nacional de salud. La ley marco debe establecer mecanismos nacionales de vigilancia de la aplicación de las estrategias y planes de acción nacionales de salud. Esa ley deberá contener disposiciones sobre los objetivos que deban alcanzarse y los plazos necesarios para ello; los medios que permitan establecer las cotas de referencia del derecho a la salud; la proyectada cooperación con la sociedad civil, incluidos los expertos en salud, el sector privado y las organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional por la ejecución de la estrategia y el plan de acción nacionales del derecho a la salud; y los posibles procedimientos de apelación. Al vigilar el proceso conducente al ejercicio del derecho a la salud, los Estados Partes deben identificar los factores y las dificultades que afectan al cumplimiento de sus obligaciones.

Indicadores y bases de referencia del derecho a la salud

57. Las estrategias nacionales de salud deben identificar los pertinentes indicadores y bases de referencia del derecho a la salud. El objetivo de los indicadores debe consistir en vigilar, en los planos nacional e internacional, las obligaciones asumidas por el Estado Parte en virtud del artículo 12. Los Estados podrán obtener una orientación respecto de los indicadores pertinentes del derecho a la salud —que permitirán abordar los distintos aspectos de ese derecho— de la labor que realizan al respecto la OMS y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Los indicadores del derecho a la salud requieren un desglose basado en los motivos de discriminación prohibidos.

58. Una vez identificados los pertinentes indicadores del derecho a la salud, se pide a los Estados Parte que establezcan las bases nacionales de referencia apropiadas respecto de cada indicador. En relación con la presentación de informes periódicos, el Comité emprenderá con el Estado Parte un proceso de determinación del alcance de la aplicación. Dicho proceso entraña el examen conjunto por el Estado Parte y el Comité de los indicadores y bases de referencia nacionales, lo que a su vez permitirá determinar los objetivos que deban alcanzarse durante el próximo período de presentación del informe. En los cinco años siguientes, el Estado Parte utilizará esas bases de referencia nacionales para vigilar la aplicación del artículo 12.

Posteriormente, durante el proceso ulterior de presentación de informes, el Estado Parte y el Comité determinarán si se han logrado o no esas bases de referencia, así como las razones de las dificultades que hayan podido surgir.

Recursos y rendición de cuentas

59. Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional (113). Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos. Los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos, los foros de consumidores, las asociaciones en pro de los derechos del paciente o las instituciones análogas de cada país deberán ocuparse de las violaciones del derecho a la salud.

60. La incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho a la salud puede ampliar considerablemente el alcance y la eficacia de las medidas correctivas, por lo que debe alentarse en todos los casos (114). La incorporación permite que los tribunales juzguen los casos de violaciones del derecho a la salud, o por lo menos de sus obligaciones fundamentales, haciendo referencia directa al Pacto.

61. Los Estados Partes deben alentar a los magistrados y demás jurisperitos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a la violación al derecho a la salud.

62. Los Estados Partes deben respetar, proteger, facilitar y promover la labor realizada por los defensores de los derechos humanos y otros representantes de la sociedad civil con miras a ayudar a los grupos vulnerables o marginados a ejercer su derecho a la salud.

(113) Con independencia de que los grupos en cuanto tales puedan presentar recursos como titulares indiscutibles de derechos, los Estados Partes están obligados por las obligaciones colectivas e individuales enunciadas en el artículo 12. Los derechos colectivos revisten importancia crítica en la esfera de la salud; la política contemporánea de salud pública se basa en gran medida en la prevención y la promoción, enfoques que van esencialmente dirigidos a los grupos

(114) Véase la observación general N° 2 (párr. 9).

V. OBLIGACIONES DE LOS ACTORES QUE NO SEAN ESTADOS PARTES

63. El papel desempeñado por los organismos y programas de las Naciones Unidas, y en particular la función esencial asignada a la OMS para dar efectividad al derecho a la salud en los planos internacional, regional y nacional, tiene especial importancia, como también la tiene la función desempeñada por el UNICEF en lo que respecta al derecho a la salud de los niños.

Al formular y aplicar sus estrategias nacionales del derecho a la salud, los Estados Partes deben recurrir a la cooperación y asistencia técnica de la OMS. Además, al preparar sus informes, los Estados Partes deben utilizar la información y los servicios de asesoramiento amplios de la OMS en lo referente a la reunión de datos, el desglose de los mismos y la elaboración de indicadores y bases de referencia del derecho a la salud.

64. Además, es preciso mantener los esfuerzos coordinados para dar efectividad al derecho a la salud a fin de reforzar la interacción entre todos los actores de que se trata, en particular los diversos componentes de la sociedad civil. Conforme a lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Pacto, la OMS, la Organización Internacional del Trabajo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el UNICEF, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, los bancos regionales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y otros órganos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas deberán cooperar eficazmente con los Estados Partes, aprovechando sus respectivos conocimientos especializados y respetando debidamente sus distintos mandatos, para dar efectividad al derecho a la salud en el plano nacional. En particular, las instituciones financieras internacionales, especialmente el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, deberán prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud en sus políticas de concesión de préstamos, acuerdos crediticios y programas de ajuste estructural. Al examinar los informes de los Estados Partes y la capacidad de éstos para hacer frente a las obligaciones dimanantes del artículo 12, el Comité examinará las repercusiones de la asistencia prestada por todos los demás actores.

La adopción por los organismos especializados, programas y órganos de las Naciones Unidas de un enfoque basado en los derechos humanos facilitará considerablemente el ejercicio del derecho a la salud. Al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité también tendrá en cuenta el papel desempeñado por las asociaciones profesionales de la salud y demás organizaciones no gubernamentales en lo referente a las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del artículo 12.

65. El papel de la OMS, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, y el UNICEF, así como también por las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones médicas nacionales, reviste especial importancia en relación con la prestación de socorros en casos de desastre y la ayuda humanitaria en situaciones de emergencia, en particular la asistencia prestada a los refugiados y los desplazados dentro del país. En la prestación de ayuda médica internacional y la distribución y gestión de recursos tales como el agua potable, los alimentos y los suministros médicos, así como de ayuda financiera, debe concederse prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población.

Aprobado el 11 de mayo de 2000.

-II-

Condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización - Discapacitado mental - Responsabilidad internacional - Derecho a la vida - Derecho a la integridad personal - Derecho a las garantías judiciales - Derecho a la protección judicial.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (115)

CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 2006

 **Antecedentes:**

El señor Damião Ximenes Lopes fue internado para recibir tratamiento psiquiátrico en un centro de atención psiquiátrica privado que operaba dentro del marco del sistema público de salud del Brasil. Falleció al final de tres días de internación, durante los cuales las condiciones generales del lugar y la atención médica fueron sumamente precarias, en virtud de violencia ejercida contra los pacientes, aplicación de sujeción, etc.

El proceso penal que se inició para investigar, identificar y sancionar a los responsables de los malos tratos y muerte del señor Ximenes Lopes se encontraba aún pendiente a más de seis años de los hechos, sin que se haya dictado sentencia de primera instancia. Asimismo, la acción civil de resarcimiento que buscaba una compensación por los daños tampoco había sido resuelta al momento de dictar sentencia la Corte Interamericana.

Presentada la denuncia ante la Comisión Interamericana, y habiendo reconocido el Estado responsabilidad internacional respecto a algunas cuestiones, la Comisión presentó la demanda ante la Corte Interamericana, que resolvió que el Estado Brasileño violó, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2, de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado; en

(115) **Nota de Secretaría:** En el caso *Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100 (disponible en la página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.doc), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso de Walter David Bulacio a la Corte Interamericana invocando que involucraba la vulneración de derechos a la libertad e integridad personal, a la vida, a las garantías judiciales, a la protección judicial, y a los derechos de los niños, entre otros, (arts. 1, 4, 5, 7, 8, 19 y 25 de la Convención Americana), por actos y omisiones de la República Argentina. Dicha demanda se refirió a los hechos acaecidos cuando Walter David Bulacio fue detenido por la Policía Federal Argentina en el marco de un operativo policial cuando pretendía asistir a un concierto de música rock y, producto de las condiciones de detención y las torturas recibidas en el mismo cuerpo policial, falleció a los siete días.

La Corte IDH por unanimidad decidió admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y aprobar el acuerdo. Ordenó, asimismo, que el Estado argentino debía proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos del caso y sancionar a los responsables; que los familiares de la víctima debían tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones debían ser públicamente divulgadas. El Estado debía garantizar que no se repitieran hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que fueran necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad. Debía también abonar el daño material, inmaterial y costas y gastos.

Ver, asimismo, COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, INFORME N° 63/99, Organización de Estados Americanos, CASO 11.427, VICTOR ROSARIO CONGO ECUADOR, 13 de abril de 1999.

perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana; y en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.

Algunas cuestiones a resolver:

- a) **Convención Americana sobre Derechos Humanos. Obligaciones de los Estados partes. Obligaciones de las entidades privadas. Víctimas.** (Mayoría: párrafos 87, 89, 95 a 99, 147, 156; Voto razonado del juez García Ramírez: párrafo 9º; Antônio Augusto Cançado Trindade: párrafo 9º).
- b) **Derecho a la vida. Derecho a la salud. Bien público. Fiscalización.** (Mayoría: párrafos 89 y 99; 141).
- c) **Persona en situación de vulnerabilidad (116). Discapacidad. Derecho a la Salud. Condiciones de internación dignas.** (Mayoría: párrafos 103, 104, 128 a 131, 133 a 140, 145 a 147; Voto razonado del juez García Ramírez: párrafos 4º, 5º, 11, 14, 17, 18).
- d) **Derecho de acceso a la justicia. Tutela judicial efectiva. Justicia pronta.** (Mayoría: párrafos: 174, 179, 190 a 196, 203; Voto separado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade: párrafos 24, 28).

Estándar aplicado por la Corte:

- Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad, por lo que la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en su nombre.
- El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida

(116) **Nota de Secretaría:** En la Competencia 602 XLII. “H., L. A. s/ insania - proceso especial” (Fallos: 330:2774), la Corte, por mayoría, y remitiendo a lo dictaminado por la Señora Procuradora Fiscal subrogante, resolvió que era competente para entender en un proceso de insania, el juez que previno en la internación del presunto incapaz, si no fue posible determinar fehacientemente el lugar actual del establecimiento asistencial en donde se encontraría ni su última residencia. Los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, en disidencia, remitieron a “T” (Fallos: 328:4832) y a “Ximenes Lopes vs. Brasil” de la Corte IDH. La jueza Argibay también disidente, agregó que tratándose de los supuestos contemplados en el art. 152 bis del CC, no es procedente apartarse del criterio de atribución de competencia de acuerdo al domicilio del presunto incapaz o inhabilitado. Ver “T., R. A.” (Fallos: 328:4832) publicado en la página 127 de este suplemento.

arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, que forma parte del *ius cogens*, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- Dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud, por lo que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

- Los Estados, según el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad, dentro de lo cual se incluye la obligación de crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud.

- Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial. Dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico, en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas.

- De la obligación general de garantía de los derechos a la vida y a la integridad física, nacen deberes especiales de protección y prevención, los cuales, en el presente caso, se traducen en deberes de cuidar y de regular. Los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad, entre las que se encuen-

tran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.

- Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental, comprensivo de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales, garantizando que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas.

- Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas ofrecen una guía útil para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente.

- Cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento —sujeción— debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos, aplicándose el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud.

- Los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas, ya que se considera violado el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos.

- Los Estados tienen el deber de investigar las afectaciones a los derechos a la vida y a la integridad personal como una condición para garantizar tales derechos, como se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana.

- El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como uno de los elementos del debido proceso que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable, que se aprecia en relación con la duración total del procedimiento, tomando en consideración tres elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

Texto del Fallo:

En el caso *Ximenes Lopes*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces (117): Sergio García Ramírez, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez; Cecilia Medina Quiroga, Jueza; Manuel E. Ventura Robles, Juez, y Diego García-Sayán; Juez; presentes, además, Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta; de acuerdo con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 29, 31, 53.2, 56 y 58 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), dicta la siguiente Sentencia.

I

Introducción de la Causa

1. El 1 de octubre de 2004, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió ante la Corte una demanda contra la República Federativa del Brasil (en adelante “el Estado” o “el Brasil”), la cual se originó en la denuncia No. 12.237, recibida en la Secretaría de la Comisión el 22 de noviembre de 1999.

2. La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes (en adelante “el señor Damião Ximenes Lopes”, “el señor Ximenes Lopes” o “la presunta víctima”), por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes, una persona con discapacidad mental; los alegados golpes y ataques contra la integridad personal de que se indica fue víctima por parte de los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes (en adelante “la Casa de Reposo Guararapes” o “el hospital”); su muerte mientras se encontraba allí sometido a tratamiento psiquiátrico; así como la supuesta falta de investigación y garantías judiciales que caracterizan su caso y lo mantienen en la impunidad. La presunta víctima fue internada el 1 de octubre de 1999 para recibir tratamiento psiquiátrico en la Casa de Reposo Guararapes, la cual era un centro de atención psiquiátrica privado, que operaba dentro del marco del sistema público de salud del Brasil, llamado Sistema Único de Salud (en adelante “el Sistema Único de Salud” o “el SUS”), en el Municipio de Sobral, estado del Ceará. El señor Ximenes Lopes falleció el 4 de octubre de 1999 dentro de la Casa de Reposo Guararapes, al final de tres días de internación.

3. Agregó la Comisión que los hechos del presente caso se ven agravados por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad mental, así como por la especial obligación del Estado de brindar protección a las personas que se encuentran bajo el cuidado de centros de salud que funcionan dentro del Sistema Único de Salud del Estado. Consecuentemente, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda y que reintegre las costas y gastos.

(117) El Juez Oliver Jackman informó a la Corte que, por motivos de fuerza mayor, no podía estar presente en la deliberación y firma de la presente Sentencia.

II

Competencia

4. La Corte es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer el presente caso, en razón de que el Brasil es Estado Parte en la Convención Americana desde el 25 de septiembre de 1992 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 10 de diciembre de 1998.

III

Procedimiento ante la Comisión

5. El 22 de noviembre de 1999 la señora Irene Ximenes Lopes Miranda (en adelante “la peticionaria”) presentó una petición ante la Comisión Interamericana contra el Brasil, en la cual denunció los hechos ocurridos en perjuicio de su hermano, el señor Damião Ximenes Lopes.

6. El 14 de diciembre de 1999 la Comisión inició la tramitación de la petición bajo el No. 12.237, y solicitó que el Estado informara sobre “cualquier elemento de juicio que permit[iera] a la Comisión verificar si, en el caso [...], fueron o no agotados los recursos de la jurisdicción interna”, para lo que la Comisión concedió al Estado un plazo de 90 días.

7. El 9 de octubre de 2002, durante su 116º Período Ordinario de Sesiones, la Comisión, en consideración de la posición de la peticionaria y la falta de respuesta por parte del Estado, aprobó el Informe de Admisibilidad No. 38/02. Dicho informe fue transmitido a la peticionaria y al Estado el 25 de octubre de 2002.

8. El 8 de mayo de 2003 la Comisión se puso a disposición de las partes en el marco del procedimiento de solución amistosa.

9. El 17 de octubre de 2003 la Comisión recibió una comunicación de la peticionaria en la cual informó que se tuviera al Centro por la Justicia Global como co-peticionario en el caso (en adelante “los peticionarios”).

10. El 8 de octubre de 2003, durante su 118º Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe de Fondo No. 43/03, mediante el cual concluyó, *inter alia*, que el Estado es responsable de la violación de los derechos consagrados en los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 4 (Derecho a la Vida), 25 (Protección Judicial) y 8 (Garantías Judiciales) de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 de dicho tratado, por la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes en condiciones inhumanas y degradantes, por las violaciones a su integridad personal, y por su asesinato; y por las violaciones a la obligación de investigar, al derecho a un recurso efectivo y a las garantías judiciales relacionadas con la investigación de los hechos. La Comisión recomendó al Estado la adopción de una serie de medidas para subsanar las mencionadas violaciones.

11. El 31 de diciembre de 2003 la Comisión Interamericana transmitió el Informe de Fondo No. 43/03 al Estado y fijó un plazo de dos meses para que informara sobre las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones formuladas en el mismo. Ese mismo día la Comisión notificó a los peticionarios la adopción del informe y su transmisión al Estado y les solicitó a éstos que informaran su posición respecto de someter el caso ante la Corte Interamericana.

12. El 8 de marzo de 2004 la Comisión recibió una comunicación de los peticionarios, en la cual expresaron que era “extremadamente importante el envío del caso a la Corte Interamericana[...] una vez que el Estado a pesar de pocas y eventuales acciones pertinentes al caso, no cumplió con las tres recomendaciones de esa Honorable Comisión, en el informe dirigido al Estado el 31 de diciembre de 2003”.

13. Los días 17 de marzo y 18 de junio de 2004 el Estado solicitó a la Comisión la concesión de prórrogas para “implementar las recomendaciones” del Informe de Fondo No. 43/03. Dichas prórrogas fueron otorgadas. En ambas ocasiones el Estado aceptó en forma expresa e irrevocable que la concesión de las prórrogas suspendía el plazo establecido en el artículo 51.1 de la Convención para elevar el caso a la Corte.

14. El 23 de septiembre de 2004 el Estado presentó un informe parcial sobre la implementación de las recomendaciones de la Comisión y el 29 de septiembre siguiente, doce días después de vencido el plazo otorgado, el Estado presentó otra comunicación que contenía la contestación al Informe de Fondo emitido por la Comisión.

15. El 30 de septiembre de 2004 la Comisión decidió someter el presente caso a la Corte.

IV

Procedimiento ante la Corte

16. El 1 de octubre de 2004 la Comisión presentó la demanda ante la Corte, adjuntó prueba documental y ofreció prueba testimonial y pericial. La Comisión designó delegados a José Zalaquett y Santiago A. Canton, y como asesores legales a Ignacio Álvarez, Ariel Dulitzky, Víctor Madrigal Borloz y Lilly Ching (118). El 29 de octubre de 2004 la Comisión remitió la demanda en idioma portugués.

17. El 3 de noviembre de 2004 la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), previo examen preliminar de la demanda realizado por el Presidente de la Corte (en adelante “el Presidente”), notificó ésta junto con sus anexos al Estado y le informó sobre los plazos para contestarla y designar su representación en el proceso.

18. El 3 de noviembre de 2004, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.1.e del Reglamento, la Secretaría notificó la demanda al Centro por la Justicia Global, designado en la demanda como representante de la presunta víctima y sus familiares (119) (en adelante “los representantes”) y se le informó que contaba con un plazo de dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”).

19. El 3 de diciembre de 2004 el Estado comunicó la designación de la señora Virgínia Charpinel Junger Cestari como Agente y señaló que se reservaba la prerrogativa de indicar oportunamente a otros representantes para actuar en el referido caso (120).

(118) Durante el trámite del caso la Comisión realizó cambios en la designación de sus representantes ante la Corte.

(119) Durante el trámite del caso se realizaron cambios en la designación de los representantes de la presunta víctima y sus familiares ante la Corte.

(120) Durante el trámite del caso el Estado realizó cambios en la designación de sus representantes ante la Corte.

20. El 14 de enero de 2005 los representantes presentaron su escrito de solicitudes y argumentos, al cual acompañaron prueba documental y ofrecieron prueba testimonial y pericial. Los representantes indicaron que el Estado no cumplió con las obligaciones relativas a la garantía de los derechos tutelados en los artículos 4 (Derecho a la Vida) y 5 (Derecho a la Integridad Personal), en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de ese tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes. Igualmente, señalaron que el Estado había violado los derechos consagrados en los artículos 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención, y con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de ese tratado, en perjuicio de Damião Ximenes Lopes y sus familiares. Además, solicitaron a la Corte que ordenara el pago de daños materiales e inmateriales, y que ordenara medidas de no repetición, así como que reintegre las costas y gastos.

21. El 8 de marzo de 2005 el Estado presentó el escrito mediante el cual interpuso una excepción preliminar, la contestación de demanda y sus observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante "escrito de contestación de la demanda"), a lo cual adjuntó prueba documental y ofreció prueba testimonial y pericial.

22. El 29 de marzo de 2005 el Estado designó a los señores Murilo Vieira Komniski, Renata Lúcia de Toledo Pelizón, Carolina Campos de Melo y Cristina Timponi Cambiaghi como agentes alternos.

23. El 6 de mayo de 2005 los representantes y la Comisión presentaron sus alegatos escritos a la excepción preliminar interpuesta por el Estado. Los representantes indicaron que la excepción interpuesta por el Estado es absolutamente extemporánea y no debe ser conocida por la Corte. Por su parte, la Comisión señaló que "[...] no existe razón alguna para reabrir la cuestión de la admisibilidad y [que la Corte] rechace de plano la excepción interpuesta por el Estado; o alternatively, [...] que la decisión sobre la admisibilidad emitida por la Comisión en el presente caso es conforme con las normas convencionales aplicables, y por lo tanto, no es de recibo la excepción planteada por el Estado".

24. El 22 de septiembre de 2005 el Presidente dictó una Resolución mediante la cual requirió que el señor Milton Freire Pereira, propuesto como testigo por los representantes; y los señores José Jackson Coelho Sampaio, Pedro Gabriel Godinho Delgado, Braz Geraldo Peixoto, Jurandir Freire Costa, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Benilton Bezerra Júnior y Luís Fernando Farah Tófoli, propuestos como testigos por el Estado, prestaran testimonios a través de declaraciones rendidas ante fedatario público (affidávit). También requirió que los señores Eric Rosenthal y João Baptista Breda, propuestos como peritos por la Comisión, y el señor Dalmo de Abreu Dallari, propuesto como perito por los representantes, aportaran dictámenes a través de declaraciones rendidas ante fedatario público (affidávit). El Presidente otorgó a las partes plazo hasta el 24 de octubre de 2005 para presentar todas las declaraciones rendidas ante fedatario público (affidávit). Además, en la referida Resolución, el Presidente convocó a la Comisión, a los representantes y al Estado a una audiencia pública que se celebraría en la sede de la Corte Interamericana a partir del 30 de noviembre de 2005, para escuchar sus alegatos finales orales sobre la excepción preliminar y eventuales fondo, reparaciones y costas, así como los testimonios de la señora Irene Ximenes Lopes Miranda y el señor Francisco das Chagas Melo, propuestos por la Comisión; del señor João Alfredo Teles, propuesto por los representantes; y de los señores Luiz Odorico Monteiro de Andrade y Emilio de Medeiros Viana, propuestos por el Estado; así como el peritaje de la señora Lúcia Dias Costa, propuesta por los representantes. Por último, la Corte informó a las partes que contaban con plazo improrrogable.

ble hasta el 9 de enero de 2006 para presentar sus alegatos finales escritos en relación con la excepción preliminar y eventuales fondo, reparaciones y costas.

25. El 13 de octubre de 2005 el Estado comunicó que designaba al señor Milton Nunes Toledo Junior, como nuevo agente, en sustitución de la señora Virgínia Charpinel Junger Cestari.

26. El 24 de octubre de 2005 la Comisión presentó el peritaje rendido ante notario público por el señor Eric Rosenthal. El 27 de octubre de 2005 la Comisión informó que desistía de la presentación del peritaje del señor João Batista Breda.

27. El 27 de octubre de 2005 el Estado remitió las declaraciones con firma autenticada por notario público de los señores José Jackson Coelho de Sampaio, Braz Geraldo Peixoto, Domingos Sávio do Nascimento Alves y Luís Fernando Farah de Tófoli. Además, informó que el señor Emílio de Medeiros Viana tenía impedimento legal para prestar testimonio, una vez que la legislación interna brasileña “prohíbe a los magistrados emitir opinión sobre el proceso que esté bajo su responsabilidad” y remitió una declaración con firma reconocida por notario público rendida por el referido señor. En consecuencia, el Estado solicitó la sustitución del señor Emílio de Medeiros Viana por el señor Gabriel Godinho Delgado, para que el último comparezca como testigo en la mencionada audiencia pública. Por último, el Estado informó que desistía de presentar las declaraciones de los señores Jurandir Freire Costa y Benilton Bezerra Júnior.

28. El 28 de octubre de 2005 los representantes presentaron la declaración con firma autenticada por notario público rendida por el señor Milton Freire Pereira.

29. El 9 de noviembre de 2005 la Comisión presentó sus observaciones a las declaraciones de testigos y peritaje remitidas por el Estado y los representantes, así como respecto a la solicitud de sustitución de un testigo por parte del Estado. La Comisión observó que la declaración del señor José Jackson Coelho Sampaio “no es en realidad un testimonio [...], sino que corresponde en realidad a un informe pericial” y que “él no fue convocado como perito por el Tribunal”. De esta forma, la Comisión estimó que las conclusiones u opiniones del señor Coelho Sampaio no deben ser considerados como prueba y que el Tribunal no debe considerar los otros elementos de su declaración como prueba suficiente para acreditar, por sí misma, hecho alguno en el proceso. En lo relativo a la sustitución del testigo propuesta por el Estado, la Comisión consideró que aunque el testigo Emílio de Medeiros Viana no comparecerá a la audiencia pública, el Estado ya presentó su declaración por escrito, así que “lo que ha habido es un cambio en la modalidad de declaración del testigo [...] por lo que no procedería sustituirlo”. No presentó observaciones respecto a las declaraciones de Braz Geraldo Peixoto, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Luís Fernando Farah Tófoli y Milton Freire Pereira, pero mencionó que se reservaba el derecho de efectuar observaciones en oportunidades procesales futuras.

30. El 9 de noviembre de 2005 los representantes presentaron sus observaciones a las declaraciones de los testigos y peritaje remitidas por las Comisión y por el Estado. Los representantes indicaron, en cuanto a la solicitud del Estado de que la Corte admita como prueba la declaración del señor Emílio de Medeiros Viana, que la misma no debe ser acogida una vez que ese señor se encuentra impedido por las normativas del derecho interno de prestar testimonio sobre el caso. Asimismo, los representantes objetaron la sustitución del testigo de Medeiros Viana por Pedro Gabriel Godinho Delgado propuesta por el Estado, por considerar que no tiene justificativa y produce un desequilibrio procesal entre las partes que les podría causar perjuicios. Los representantes hicieron algunas observaciones a las declaraciones rendidas por los señores José Jackson Coelho Sampaio, Domingos Sávio do Nascimento, Alves Braz Ge-

raldo Peixoto y Luís Fernando Farah de Tófoli. El 11 de noviembre de 2005 los representantes presentaron el dictamen del señor Dalmo de Abreu Dallari.

31. El 18 de noviembre de 2005 el Estado designó al señor Sérgio Ramos de Matos Brito como agente alterno del Estado y solicitó que la Corte se pronunciara en la audiencia pública sobre la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado (*supra* párr. 21).

32. El 24 de noviembre de 2005 la Corte dictó una Resolución, mediante la cual convocó el señor Pedro Gabriel Godinho Delgado, propuesto por el Estado, para que compareciera como testigo en la audiencia pública convocada para el 30 de noviembre de 2005 (*supra* párr. 24).

33. El 29 de noviembre de 2005 la Corte dictó una Resolución, mediante la cual resolvió encargar a su Presidente, Juez Sergio García Ramírez, a su Vicepresidente, Juez Alirio Abreu Burelli, al Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, a la Jueza Cecilia Medina Quiroga y al Juez Manuel E. Ventura Robles, para que asistieran a la audiencia pública convocada en el presente caso (*supra* párr. 24).

34. Los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2005 se celebró la audiencia pública en la cual comparecieron ante la Corte: a) por la Comisión Interamericana: los señores Floren-tín Meléndez, Ignacio J. Álvarez, Víctor Madrigal Borlotz, Leonardo Jun Ferreira Hidaka, y la señora Lilly Ching; b) por los representantes: los señores James Louis Cavallaro y Fernando Delgado, y las señoras Renata Verônica Côrtes de Lira y Deborah Popowski; c) por el Estado: los señores Milton Nunes de Toledo Junior, Francisco Soares Alvim Neto, Christiano Sávio Barros Figuerôa, Alfredo Schechtmann y Alexandre Pinto Moreira, y las señoras Maria Luiza Ribeiro Viotti, Carolina Campos de Melo, Renata Lucia de Toledo Pelizon y Márcia Adorno Ramos. La audiencia pública se dividió en dos partes. En la primera parte de la audiencia pública el Estado, la Comisión y los representantes se refirieron a la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

35. El mismo 30 de noviembre de 2005 la Corte dictó Sentencia sobre la Excepción Preliminar, en la cual resolvió:

1. Desestimar la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado.
2. Continuar con la celebración de la audiencia pública convocada mediante Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2005, así como los demás actos procesales relativos al fondo, y eventuales reparaciones y costas en el presente caso.

[...]

36. La Sentencia sobre la Excepción Preliminar fue notificada a las partes y se continuó con la celebración de la segunda parte de la audiencia pública. Al inicio de ésta, el Estado manifestó su reconocimiento de responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en el presente caso (*infra* párrs. 63 y 66). Al respecto, tanto la Comisión como los representantes se refirieron al reconocimiento efectuado por el Estado (*infra* párrs. 64 y 65). Luego la Corte decidió continuar con la audiencia pública para escuchar los testimonios y peritaje de las personas que habían sido convocadas a comparecer ante el Tribunal y escuchar los alegatos finales en relación con el fondo, y las eventuales reparaciones y costas, teniendo en cuenta el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado. El testigo

João Alfredo Teles Melo presentó algunos documentos al rendir su declaración. Asimismo, durante la audiencia pública los representantes y el Estado presentaron algunos documentos.

37. El 23 de diciembre de 2005 la Comisión presentó sus alegatos finales escritos. El 4 de enero de 2006 la Comisión remitió los anexos a dichos alegatos e indicó que éstos corresponden a documentos producidos con posterioridad a la presentación de la demanda y que, por lo tanto, son prueba superviniente, de conformidad con el artículo 44.3 del Reglamento.

38. El 9 de enero de 2006 los representantes y el Estado remitieron sus alegatos finales escritos.

39. El 13 de junio de 2006 la Secretaría requirió a la Comisión, a los representantes y al Estado, siguiendo instrucciones del Presidente, de acuerdo con el artículo 45 del Reglamento, diversos documentos como prueba para mejor resolver.

40. El 22 y 26 de junio de 2006 la Comisión y los representantes, respectivamente, remitieron parte de la prueba para mejor resolver. Los días 26 y 28 de junio de 2006 el Estado presentó parte de la prueba para mejor resolver.

V

Prueba

41. Antes de examinar las pruebas ofrecidas, la Corte realizará, a la luz de lo establecido en los artículos 44 y 45 del Reglamento, algunas consideraciones desarrolladas en la propia jurisprudencia del Tribunal y aplicables a este caso.

42. En materia probatoria rige el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes. Este principio se recoge en el artículo 44 del Reglamento, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba para que haya igualdad entre las partes (121).

43. Según la práctica del Tribunal, al inicio de cada etapa procesal las partes deben señalar qué pruebas ofrecerán en la primera oportunidad que les concede para pronunciarse por escrito. Además, en ejercicio de las potestades discrecionales contempladas en el artículo 45 de su Reglamento, la Corte o su Presidente podrán solicitar a las partes elementos probatorios adicionales como prueba para mejor resolver, sin que ello se traduzca en una nueva oportunidad para ampliar o complementar los alegatos, salvo que el Tribunal lo permita expresamente (122).

44. La Corte ha señalado, en cuanto a la recepción y valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites que impone el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacio-

(121) Cfr. *Caso Baldeón García*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 60; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 30; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 183.

(122) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 61; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 4, párr. 31; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 184.

nal, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, no ha establecido una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (123).

45. Con fundamento en lo anterior, la Corte procederá a examinar y valorar los elementos probatorios documentales remitidos por la Comisión, los representantes y el Estado en diversas oportunidades procesales o como prueba para mejor resolver que les fue solicitada por el Presidente, todo lo cual conforma el acervo probatorio del presente caso. Para ello el Tribunal se atenderá a los principios de la sana crítica, dentro del marco legal correspondiente.

A) Prueba Documental

46. Los representantes remitieron una declaración testimonial, el Estado remitió cuatro declaraciones testimoniales, y la Comisión remitió un peritaje, todos rendidos mediante declaraciones con firma autenticada, excepto la del perito propuesto por la Comisión que fue rendido ante notario público, en respuesta a lo dispuesto por el Presidente en su Resolución de 22 de septiembre de 2005 (*supra* párr. 24). Dichas declaraciones y dictamen se resumen a continuación:

1. Declaración propuesta por los representantes:

a) Milton Freire Pereira, ex paciente de instituciones psiquiátricas

Durante diez años fue paciente de instituciones psiquiátricas, y actualmente es director del Instituto Franco Baságli y miembro del “Movimiento Antimanicomial”. Todavía tiene fuertes recuerdos de los cuartos de los hospitales en que estuvo internado y de los electrochoques que ahí recibió. Su rehabilitación ocurrió fuera de los hospitales.

Le causó gran tristeza la degradante y humillante muerte del señor Damião Ximenes Lopes. Su muerte se enmarcó en la cultura de mortificación existente con respecto a las personas con enfermedad mental. Existe una creencia de que no se puede curar la discapacidad mental, lo que es consecuencia de la segregación, clausura, violencia y ausencia de vínculos sociales a que son sometidas aquellas las personas.

La atención de salud mental en el Estado cambió mucho con la implantación de servicios sustitutivos al modelo del hospital psiquiátrico. En el actual modelo hay participación multidisciplinaria de profesionales como psicólogos, asistentes sociales y terapeutas ocupacionales. Sin embargo, la hegemonía del modelo manicomial centrado en los hospitales todavía permanece. Ese modelo continúa matando, esclavizando y evitando para siempre, a las personas que necesitan de atención de salud mental, la participación en su propio tratamiento, sin posibilidad de rehabilitarse.

(123) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 62; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 32; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 185.

2. Declaraciones propuestas por el Estado:

a) José Jackson Coelho Sampaio, médico psiquiatra

Desde el año 1962 hasta el año 1991 la asistencia psiquiátrica se daba mediante la internación en hospitales privados, método iniciado durante la dictadura militar. En el estado del Ceará había seis hospitales privados, todos asociados a la administración pública, inclusive la Casa de Reposo Guararapes, en Sobral. Hubo un movimiento de reforma psiquiátrica que resultó en la creación del Centro de Atención Psicosocial (en adelante “Centro de Atención Psicosocial” o “CAPS”) en la ciudad de Iguatu y la emisión de la Ley “Mario Mamede”. Entre los años 1991 y 1998, fueron creados varios otros Centros de Atención Psicosocial, y entre los años 1999 y 2000, ese modelo de atención fue ampliado. Entre los años 2001 y 2005 el estado del Ceará impulsó el crecimiento de la red de Centros de Atención Psicosocial, e incluyó a la ciudad de Sobral.

La Casa de Reposo Guararapes atendía una región de casi un millón de habitantes, pero dicho hospital tenía solamente ciento diez camas de internación. La asistencia ambulatoria era precaria.

La atención de salud mental cambió mucho después de que la Casa de Reposo Guararapes fue cerrada en julio de 2001. Dicha fecha marca el proceso de transición de un modelo de asistencia enfocado en la atención médico-hospitalaria y de manicomios, para un abordaje descentralizado, regionalizado, con nuevos equipos y proponiendo la rehabilitación y reinserción social de las personas con enfermedades mentales.

b) Domingos Sávio do Nascimento Alves, médico y ex-coordinador de Salud Mental del Ministerio de la Salud del Brasil

El Instituto Franco Basaglia tiene como objetivo principal desarrollar acciones para la formulación de políticas públicas que promuevan y protejan los derechos de los usuarios del servicio de salud mental.

En el año 1992 se creó un proyecto innovador llamado “SOS Derechos del Paciente Psiquiátrico”, que recibe denuncias de usuarios del sistema de salud mental, sus familiares, médicos, entre otros. Al inicio del proyecto eran más frecuentes las denuncias sobre malos tratos y tratamientos abusivos, pero actualmente las denuncias han cambiado y se refieren al ejercicio de ciudadanía y a las dificultades de acceso a la justicia de las personas con enfermedad mental. Dicho cambio demuestra los avances en relación con las quejas sobre los servicios y los profesionales.

A partir del año 1990 el Ministerio de Salud emitió diversas normas que regulan la práctica de los hospitales psiquiátricos en el marco del Sistema Único de Salud; promovió el nuevo registro nacional de las unidades del sistema, y creó el grupo de asistencia psiquiátrica hospitalaria, que realiza visitas de monitoreo.

Entre los años 1993 y 1994 fueron cerradas nueve mil camas hospitalarias y la tasa de muertes en hospitales psiquiátricos se redujo en un 12%. Los hospitales han sido sustituidos por una red de servicios comunitarios, en la cual se incluyen los diversos Centros de Atención Psicosocial (CAPS) y de asistencia en la red básica de salud. En los últimos años, el Ministerio de la Salud, por medio del Programa Nacional de Evaluación de Servicios Hospitalarios Psiquiátricos, ha intervenido en diversas instituciones, y ha reestructurado la asistencia psiquiátrica.

La política de salud mental en el Estado se ha enfocado en la humanización de la atención y la defensa de los derechos de las personas con enfermedades mentales.

c) Luís Fernando Farah de Tófoli, médico psiquiátrico de la Secretaría de Desarrollo Social de Salud de la Ciudad de Sobral

La influencia del caso Ximenes Lopes en la reorganización de la atención a la salud mental en Sobral es un hecho innegable. El 10 julio de 2000 se inició el funcionamiento de la Red de Atención Integral a la Salud Mental de Sobral (RAISM) que es, simbólicamente, la misma fecha en que terminó el Convenio de la Casa de Reposo Guararapes con el Sistema Único de Salud. Dicha Red está compuesta por un Centro de Atención Psicosocial General, una residencia terapéutica, una unidad de internación psiquiátrica en un hospital general y por acciones de monitoreo y enseñanza sobre el programa de salud familiar. Ese modelo de atención ganó diversos premios nacionales por la experiencia exitosa en salud mental.

En el año de 1998 se creó el Centro de Atención Psicosocial General que tenía capacidad limitada hasta el cierre de la Casa de Reposo Guararapes, cuando su responsabilidad y atención aumentó. También se creó una unidad ambulatoria macro-regional de psiquiatría para dar atención ambulatoria a personas que viven en otros municipios y evitar su internación, y el primer servicio público residencial terapéutico en el noreste del Brasil, llamado "Residencia Terapéutica Lar Renacer".

No siempre es posible evitar la internación psiquiátrica. Para los casos de mayor riesgo, se construyó una enfermería, y para los otros casos, se reservaron camas en la enfermería de una clínica regular. Los resultados obtenidos han sido buenos, especialmente en la reducción del número de días de internación de cada paciente y el costo medio de ésta. Los familiares son invitados a acompañar a los pacientes, para mantener el vínculo con ellos durante la internación, la cual debe ser la más breve posible.

La red de Sobral en varios aspectos es única y ejemplar y ofrece un servicio de alta calidad técnica para sus habitantes y poblaciones cercanas. La muerte del señor Ximenes Lopes llevó a la reformulación de la política de salud mental en Sobral y a una respuesta adecuada a las condiciones insostenibles de funcionamiento de la Casa de Reposo Guararapes.

d) Braz Geraldo Peixoto, familiar de usuario del sistema de salud mental, elegido representante de familiares ante la Comisión Nacional de Reforma Psiquiátrica del Ministerio de Salud y ante la Comisión Estadual de la Secretaría de Salud del estado de São Paulo

Los hechos del caso del señor Damião Ximenes Lopes fueron consecuencia del antiguo y obsoleto tratamiento psiquiátrico, que ha disminuido de forma significativa en razón de la nueva política de salud mental que empezó a ser aplicada a partir de los años 70. Sin embargo, fue a partir de la II Conferencia Nacional de Salud Mental, que contó con la participación masiva de usuarios, familiares y profesionales en el área de la salud, realizada en el año de 1992, que una reorientación en el modelo asistencial fue implementada, en el marco de la reforma psiquiátrica en el Estado. En ese contexto nuevos conceptos fueron desarrollados, a partir de recursos humanos formados con una visión dirigida a la reorientación del modelo asistencial y capacitados para actuar en el área con esa finalidad. Igualmente, los familiares y los usuarios del sistema de salud mental pasaron a ejercer un papel fundamental en la determinación de la política de salud mental. Mediante la aprobación de la Ley No. 10.216, de 2001, se lograron grandes avances, aunque dicha ley no haya alcanzado todos los objetivos perseguidos por los familiares y los usuarios del sistema de salud mental. En la Conferencia Brasileña sobre

Centros de Atención Psicosocial (CAPS), realizada en junio de 2004, con la participación de familiares, usuarios y trabajadores del sistema de salud mental, se analizaron ampliamente diversos aspectos de la legislación que rige la materia. Es loable el esfuerzo realizado por el Ministerio de Salud respecto de la reforma a la atención de salud mental.

3. Peritaje propuesto por la Comisión:

a) Eric Rosenthal, experto internacional en la materia de derechos humanos de las personas con enfermedades mentales.

Las personas con discapacidad mental están sujetas a prejuicios y fuertes estigmas, constituyendo un grupo vulnerable a violaciones de derechos humanos a nivel global. Cuatro relatores de las Naciones Unidas constataron que las personas con discapacidades mentales sufren de las más perversas formas de discriminación, así como de difíciles condiciones de vida frente a cualquier otro grupo vulnerable de la sociedad. Estas prácticas violatorias de los derechos de personas con discapacidades mentales siguen patrones similares en todo el mundo. Dichas personas son arbitraria e innecesariamente segregadas de la sociedad en instituciones psiquiátricas, donde se encuentran sujetas a tratamiento inhumano y degradante o a tortura.

Se ha demostrado que la gran mayoría de las personas con discapacidades mentales pueden recibir tratamiento de manera segura y digna dentro de su comunidad, y decidir responsablemente sobre su propio tratamiento. Muchas veces, normas proteccionistas pueden causarles grandes daños al negarles la capacidad de tomar decisiones importantes para sus vidas. La falta de un lenguaje específico concerniente a personas con discapacidad mentales en los instrumentos internacionales de derechos humanos dificulta la aplicación de estas normas a dichas personas.

Como resultado de su marginación, las personas con enfermedades mentales no cuentan con los recursos o el reconocimiento necesarios, para formar organizaciones que defiendan sus derechos a nivel nacional e internacional.

La Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad es el primer instrumento internacional de derechos humanos específicamente dedicado a personas con discapacidad y representa un invaluable compromiso de los Estados Americanos para garantizarles el goce de los mismos derechos que gozan los demás. Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas son las normas más amplias de derechos humanos en relación con el ejercicio de la asistencia para el tratamiento de salud mental. Dichos principios son particularmente útiles como guía para la interpretación de los derechos establecidos en los tratados de derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que individuos con enfermedades mentales internados en una institución psiquiátrica, tal como lo estaba el señor Ximenes Lopes, tienen derecho al consentimiento informado y por ello, el derecho a rechazar el tratamiento. De manera excepcional, el tratamiento coercitivo puede ser justificado en caso de emergencia, cuando sea considerado por una autoridad médica como necesario para prevenir un riesgo inminente para la persona o terceros; en casos de ausencia de emergencia, se justifica solamente bajo la revisión de una autoridad médica independiente. En el caso del señor Ximenes Lopes no existía un riesgo inminente o inmediato, y tampoco existía información respecto de una decisión emitida por una autoridad médica independiente. En ausencia de tales garantías, el señor Damião Ximenes Lopes tenía derecho a rechazar el tratamiento, y

cualquier intento de aplicación de tratamiento coercitivo resultaría una violación del derecho internacional de los derechos humanos.

Dada la naturaleza potencialmente peligrosa y además dolorosa que producen los efectos colaterales de las medicaciones psicotrópicas, el uso injustificado e impuesto de dicha medicación, en contravención de lo dispuesto por los estándares internacionales, debe ser considerado una forma de tratamiento inhumano y degradante y una violación del artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La contención (124) física en tratamientos psiquiátricos, cuando es utilizada adecuadamente, tiene el objetivo de prevenir cualquier daño que pueda ocasionar el paciente a sí mismo o a terceros. Causar daño al paciente bajo la excusa de querer controlar sus emociones es un indicador claro de la falta de una adecuada capacitación del personal de la institución para el empleo de métodos correctos para la utilización de la contención.

En el caso del señor Ximenes Lopes no hay evidencias de que él representara un peligro inminente para sí mismo o terceros. No se ha comprobado que se intentara utilizar un método menos agresivo para controlar un posible episodio de violencia de dicho señor. Por lo tanto, el uso de cualquier forma de fuerza física para ese caso fue ilegal. Una vez sujetado, con las manos amarradas hacia atrás, le correspondía al Estado el deber supremo de proteger al señor Damião Ximenes Lopes debido a su condición de extrema vulnerabilidad. El uso excesivo de fuerza física y la golpiza constituyó una violación de su derecho a una atención humanitaria. Existen otras alternativas que pueden ser utilizadas antes de hacer uso de la fuerza o decidir el aislamiento de un paciente. Los programas de salud mental deberían esforzarse por mantener un ambiente y una cultura de cuidado que minimice la utilización de dichos métodos. El uso injustificado y excesivo de la fuerza en el presente caso constituye una práctica inhumana y un tratamiento degradante.

Cuando el aislamiento y la fuerza son utilizados como medios de castigo, coerción o para objetivos impropios, la violación de los derechos humanos es todavía más grave. En los casos en que el uso de la fuerza haya provocado un gran dolor o sufrimiento físico o psíquico, su indebida utilización con fines impropios podrá constituir tortura. Jamás resulta necesario golpear a un paciente psiquiátrico u ocasionarle cualquier tipo de daño o sufrimiento. El hecho de que el señor Ximenes Lopes estaba desarmado y bajo la custodia del Estado, demuestra que una acción de esa naturaleza no sería proporcional a la eventual amenaza que él pudiera representar. Dada la gran vulnerabilidad de una persona con crisis psiquiátrica, cabe a las autoridades del Estado un nivel mayor de responsabilidad en la protección de estos individuos. La golpiza al señor Damião Ximenes Lopes —y su posterior muerte— podría haber sido evitadas si el Estado hubiese cumplido con su obligación de proporcionarle una institución con funcionarios capacitados para asistirle en su enfermedad mental.

B) Prueba Testimonial y Pericial

47. Los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2005 la Corte recibió en audiencia pública las declaraciones de los testigos propuestos por la Comisión Interamericana, los represen-

(124) La contención es una forma de sujeción, entendida ésta como “cualquier palabra o acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento”. Para efectos de la presente Sentencia la Corte utilizará el término “contención” para designar la sujeción física a que fue sometido el señor Damião Ximenes Lopes.

tantes y el Estado y el dictamen del perito propuesto por los representantes (*supra* párr. 24). A continuación, el Tribunal resume las partes relevantes de dichas declaraciones.

1. Testimonios propuestos por la Comisión

a) Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana de Damião Ximenes Lopes

El señor Damião Ximenes Lopes había sido internado en el año 1995 y, otra vez, en el año 1998. En la última internación la testigo observó que su hermano tenía cortes, heridas en los tobillos y en la rodilla, razón por la cual pidió explicaciones al funcionario de la Casa de Reposo Guararapes, quien le manifestó que las heridas fueron consecuencia de una tentativa de fuga. La testigo creyó en esa versión.

El día 4 de octubre de 1999 cuando la madre de la testigo visitó al señor Damião Ximenes Lopes, él estaba agonizando, y pidió socorro al médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque creía que su hijo iba a morir debido a las condiciones en que se encontraba. Sin embargo, el médico no atendió sus pedidos. El señor Ximenes Lopes murió ese mismo día. Su cadáver presentaba marcas de tortura; sus puños estaban desgarrados y totalmente morados, y sus manos también estaban perforadas, con marcas de uñas y una parte de la nariz la tenía golpeada. La causa de muerte fue descrita por los médicos como “muerte natural, paro cardio-respiratoria” y no se indicó nada más. Luego el cuerpo del señor Damião Ximenes Lopes fue llevado a la ciudad de Fortaleza para efectuarle una autopsia, la cual concluyó “muerte indeterminada”. La familia no creyó en esa pericia, piensa que hubo manipulación y omisión a la verdad. A raíz del caso de su hermano, encontró muchas personas que sufrieron malos tratos o que tuvieron parientes golpeados dentro de la Casa de Reposo Guararapes, pero las familias y las víctimas no tenían interés en denunciar los hechos, porque sentían miedo de enfrentar a la policía y al hospital.

La testigo señaló que de los diversos familiares que tenía el señor Damião Ximenes Lopes, su madre y su padre, así como ella y su hermano Cosme Ximenes Lopes, eran las personas afectivamente más ligadas a él. La testigo sufrió mucho, se sacrificó a sí misma y a su familia con la muerte de su hermano, ya que inició la lucha por obtener justicia. En la época de los hechos tenía una hija recién nacida, y debido al impacto emocional que sufrió, dejó de producir leche materna y no pudo seguir amamantándola. Padeció de depresión por tres años y perdió la motivación de trabajar. Perdió su empleo en la Municipalidad, veintiséis días después de la muerte de su hermano. Sufrió de pesadillas relacionadas con la muerte de su hermano. Pidió justicia por la muerte de su hermano, pues juró que su alma no descansaría mientras no hubiera justicia.

El señor Cosme Ximenes Lopes se identificaba mucho con el señor Damião Ximenes Lopes por ser su hermano gemelo, eran muy próximos y cuando éste falleció, Cosme Ximenes Lopes entró en estado de *shock*, necesitó de ayuda médica, padeció de depresión y dejó de trabajar. La testigo tuvo que ayudar a mantener la familia de su hermano por algún tiempo, mientras se recuperaba. El padre de la testigo si bien estaba separado de la madre de la presunta víctima, nunca interrumpió los lazos familiares con su hijo, Damião Ximenes Lopes y sufrió por su muerte. Decía que “no [era] fácil perder [un hijo todavía] joven”. Estuvo mucho tiempo con un deseo de venganza.

Su madre todavía sufre los efectos de la muerte de su hijo Damião Ximenes Lopes. Quedó con la vida completamente arruinada, hasta hoy padece de depresión y dice que quiere morir. Perdió el gusto por la vida, tuvo gastritis nerviosa y en consecuencia una úlcera duodenal que

fue tratada con dificultad porque ella desarrolló un miedo enorme a los hospitales. Su madre parece sufrir de una cierta “psicosis de defensa a la vida”, porque no quiere tocar nada vivo, como animales, o insectos, porque no quiere matarlos. Todo le trae recuerdos de la muerte de su hijo Damião Ximenes Lopes.

El día de la muerte de su hermano presentaron una denuncia en la Comisaría de Policía de la Séptima Región de Sobral (en adelante “Comisaría Regional de Sobral”) pero, como ésta no inició una investigación, hicieron una denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa. La muerte del señor Damião Ximenes Lopes todavía continúa impune en todas las instancias. El proceso ha demorado mucho.

En relación con el proceso penal señaló que faltaron diligencias en el expediente del proceso, principalmente declaraciones como las de los señores Francisco Ivo de Vasconcelos, João Alves da Silva y Sebastião Vieira Filho, consideradas importantes por la testigo, ya que los testimonios comprometían tanto al hospital como al Estado.

La madre de la testigo, así como toda la familia, rehúsa recibir la pensión vitalicia ofrecida por el Estado por considerar que se trata de una pensión que está por debajo de lo que podría reparar los daños causados. Consideran la propuesta del Estado humillante. Valora la designación del Centro de Atención Psicosocial (CAPS) con el nombre de su hermano, pero no considera que eso signifique justicia, ya que era lo mínimo que podían hacer.

b) Francisco das Chagas Melo, ex paciente de la Casa de Reposo Guararapes

En la época en que estuvo internado en la Casa de Reposo Guararapes fue víctima de actos de violencia y no denunció los hechos a la policía. Supo de otros casos de violencia y muerte dentro de la Casa de Reposo Guararapes, sin que hubiese investigaciones al respecto. Identificó a las personas que cometieron actos de violencia como Eliésio, Cosmo, Carlão y Nonato. Escuchó que Carlão era muy violento y el testigo vió a Cosmo practicar actos de violencia y masturbándose cuando miraba a mujeres desnudas. La Casa de Reposo era un lugar de violencia, de abuso de poder y sin ningún tipo de atención para los pacientes.

2. Testimonio propuesto por los representantes

a) João Alfredo Teles Melo, en la época de los hechos era diputado de la Asamblea Legislativa del estado del Ceará, en donde presidía la Comisión de Derechos Humanos y Ciudadanía. Actualmente es diputado federal.

La Comisión de Derechos Humanos y Ciudadanía funciona como una oficina en donde la población puede presentar demandas, quejas y reclamaciones, las cuales son dirigidas a los órganos responsables. La comisión tiene la función de monitorear el seguimiento de dichas quejas sea por medio de informes o audiencias públicas en materia de derechos humanos. En el caso del señor Damião Ximenes Lopes se invitó a su hermana, a su madre y a otros pacientes que estuvieron en la Casa de Reposo Guararapes para prestar declaración, fueron dirigidos oficios y aprobadas mociones que fueron enviadas a distintas autoridades solicitando medidas, en el ámbito administrativo y disciplinario —para el Consejo de Medicina, la Municipalidad de Sobral, a través de la Secretaría de Salud, Secretaría de Salud del Estado—, como también a las autoridades policiales y judiciales.

En la visita que realizó a la Casa de Reposo Guararapes pudo ver que ésta se encontraba en pésimas condiciones de higiene, los pacientes estaban en malas condiciones, sin ningún

responsable del área médica o administrativa. El Estado no fiscalizó adecuadamente la Casa de Reposo Guararapes.

La demora de más de cinco años del proceso que investiga la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, demuestra que la justicia brasileña es lenta y parcial. La presión del poder político y económico influencia mucho la justicia. Muchas veces hay complicidad entre esos poderes, ellos son muy fuertes y pueden determinar o no el juzgamiento.

En el caso de Damião Ximenes Lopes, recibió informes sobre las investigaciones realizadas por el Consejo Regional de Medicina, entre otros. Sin embargo, nunca le contestaron sobre la investigación disciplinaria del comisario de policía que habría hecho desaparecer pruebas, o sobre el hecho de que la investigación haya sido instaurada apenas el día 7 u 8 de noviembre de 1999 cuando la muerte ocurrió el 4 de octubre de 1999. El Ministerio Público demoró tres años para ampliar la denuncia. Hubo una demora injustificada. El testigo considera que un caso que tuvo una repercusión tan grande y que contiene una cantidad de pruebas como el del señor Damião Ximenes Lopes, pueda dilatarse tanto y sospecha que quede impune, con la prescripción del delito.

Después de la muerte de Damião Ximenes Lopes, la atención de salud mental en la ciudad Sobral avanzó, pero aún está lejos de alcanzar la concepción ideal de reforma psiquiátrica.

3. Testimonios propuestos por el Estado

a) Luiz Odorico Monteiro de Andrade, es Secretario Municipal de Salud de Fortaleza, y en época de la muerte de Damião Ximenes Lopes era Secretario del Desarrollo Social y Salud de la ciudad de Sobral.

El hospital en el cual murió el señor Damião Ximenes Lopes ya había tenido varias amonestaciones y se estaba creando un sistema de salud mental con el objetivo de desactivar dicho hospital. Dado que era hospital regional, era difícil cerrarlo inmediatamente, por su importancia. Tan pronto como se enteraron de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, se creó una comisión de investigación administrativa, la cual verificó una serie de problemas en el hospital y, enseguida, se intervino para tener el control de los pacientes internados. La comisión hizo un diagnóstico completo de la situación de trastorno mental de cada paciente, y gradualmente fueron dados de alta los pacientes de la ciudad de Sobral y vinculados al Programa de Salud de la Familia, con apoyo domiciliario y comunitario. Posteriormente, el hospital fue cerrado.

A partir de 1 de enero de 1997 comenzaron una serie de reestructuraciones administrativas en el ámbito del Gobierno Municipal para ajustar las políticas del Sistema Único de Salud. A finales del año 1998 ya se contaba con el Centro de Atención Psicosocial, que brinda atención ambulatoria y atención diaria a los pacientes con discapacidades mentales. Ese sistema evolucionó, y hoy existe el tratamiento de intra-pacientes con trastornos agudos en el área de salud mental en hospitales generales. Se tiene también el CAPS para trastornos en el área general y uno para personas con problemas de alcohol y droga. Recientemente se inauguró un CAPS con el nombre del señor Damião Ximenes Lopes para homenajearlo.

Actualmente la calidad de la atención es mucho mejor que en el año 1999. A partir de la descentralización hubo un intenso proceso de disminución de los hospitales y manicomios;

se humanizó la asistencia psiquiátrica en los municipios brasileños. El Municipio de Sobral es considerado una de las experiencias exitosas en esa área, no sólo desde el punto de vista local, sino también nacional e internacional. Ha ganado varios premios, entre ellos el del glorioso sanitarista David Capistrano y otros premios de reconocimiento de inclusión social. El Estado ha sido una referencia en la disminución de las hospitalizaciones y avance en contra de los manicomios en América.

A partir de los CAPS se estableció una estructura con un equipo interdisciplinario de médicos, asistentes sociales, psicólogos, farmacéutas, terapeutas. Los pacientes realizan trabajos para insertarse económicamente en la sociedad, cuando antes estaban destinados a vivir en manicomios.

b) Pedro Gabriel Godinho Delgado, Coordinador Nacional del Programa de Salud Mental del Ministerio de la Salud

Desde la muerte del señor Damião Ximenes Lopes hubo en el Estado una reducción de 19.000 camas hospitalarias psiquiátricas en instituciones semejantes a la Casa de Reposo Guararapes. Además, entre los años 1999 y 2005 fueron creados de quinientos a seiscientos servicios extrahospitalarios, capaces de atender las situaciones graves de salud mental, sin necesidad de hospitalizar al paciente. También se crearon otros tipos de servicio, como las residencias terapéuticas capaces de recibir a pacientes menos graves. Fue un período en el que todo el país enfrentó un debate significativo sobre las condiciones de vida de los pacientes del sistema psiquiátrico.

En el año 2001 se aprobó la Ley No. 10.216, basada en la defensa de los derechos del paciente mental, en el cambio del modelo de asistencia en instituciones como la Casa de Reposo Guararapes por una red de cuidados abierta y localizada en la comunidad, en el control externo de la internación psiquiátrica involuntaria, y en los términos propuestos por la Declaración de Derechos del Paciente Mental de las Naciones Unidas de 1991.

En el año 1999 cerca del 90% de los recursos financieros que la salud pública destinaba al campo de la asistencia psiquiátrica y salud mental eran dirigidos al Modelo Hospitalario Céntrico, y la red externa recibía apenas 10% de los recursos. Hoy los recursos a la salud mental en el Estado aumentaron globalmente y el 63% de los mismos todavía son destinados a hospitales con equipos costosos, pero del 37% al 40% de los recursos ya son destinados a servicios extrahospitalarios. Hoy en el Estado se vive un proceso de transición hacia un modelo de atención psiquiátrica basada en los derechos del paciente, en la atención integral, en el respeto a sus derechos individuales y en la participación de los familiares en el tratamiento.

La evaluación de los hospitales se hace mediante un Programa de Evaluación Anual al cual todos son sometidos, en el cual participa también la sociedad por medio de asociaciones de familiares, de usuarios, consejos municipales y consejos estatales de salud. El proceso de cambio de la política consiste en reducir los hospitales grandes para hospitales más pequeños, que tienden a preservar y respetar más los derechos de los pacientes.

El documento llamado “Principios de Brasilia”, que contiene la evaluación de la Declaración de Caracas, reafirma que hubo avances en diversos países y cita expresamente al Brasil como ejemplo de país con experiencia relevante.

En el año 1999 se desarrollaba el proceso de modernización de la asistencia en salud mental. El monitoreo del Sistema Único de Salud no se basa en denuncias, sino en la supervisión

regular de los servicios. En ese sentido, las medidas tomadas disminuyen el riesgo de violaciones de derechos humanos. Las denuncias referentes a la situación de pacientes con enfermedades mentales son rápidamente investigadas. Las violaciones a los derechos humanos de pacientes en el Estado han disminuido, porque los hospitales son más pequeños y las instituciones que los han sustituido son más abiertas y cuentan con mayor participación de los familiares y control social.

4. Peritaje propuesto por los representantes

a) Lúdia Dias Costa, médica psiquiatra

Acompaña el caso del señor Ximenes Lopes desde noviembre de 1999. Estuvo presente en la exhumación del cuerpo del señor Damião Ximenes Lopes, el cual se encontraba en proceso de descomposición y sólo existía la parte esquelética. En la exhumación del cadáver del señor Damião Ximenes Lopes pudo constatar que su cerebro había sido abierto como se hace en las autopsias, pero que no encontraba motivos justificados para que ello no fuera expresado o descrito en el acta de autopsia realizada en el año 1999. Según la perito éste es un procedimiento de rutina y no hay justificativa para no examinar el cerebro o no describir lo que fue examinado. Asimismo, expresó que se podría formular un diagnóstico con base en la evolución clínica del paciente de muerte violenta causada por traumatismo craneocefálico.

Existen patrones nacionales e internacionales sobre las formas apropiadas de tratamiento de personas con enfermedades mentales, que son los principios de “tratamiento de personas con problemas mentales y de mejoramiento de la asistencia a la salud” publicadas por la Naciones Unidas en el año 1991. Esos principios fueron aceptados por el Estado mediante la Resolución Federal No. 1.407.

La testigo visitó la Casa de Reposo de Guararapes en mayo de 2000, período en que la institución estaba bajo intervención, y encontró trabajando a empleados acusados en el proceso penal. La Casa de Reposo Guararapes no tenía condiciones de funcionamiento.

La contención aplicada en la Casa de Reposo Guararape no podía ser considerado como un procedimiento médico, ya que los pacientes u otros internos eran llamados hacer contención a otros pacientes cuando éstos entraban en un período de agitación. La contención era hecha de una forma violenta. Esa situación fue descrita por los propios profesionales de la Casa de Reposo Guararapes, inclusive el doctor Francisco Ivo de Vasconcelos, mencionó que cuando llegaba al Hospital, los pacientes habían sido amarrados por los auxiliares y que él los mandaba a soltar. Esa es una de las situaciones que hacían parte de la rutina de aquel hospital, además de otros actos de violencia. Es posible hacer contenciones sin que resulten hematomas, utilizando procedimientos técnicos para que eso no ocurra, infelizmente, en el sistema de salud brasileño, muchas personas todavía sufren el procedimiento de contención de esa manera, constituyendo un tratamiento cruel e inhumano.

Las personas que tienen problemas similares al del señor Damião Ximenes Lopes pueden, hoy en día, dependiendo de los cuidados que reciban, tener acceso a la convivencia con otras personas, a la vivienda, a la alimentación y pueden vivir mucho. No es exactamente la enfer-

medad mental que dificulta su convivencia, sino las condiciones de vida de la persona, como pasa con todos los seres humanos en general.

Puede concluir que el señor Damião Ximenes Lopes tuvo una muerte violenta causada por agentes externos por las lesiones traumáticas que tenía en el cuerpo. Hoy, los médicos tienen disponible el Protocolo de Estambul, que orienta sobre cómo caracterizar lesiones que se encuentran en los cuerpos de personas con muerte sospechosa. Las lesiones encontradas en el cuerpo del señor Ximenes Lopes son lesiones consideradas por dicho Protocolo como lesiones típicas de traumas que son comúnmente vistas en el cuerpo de personas que fueron torturadas. Según la evaluación de los legistas de la ciudad Fortaleza, después de la insistencia del Fiscal del caso, la muerte del señor Damião Ximenes Lopes fue causada por lesiones traumáticas que podrían ser definidas, según la perita, como puñetazos, pedradas o punta pies. La autopsia realizada por el Instituto Médico Legal señala que el cuerpo presentaba equimosis, excoriaciones y hematomas, las cuales son lesiones que sugieren que hubo traumatismo en el cuerpo, posteriormente, esclarecidas como causadas por objetos contundentes.

C) Valoración de la Prueba

Valoración de la Prueba Documental

48. La Corte admite en este caso, como en otros (125), el valor probatorio de los documentos presentados por las partes en su debida oportunidad procesal o como prueba para mejor resolver, que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda.

49. La Corte agrega al acervo probatorio, de conformidad con el artículo 45.1 del Reglamento y por estimarlos útiles para resolver este caso, los documentos presentados por los representantes (126), el Estado (127) y el testigo João Alfredo Teles Melo (128), durante la audiencia pública celebrada los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2005, documentos que conocieron todas las partes presentes en dicha audiencia, así como los documentos aportados por la Comisión como anexos a sus alegatos finales escritos (129) (*supra* párrs. 36 y 37).

50. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.1 del Reglamento, la Corte incorpora al acervo probatorio los documentos presentados como parte de la prueba para mejor resolver

(125) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 65; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 4, párr. 36; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 189.

(126) A saber: copia de la “*Recomendação de Aditamento da Denúncia*” de 27 de marzo de 2001; oficio No. 155/05 JG/RJ, dirigido por Justicia Global al Coordinador del Programa de Salud Mental del Ministerio de Salud el 18 de noviembre de 2005; oficio No. 154/05 JG/RJ, dirigido por Justicia Global al Vicepresidente del Consejo Federal de Psicología el 18 de noviembre de 2005; oficio No. 08/2000, Recomendación del Centro de Apoyo Operacional de los Grupos Socialmente Discriminados de la Fiscalía General de Justicia al responsable por la administración de la Casa de Reposo Guararapes, de 25 de mayo de 2000, y acta de adición No. 013/99 al contrato No. 053007/98 celebrado en el Municipio de Sobral y la Casa de Reposo Guararapes de 26 de diciembre de 1999.

(127) A saber: folleto titulado “*Como encaminhar demandas de saúde mental em Sobral. Orientações ao Programa Saúde da Família*”, SOBRAL-Secretaría de Desarrollo Social y Salud; y folleto titulado “*CAPS-Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes*”, SOBRAL-Secretaría de Salud y Acción Social.

(128) A saber: libro titulado “*Relatório da cidadania, Atividades da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembléia Legislativa do Ceará - Ano 1999*”.

(129) A saber: declaración de Francisco das Chagas Melo rendida ante el Juzgado de Ipueiras el 2 de marzo de 2005; declaración de Albertina Viana Lopes rendida ante el Juzgado Vinculado de Varjota el 5 de abril de 2005; y carta de intimación emitida por el Juzgado de Sobral para la audiencia designada para el 17 de noviembre de 2005.

requerida por el Tribunal por la Comisión (130), los representantes (131) y el Estado (132) (*supra* párr. 40).

51. Asimismo, la Corte agrega los siguientes documentos al acervo probatorio, en aplicación del artículo 45.1 del Reglamento, por considerarlos útiles para la resolución de este caso: Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución No. 46/119 de 17 de diciembre de 1991; Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidades, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución No. 48/96, el 20 de diciembre de 1993; Organización Panamericana de Salud, Declaración de Caracas, adoptada por la Conferencia Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina el 14 de noviembre 1990; Asociación Psiquiátrica Mundial (APM), Declaración de Madrid Sobre los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, aprobada por la Asamblea General de la APM el 25 de agosto 1996, revisada el 26 de agosto 2002; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, 1996; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 5, "Personas con Discapacidad"; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental adoptada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documento A/8429, de 1971; Programa de Acción Mundial para los Impedidos, Resolución No. 37/52 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documento A/37/51 (1982); Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2004; *World Psychiatric Association (WPA), Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*; *American Hospital Association/National Association of Psychiatric Health Systems, Guiding Principles on Restraint and Seclusion for Behavioral Health Services, 25 February 1999*; *American Geriatrics Society Position Statement: Guidelines For Restraint Use, Last Updated January 1, 1997*, y *American Medical Association, Guidelines for the Use of Restraints in Long-Term Care Facilities, June 1989*.

(130) A saber: decisión Administrativa del Ministerio de Salud No. 224/92 de 29 de enero de 1992; Decisión Administrativa del Ministerio de Salud No. 407/92 de 30 de junio de 1992; Decisión Administrativa del Ministerio de Salud / SASS No. 147/94 de 25 de agosto de 1994; Decisión Administrativa del Ministerio de Salud No. 145/94 de 29 agosto de 1994; Resolución del Consejo Federal de Medicina No. 1407/94 de 30 de septiembre de 1957; Resolución del Consejo Federal de Medicina No. 1.408/94 de 8 de junio de 1994 sobre los Principios para la Protección de Personas que padecen de Trastorno Mental y para mejorar la Asistencia de Salud Mental; y Código de Ética Médica.

(131) A saber: decisión Administrativa SNAS No. 224/92 de 29 de enero de 1992; Decisión Administrativa /SAS No. 147/94 de 25 de agosto de 1994; decisión Administrativa /SAS No. 145/94 do Ministerio de Salud de 25 de agosto de 1994; Resolución del Consejo de Medicina No. 1407/94 de 30 de septiembre de 1957; Resolución del Consejo Federal de Medicina No. 1.408/94 de 8 de junio de 1994 sobre los Principios para la Protección de Personas que padecen de Trastorno Mental y para mejorar la Asistencia de Salud Mental; Código de Ética Médica; comprobantes relacionados con pensión de la señora Albertina Viana Lopes; y listado de actualización procesal del proceso criminal y civil relacionados con la muerte de Damiao Ximenes Lopes, proveniente de la página *web* del Tribunal de Justicia del estado de Ceará.

(132) A saber: documento titulado "*Legislação em Saúde Mental 1990-2004*", publicación del Ministerio de la Salud del Brasil, en el que consta entre otras, Decisión Administrativa SNAS No. 224/92 de 24 de enero de 1992; Decisión Administrativa /SAS No. 147/94 de 25 de agosto de 1994; Decisión Administrativa SAS No. 145/94 de 25 de agosto de 1994; acta de la inspección realizada por la Vigilancia Sanitaria de la Secretaría de Salud y Asistencia Social en la Casa de Reposo Guararapes el 21 de octubre de 1999; acta de inicio del proceso No. 002/99 emitida por la Coordinación de Control y Evaluación el 20 de octubre de 1999; acta de la audiencia de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral celebrada el 17 de noviembre de 2005; acta de audiencia de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral celebrada el 1 de diciembre de 2005; "comprobantes de pago" de la pensión vitalicia de que es beneficiaria la señora Albertina Viana Lopes, emitidos por el estado del Ceará, impresos de la *Internet* el 21 de junio de 2006; y Ley No. 13.491 de 16 de junio de 2004.

52. En relación con las declaraciones testimoniales con firma autenticada por notario público y que no fueron rendidas ante fedatario público por los señores Milton Freire Pereira (*supra* párr.46.1.a), José Jackson Coelho Sampaio, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Luís Fernando Farah Tófoli y Braz Geraldo Peixoto (*supra* párr. 46.2.a, 46.2.b, 46.2.c y 46.2.d), este Tribunal las admite en cuanto concuerden con su objeto señalado en la Resolución de 22 de septiembre de 2005 (*supra* párr. 24) y las aprecia en el conjunto del acervo probatorio, aplicando las reglas de la sana crítica. Al respecto, la Corte ha tomado en cuenta las observaciones presentadas por la Comisión respecto a la declaración rendida por el señor José Jackson Coelho Sampaio (*supra* párr. 29). El Tribunal ha admitido en otras ocasiones declaraciones juradas que no fueron rendidas ante fedatario público, cuando no se afecta la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes (133).

53. Respecto del dictamen rendido por el señor Eric Rosenthal (*supra* párr. 46.3.a), la Corte lo admite en cuanto concuerde con su objeto señalado en la Resolución de 22 de septiembre de 2005 (*supra* párr. 24) y lo aprecia en el conjunto del acervo probatorio, aplicando las reglas de la sana crítica. La Corte ha admitido en otras ocasiones dictámenes que no fueron rendidos ante fedatario público, cuando no se afectan la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes (134).

54. En lo que se refiere a la declaración con firma autenticada por notario público rendida por el señor Emílio de Medeiros Viana, en consideración de lo expresado por dicho señor y el Estado, de que tenía impedimento para rendir testimonio de acuerdo a la legislación brasileña, esta Corte no admite la declaración que fue presentada al efecto por el Estado (*supra* párr. 27) como parte del acervo probatorio del caso. En relación con el dictamen del señor Dalmo de Abreu Dallari, el mismo fue presentado extemporáneamente, el 11 de noviembre de 2005, es decir, catorce días después del plazo fijado para hacerlo, por lo que este Tribunal no lo considerará parte del acervo probatorio del caso (*supra* párr. 30).

55. En cuanto a los documentos de prensa presentados por los representantes, este Tribunal considera que podrían ser apreciados cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso (135).

Valoración de la Prueba Testimonial y Pericial

56. El Tribunal admite, igualmente, el testimonio rendido ante la Corte por la señora Irene Ximenes Lopes Miranda (*supra* párr. 47.1.a), en cuanto concuerde con el objeto de la declaración, y la valora en el conjunto del acervo probatorio. La Corte estima que por tratarse de un familiar de la presunta víctima y tener interés directo en este caso, sus manifestaciones no pueden ser valoradas en forma aislada, sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso. Las declaraciones de los familiares de las presuntas víctimas son útiles en la medida en que proporcionen mayor información sobre las consecuencias de las presuntas violaciones perpetradas (136).

(133) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 66; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 42; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 191.

(134) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 67; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 42; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 192.

(135) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 70; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 45; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 199.

(136) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 66; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 37; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 203.

57. Los testimonios de los señores Francisco das Chagas Melo (*supra* párr. 47.1.b), João Alfredo Teles Melo (*supra* párr. 47.2.a), Luiz Odorico Monteiro de Andrade (*supra* párr. 47.3.a), Pedro Gabriel Godinho Delgado (*supra* párr. 47.3.b), así como el peritaje de la señora Lúcia Dias Costa (*supra* párr. 47.4.a), este Tribunal los admite por estimar que son útiles para resolver el presente caso, y los incorpora al acervo probatorio aplicando las reglas de la sana crítica.

58. Por lo expuesto, la Corte apreciará en este caso el valor probatorio de los documentos, declaraciones y peritajes presentados por las partes. Además, la prueba presentada durante todas las etapas del proceso ha sido integrada a un mismo acervo probatorio que se considera como un todo.

VI

Consideraciones Previas

59. A continuación la Corte procederá a pronunciarse sobre: a) los alcances del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado; b) los fundamentos de las obligaciones del Estado en el marco de la responsabilidad estatal generada por violaciones a la Convención Americana, y c) la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren de discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad.

a) Alcances del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado

60. El artículo 53.2 del Reglamento dispone que

[s]i el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante y a las de los representantes de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes.

61. La Corte Interamericana, en ejercicio de su función contenciosa, aplica e interpreta la Convención Americana y, cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción, está facultada para declarar la responsabilidad internacional de un Estado Parte en la Convención por violación a las disposiciones de ésta (137).

62. La Corte, en el ejercicio de sus poderes de tutela judicial internacional de los derechos humanos, podrá determinar si un reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por un Estado demandado ofrece una base suficiente, en los términos de la Convención Americana, para continuar o no con el conocimiento del fondo y la determinación de las eventuales reparaciones y costas. Para estos efectos, el Tribunal analizará la situación planteada en cada caso concreto (138).

63. Durante la audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2005 (*supra* párrs. 34 y 36) el Estado manifestó que:

(137) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 37; *Caso Blanco Romero y otros*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párr. 54; y *Caso García Asto y Ramírez Rojas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 173.

(138) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 38; *Caso Gómez Palomino*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 28; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 65.

a) reconoce la procedencia de la petición de la Comisión Interamericana en lo que se refiere a la violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida) y 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana;

b) reconoce los hechos de la demanda relacionados con la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, y la falta de prevención para superar las condiciones que permitieron que ocurriera tal incidente, puesto que en aquel momento era precario el sistema de atención mental en el Estado, lo que constituyó una violación del artículo 4 de la Convención;

c) reconoce los hechos de la demanda relacionados con los malos tratos a que fue sometido el señor Damião Ximenes Lopes antes de su muerte, lo que generó una violación del artículo 5 de la Convención;

d) solicita que sea cesada la controversia sobre los citados artículos y que se prosiga con las demás cuestiones pertinentes;

e) no reconoce la solicitud de reparaciones derivadas de la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención, la cual permanece abierta a debate, y

f) no reconoce la violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención.

64. Por su parte, la Comisión Interamericana señaló, en la misma audiencia pública, que reconocía “la actitud positiva, ética, responsable y constructiva del [... Estado] manifestada en su declaración cuando reconoce la responsabilidad por la violación de los artículos 4 y 5 [de la Convención]”. La Comisión además manifestó que “[u]na actitud de esta naturaleza contribuye a resolver el caso presente, pero también contribuye a sentar un precedente muy importante en el Brasil y en la región de cómo los Estados deben actuar responsablemente cuando los hechos son incuestionables y cuando también es incuestionable la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos en el marco del Sistema Interamericano”. Finalmente, la Comisión señaló que entendía que ya había cesado la controversia sobre los hechos y el derecho en relación con los artículos 4 y 5 de la Convención.

65. A su vez, los representantes manifestaron, en la audiencia pública, que reconocían la importancia de la declaración efectuada por el Estado respecto al reconocimiento de su responsabilidad por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.

66. Posteriormente, en sus alegatos finales el Estado expresó que en una evidente demostración de su efectivo compromiso con la tutela de los derechos humanos, optó éticamente por admitir las fallas en el deber de fiscalizar la Casa de Reposo de Guararapes en el período de internamiento del señor Damião Ximenes Lopes. En vista de la muerte y los malos tratos de que fue objeto dicho paciente, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención (*supra* párrs. 36 y 63).

67. En sus alegatos finales la Comisión manifestó que de conformidad con el reconocimiento de responsabilidad del Estado, no hay controversia en relación con los hechos descritos en la demanda relacionados con la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, dentro de los cuales quedan incluidos los párrafos 38 al 88, así como los párrafos 147 al 168, referentes a los fundamentos de derecho contenidos en la demanda. Agregó la Comisión que quedó confirmada la veracidad de los hechos sobre la muerte del señor Ximenes Lopes, y también aquellos relacionados con las condiciones de hospitalización inhumanas y degradantes en la época de

los hechos por la falta de fiscalización y prevención por parte del Estado, tal como fue alegado en la demanda (*supra* párrs. 2, 16 y 37).

68. Por su parte, los representantes manifestaron en sus alegatos finales que entienden que la Corte aceptó la responsabilidad del Estado conforme a los términos establecidos en la demanda de la Comisión Interamericana (*supra* párr. 38).

1. En cuanto a los hechos

69. En atención al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, el Tribunal considera que ha cesado la controversia sobre los hechos establecidos entre los párrafos 38 al 88 de la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana en el presente caso, y por otra parte, que el Estado no objetó los hechos expuestos en la demanda relacionados con el deber del Estado de investigar, identificar, y sancionar a los responsables de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, alegados por la Comisión y los representantes.

70. Al respecto, la Corte considera pertinente abrir un capítulo acerca de los hechos del presente caso, que abarque tanto los hechos reconocidos por el Estado, como los que resulten probados del conjunto de elementos que obran en el expediente (*infra* párrs. 112 al 112.71).

2. En cuanto a las pretensiones de derecho

71. En atención al reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, la Corte ha tenido por establecidos los hechos a que se refieren los párrafos 112 al 112.71 de esta Sentencia, y con base en ellos y ponderando las circunstancias del caso, procede a precisar las distintas violaciones a los derechos consagrados en los artículos alegados.

72. La Corte considera que es pertinente admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida) y 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes.

73. El Tribunal observa que el Estado no objetó los hechos expuestos en la demanda relacionados con su deber de investigar, identificar y sancionar a los presuntos responsables, sino la calificación de los mismos, por lo que el Estado considera que no es responsable por la presunta violación de los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de ese instrumento, en perjuicio de los familiares del señor Ximenes Lopes, alegada por la Comisión y los representantes.

3. En cuanto a las pretensiones sobre reparaciones

74. Esta Corte considera que el Estado no se ha allanado a ninguna de las pretensiones sobre reparaciones y costas planteadas por la Comisión, ni por los representantes.

4. Extensión de la controversia subsistente

75. El artículo 38.2 del Reglamento establece que

[e] demandado deberá declarar en su contestación si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice, y la Corte podrá considerar como aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas.

76. El Estado expresamente señaló en la audiencia pública que no reconocía su responsabilidad internacional por la presunta violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Damião Ximenes Lopes. En los alegatos finales escritos, el Estado señaló que no violó el derecho a la protección y a las garantías judiciales, ya que respetó los principios del debido proceso legal, del contradictorio y de la amplia defensa. Según el Estado, la seriedad estatal en busca de justicia fue debidamente demostrada en la tramitación del caso en la jurisdicción interna, así como por los argumentos presentados a la Corte en la contestación de la demanda, en la cual se hizo una descripción histórica de todas las medidas adoptadas por el Estado con la finalidad de investigar las circunstancias del fallecimiento del señor Damião Ximenes Lopes y sancionar a los responsables de los malos tratos y muerte de ese paciente de la Casa de Reposo de Guararapes.

77. La Comisión, al presentar sus alegatos finales orales en la audiencia pública, manifestó que reiteraba a la Corte su solicitud efectuada en la demanda respecto de que el Estado fuera condenado por la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ese tratado, ya que el Estado no ha cumplido los deberes que se desprenden de los citados artículos. Igualmente, en los alegatos finales escritos la Comisión señaló que toda la materia relacionada con la investigación policial y el proceso penal, han vulnerado los referidos artículos, en perjuicio de los familiares del señor Ximenes Lopes.

78. Por su parte, los representantes en la audiencia pública y en los alegatos finales solicitaron a la Corte declarar la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes y sus familiares. Los representantes señalaron que a más de seis años después de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes el procedimiento judicial contra los responsables de su muerte todavía no ha concluido, como consecuencia de los atrasos indebidos, atribuidos exclusivamente al Estado. Asimismo, en sus alegatos finales solicitaron que la Corte declare que el Estado ha violado el artículo 5 de la Convención, en perjuicio de los familiares del señor Damião Ximenes Lopes.

79. Conforme a los términos en que se han expresado las partes, la Corte considera que subsiste la controversia en cuanto a:

a) la alegada violación de los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de los familiares del señor Damião Ximenes Lopes, con respecto al deber del Estado de realizar una investigación efectiva dentro de un plazo razonable a la luz de los citados artículos;

b) la alegada violación del derecho consagrado en el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los familiares del señor Damião Ximenes Lopes, y

c) lo referente a la determinación de las reparaciones, costas y gastos.

80. La Corte considera que el allanamiento del Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana (139) en el Brasil.

(139) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 55; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 20, párr. 60; y *Caso Gutiérrez Soler*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 59.

81. Sin embargo, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos y dada la naturaleza del presente caso, el Tribunal estima que dictar una sentencia en la cual se determine la verdad de los hechos y los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de reparación para el señor Damião Ximenes Lopes y sus familiares y, a la vez, una manera de contribuir a evitar que se repitan hechos similares (140).

b) Fundamentos de las obligaciones del Estado en el marco de la responsabilidad estatal generada por violaciones a la Convención Americana

82. Una vez establecido el alcance del reconocimiento parcial de responsabilidad parcial realizado por el Estado, este Tribunal considera necesario, de acuerdo a los hechos del presente caso, las pruebas presentadas y los alegatos de las partes, determinar los fundamentos de las obligaciones del Estado, en el marco de la responsabilidad estatal que se genera por las violaciones de los derechos consagrados en la Convención Americana.

83. En el ámbito de dicha Convención, las obligaciones contenidas en sus artículos 1.1 y 2 constituyen la base para la determinación de responsabilidad internacional de un Estado. El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (141).

84. Es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente, por acción u omisión (142), uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención.

85. La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales (143).

(140) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 56; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 69.

(141) Cfr. *Caso Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párr. 91; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 109; y *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentencia 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 219.

(142) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 81; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 111 y 112; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 110.

(143) Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 113; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 111; y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

86. Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional (144), de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad.

87. Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.

88. La Corte ha establecido, además, que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (145).

89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.

91. En el Estado, “[l]a salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tengan como objetivo la reducción del riesgo de enfermedad y otros agravios y el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”, según lo dispuesto en el artículo 196 de su Constitución. Además, según el artículo 197 de la Constitución, compete “al Poder Público disponer, en los términos de la ley, sobre su reglamentación, fiscalización y control[,... y su] ejecución debe ser realizada directamente o a través de terceros, y también por persona física o jurídica de derecho privado”.

(144) Cfr. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Comisión de Derecho Internacional 53^o sesión, 2001. Documento de la ONU A/56/10. Texto introducido en el anexo de la Resolución 56/83 de 28 de enero de 2002, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

(145) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 111.

92. El artículo 199 de la Constitución dispone que “[l]a asistencia de salud es libre a la iniciativa privada”, es decir, las empresas privadas pueden prestar atención privada de salud, la cual será totalmente pagada por los usuarios. Sin embargo, el párrafo primero del mismo artículo 199 establece que “[l]as instituciones privadas podrán participar de forma complementaria en el [S]istema [Ú]nico de [S]alud, de acuerdo con las directrices del mismo, mediante contrato de derecho público o convenio, dándose preferencia a las entidades filantrópicas y las sin fines lucrativos”. La iniciativa privada puede también proveer servicios para el sistema público de salud, caso en el cual la atención que presta es financiada por el Estado y tendrá carácter público.

93. La Ley N° 8.080 de 19 de septiembre de 1990 es la que “regula, en todo el territorio nacional, las acciones y servicios de salud, ejecutados de manera aislada o conjunta, con carácter permanente o eventual, por personas naturales o jurídicas de derecho público o privado”. En su artículo 4 establece que el Sistema Único de Salud corresponde al “conjunto de las acciones y servicios de salud, prestado por órganos e instituciones públicas federales, estatales (146) y municipales, de la administración directa e indirecta y de las fundaciones mantenidas por el poder público”, y corrobora el dispositivo constitucional al establecer que “[la] iniciativa privada podrá participar del Sistema Único de Salud (SUS), con carácter complementario”.

94. De lo anterior se desprende que en el Estado la prestación de servicios de salud puede ser pública o privada; en este último caso, las prestaciones son privadas y se cubren por el propio paciente, pero el Estado conserva su potestad de supervisarlas.

95. Cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población, mediante su Sistema Único de Salud. El servicio de salud público del SUS es primariamente ofrecido por los hospitales públicos; sin embargo, la iniciativa privada, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, cuando en cierta región del país no existan hospitales públicos suficientes para atender a la demanda de pacientes (147), también provee servicios de salud bajo los auspicios del SUS. En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato con el SUS, la persona se encuentra bajo cuidado del servicio público de salud brasileño, es decir, del Estado.

96. La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible.

97. Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (148), extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad.

(146) La palabra “estaduales” se refiere a “estados”, que son las unidades de la federación brasileña.

(147) Cfr. artículo 24 de la Ley No. 8.080/1990.

(148) Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 4, párr. 142; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 153; y *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de

98. Los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica (149), y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad.

99. Por todas las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes (150).

100. En el presente caso, la Casa de Reposo Guararapes, en donde falleció Damião Ximenes Lopes, era un hospital privado de salud que fue contratado por el Estado para prestar servicios de atención psiquiátrica bajo la dirección del Sistema Único de Salud, y actuaba como unidad pública de salud en nombre y por cuenta del Estado (*infra* párr. 112.55). Por consiguiente, el Estado es responsable por la conducta del personal de la Casa de Reposo Guararapes, la que ejercía los elementos de autoridad estatal al prestar el servicio público de salud bajo la dirección del Sistema Único de Salud.

c) La especial atención a las personas que sufren de discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad

101. Para los efectos del presente caso, cuya presunta víctima, el señor Damião Ximenes Lopes, padecía de discapacidad mental y falleció mientras recibía tratamiento en un hospital psiquiátrico, el Tribunal no puede dejar de pronunciarse sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad.

102. En ese sentido, la Corte Europea ha manifestado que, en particular, con respecto a personas que necesitan de tratamiento psiquiátrico, la Corte observa que el Estado tiene la obligación de asegurar a sus ciudadanos su derecho a la integridad física, bajo el artículo 8 de la Convención. Con esa finalidad, existen hospitales administrados por el Estado, que coexisten con hospitales privados. El Estado no puede absolverse completamente de su responsabilidad al delegar sus obligaciones en esa esfera a individuos u organismos privados. [...] La Corte encuentra que [...] en el presente caso el Estado mantenía el deber de ejercer la supervisión y el control sobre instituciones psiquiátricas privadas. Tales instituciones, [...] necesitan no sólo una licencia, sino también una supervisión competente

junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 142.

(149) Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhomaxa*, *supra* nota 4, párr.110; *Caso Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párrs. 90 y 91; y *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 89.

(150) Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 46/119.46, p.189, ONU Documento A/46/49 (1991), principio 22.

y de forma regular, para averiguar si el confinamiento y el tratamiento médico están justificados (151).

103. La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (152), como la discapacidad.

104. En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales, como era el caso del señor Damião Ximenes Lopes. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición (153).

105. Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad (154).

106. Con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, es necesario considerar que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación (*infra* párr. 129).

(151) Cfr. European Court of Human Rights, *Case of Storck v. Germany*, Application No. 61603/00, judgment of 16 June, 2005, p. 103. El texto original en inglés es el siguiente: "With regard to persons in need of psychiatric treatment in particular, the Court observes that the State is under an obligation to secure to its citizens their right to physical integrity under Article 8 of the Convention. For this purpose there are hospitals run by the State which coexist with private hospitals. The State cannot completely absolve itself of its responsibility by delegating its obligations in this sphere to private bodies or individuals. [...] The Court finds that, similarly, in the present case the State remained under a duty to exercise supervision and control over private psychiatric institutions. Such institutions, [...] need not only a licence, but also competent supervision on a regular basis of whether the confinement and medical treatment is justified."

(152) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 154; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 111.

(153) Cfr. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, aprobada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999, artículo III.2; y Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 5, "Personas con Discapacidad". Naciones Unidas, Documento E/1995/22 (1994), párr. 9.

(154) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, *supra* nota 35, Preámbulo y Artículo III.1.

107. En los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando infligidas a esas personas afectan su integridad psíquica, física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad.

108. Todas las anteriores circunstancias exigen que se ejerza una estricta vigilancia sobre dichos establecimientos. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación.

109. La atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida (155) (*infra* párrs. 135, 138 y 139).

110. Al analizar las violaciones a la vida y a la integridad personal en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, la Corte se remitirá a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, instrumento que forma parte del marco normativo de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano y que fue ratificado por el Estado el 15 agosto de 2001, como fuente de interpretación para determinar las obligaciones del Estado en relación con la Convención Americana en el presente caso.

111. Asimismo, en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud, como de la Organización Panamericana de la Salud, se han establecido los principales estándares aplicables al tratamiento de salud mental. La Corte considera que dichos instrumentos, tales como los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, y Normas Uniformes a la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, así como los estándares técnicos dispuestos en la Declaración de Caracas y la Declaración de Madrid, son particularmente importantes para el análisis y el escrutinio de la conformidad del tratamiento prestado al señor Damião Ximenes Lopes con los estándares internacionales sobre la materia. Este Tribunal tendrá especialmente presente dichos instrumentos en el capítulo sobre la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en este caso.

VII

Hechos Probados

112. Efectuado el examen de los elementos probatorios que constan en el expediente del presente caso, las manifestaciones de las partes, así como el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional del Estado, la Corte considera probados los hechos que se detallan

(155) *Cf.* Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental (1996), principios 2, 4 y 5.

a continuación. Este capítulo contiene hechos que este Tribunal tiene por establecidos con base en el reconocimiento de responsabilidad parcial del Estado, y que corresponden a los hechos expuestos en la demanda presentada por la Comisión Interamericana. Adicionalmente, la Corte ha establecido como probados otros hechos, en particular aquellos relativos a la investigación policial y a los procedimientos judiciales, de conformidad con las pruebas aportadas por la Comisión, los representantes y el Estado.

A) Historia clínica del señor Damião Ximenes Lopes

112.1. El señor Damião Ximenes Lopes nació el 25 de junio de 1969, y era hijo de Albertina Viana Lopes y Francisco Leopoldino Lopes. Dos de sus hermanos son Irene Ximenes Lopes Miranda y Cosme Ximenes Lopes. El señor Damião Ximenes Lopes fue un joven creativo, a quien le gustaba la música y las artes, y deseaba adquirir mejores condiciones financieras (156).

112.2. El señor Damião Ximenes Lopes, durante su juventud, desarrolló una discapacidad mental de origen orgánico, proveniente de alteraciones en el funcionamiento de su cerebro. El señor Ximenes Lopes esporádicamente presentaba dificultades y necesidades específicas vinculadas a su circunstancia particular. En la época de los hechos, el señor Damião Ximenes Lopes tenía 30 años de edad y vivía con su madre en la ciudad de Varjota, situada aproximadamente a una hora de la ciudad de Sobral, sede de la Casa de Reposo Guararapes.

112.3. En el año 1995 el señor Damião Ximenes Lopes fue internado por primera vez en la Casa de Reposo Guararapes, durante un período de dos meses. Al regresar a su casa, se encontraba en mejor estado, pero tenía heridas en las rodillas y tobillos, las que el señor Ximenes Lopes justificó diciendo que había sido víctima de violencia. Sus familiares creyeron la versión de un funcionario de la Casa de Reposo Guararapes, quien afirmó, cuando fue cuestionado sobre la causa de dichas heridas, que el señor Ximenes Lopes se las había autoinfligido al intentar fugarse.

112.4. En días anteriores al 1 de octubre de 1999, el señor Damião Ximenes Lopes tuvo “problemas de nervios, él no quería comer ni dormir, [debía tomar medicinas], pero en ese momento no las estaba tomando”. El viernes 1 de octubre, la señora Albertina Viana Lopes decidió internar a su hijo en la Casa de Reposo Guararapes. Mientras esperaba que fuese admitida, la presunta víctima le preguntaba a su madre “de manera muy calmada [...] si él se iría a quedar allí o si regresaría a casa con ella”.

112.5. El señor Damião Ximenes Lopes fue admitido en la Casa de Reposo Guararapes, como paciente del Sistema Único de Salud (SUS), en perfecto estado físico, el 1 de octubre de 1999. Al momento de su ingreso no presentaba señales de agresividad ni lesiones corporales externas.

112.6. En el historial médico del señor Damião Ximenes Lopes en la Casa de Reposo Guararapes de 2 de octubre de 1999 consta una única observación en la que se indica que el pa-

(156) *Cfr.* certificado civil de nacimiento de Damião Ximenes Lopes (expediente de anexos a la demanda, anexo 21, folio 160); testimonio de Irene Ximenes Lopes Miranda rendido en la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana el 30 de noviembre de 2005; e informe de la psiquiatra Lidia Días Costa rendido, a pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda, el 14 de diciembre de 2002 (expediente de anexos a la demanda, anexo 22, folios 161 al 164). En lo que se refiere al señor Cosme Ximenes Lopes, en los escritos presentados por las partes aparece indistintamente el nombre Cosme o Cosmo Ximenes Lopes. Esta Corte entiende que se trata de la misma persona, en razón de lo cual en la presente Sentencia utilizará el nombre de Cosme Ximenes Lopes.

ciente se encontraba “calmo, desorientado, [...] confuso”. No le fue prescrita medicación alguna ese día (157).

112.7. El 3 de octubre de 1999 el señor Damião Ximenes Lopes tuvo una crisis de agresividad y estaba desorientado. La presunta víctima entró a un baño en la Casa de Reposo Guararapes, y se negaba a salir de ahí, por lo que fue dominado y retirado a la fuerza por un auxiliar de enfermería, señor Elías Gomes Coimbra y por otros dos pacientes, quienes, según dicho auxiliar, podían ayudarlo a retirar al señor Ximenes Lopes del baño porque eran “orientados y [...] tenían un cierto porte físico robusto”. En el momento en que fue dominado por uno de los pacientes y sacado del baño, la presunta víctima sufrió una lesión en su rostro, a la altura de las cejas. Enseguida, el señor Damião Ximenes Lopes fue sometido a contención física y el médico presente en la Casa de Reposo Guararapes determinó que se le suministrara “*haldol [y] fernagan intramuscular*” (158).

112.8. Por la noche del mismo día, la presunta víctima tuvo un nuevo episodio de agresividad, y volvió a ser sometido a contención física, a la que estuvo sometido entre la noche del domingo y el lunes por la mañana (159).

B) Malos tratos y muerte del señor Damião Ximenes Lopes

112.9. El 4 de octubre de 1999, aproximadamente a las 9:00 a.m., la madre de Damião Ximenes Lopes llegó a visitarlo a la Casa de Reposo Guararapes y lo encontró sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio y oliendo a excremento, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, y gritando y pidiendo auxilio a la policía. El señor Ximenes Lopes seguía sometido a la contención física que le había sido aplicada desde la noche anterior, ya presentaba excoriaciones y heridas, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Posteriormente, un auxiliar de enfermería lo acostó en una cama, de la cual se cayó. Entonces lo acostaron sobre una colchoneta en el piso (160).

112.10. La señora Albertina Ximenes Lopes solicitó a los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes que lo bañaran y buscó un médico que atendiera a su hijo. Encontró a Francisco Ivo de Vasconcelos, director clínico y médico de la Casa de Reposo Guararapes, quien, sin practicar exámenes físicos al señor Damião Ximenes Lopes, le prescribió algunas medicinas, y enseguida se retiró del hospital. Ningún médico quedó a cargo de la institución en ese momento (161).

(157) *Cfr.* libro de evolución clínica del paciente Damião Ximenes Lopes (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folio 1736).

(158) *Cfr.* declaración de Elías Gomes Coimbra rendida ante la Comisaría Regional de Sobral el 26 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 29, folios 179 al 180).

(159) *Cfr.* declaración de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 24 de abril de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 12, folios 108 al 110).

(160) *Cfr.* declaración de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 24 de abril de 2000, *supra* nota 41; declaración de André Tavares do Nascimento rendida ante la Comisaría Regional de Sobral el 26 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 29, folio 180); y declaración de Albertina Viana Lopes rendida ante la Comisaría Regional de Sobral el 7 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 32, folios 213 y 214).

(161) *Cfr.* declaración de Francisco Ivo de Vasconcelos rendida ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría el 5 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, folios 112 y 113); declaración de Albertina Viana Lopes rendida ante la Comisaría Regional de Sobral el 7 de diciembre de 1999, *supra* nota 42; e informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 31, folios 185 al 212).

112.11. El señor Damião Ximenes Lopes falleció el 4 de octubre de 1999, a las 11:30 a.m., en la Casa de Reposo Guararapes, en circunstancias violentas, aproximadamente dos horas después de haber sido medicado por el director clínico del hospital, y sin ser asistido por médico alguno en el momento de su muerte, ya que la unidad pública de salud en que se encontraba internado para recibir cuidados psiquiátricos no contaba con ningún doctor en aquel momento. No se prestó al señor Damião Ximenes Lopes una asistencia adecuada, y el paciente se encontraba, en razón de la falta de cuidados, a la merced de todo tipo de agresiones y accidentes que pudieran colocar en riesgo su vida (162).

112.12. Posteriormente a la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, el médico Francisco Ivo de Vasconcelos fue llamado y regresó a la Casa de Reposo Guararapes. Examinó el cuerpo de la presunta víctima, declaró su muerte e hizo constar que el cadáver no presentaba lesiones externas y que la causa de la muerte había sido un “paro cardio-respiratorio” (163). El médico no ordenó la realización de una autopsia al cuerpo del señor Damião Ximenes Lopes. La señora Albertina Viana Lopes se enteró de la muerte de su hijo al llegar a su casa, en el Municipio de Varjota.

112.13. El mismo día de su muerte los familiares del señor Damião Ximenes Lopes solicitaron la realización de una autopsia y su cuerpo fue trasladado de la ciudad de Sobral a la ciudad de Fortaleza, en donde se realizaría la autopsia. Durante el trayecto, el cadáver presentó un fuerte sangrado, de modo que la sábana que lo cubría estaba impregnada de sangre cuando llegaron al destino.

112.14. El 4 de octubre de 1999 el Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, en donde Francisco Ivo de Vasconcelos también era médico, realizó la autopsia del cadáver del señor Damião Ximenes Lopes. El informe del examen de autopsia señaló lo siguiente:

A las 22:40 horas del día 04 [de octubre de] 1999 se dio entrada en la morgue del [Instituto Médico Legal] el cuerpo de un hombre acompañado de la guía policial No. 796/99 de la Comisaría Regional de Sobral - [Ceará], informando que “el mismo se encontraba internado en el hospital Guararapes para enfermos mentales hacía 03 días y hoy por la mañana su madre fue a visitarlo [y lo encontró] en crisis nerviosa, con la nariz sangrando y con señales de golpizas, habiendo fallecido a las 11:30 horas de hoy en el dicho Hospital en Sobral - [Ceará]”. Se trata de un cuerpo del sexo masculino, color pardo, cabellos negros, bigote cultivado, barba rasurada, envuelto en una sábana blanca. Presenta rigidez cadavérica generalizada, pupilas dilatadas, hipóstasis de decúbito dorsal y ausencia de cualquier manifestación vital. Examen Externo: excoriaciones localizadas en la región nasal, hombro derecho, parte anterior de las rodillas y del pie izquierdo, equimosis localizadas en la región del ojo izquierdo, hombro homolateral y puños (compatibles con contención)”. Examen Interno: no observamos señales de lesiones de naturaleza traumática internamente; tiene edema pulmonar y congestión, sin otras alteraciones macroscópicas de interés médico legal en los demás órganos de esas cavidades. Enviamos fragmentos del pulmón, corazón,

(162) *Cf.*: declaración de Francisco Ivo de Vasconcelos rendida ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría el 5 de noviembre de 1999, *supra* nota 43; declaración de María Salette Moraes Melo de Mesquita rendida ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría el 5 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 14, folios 113 y 114); informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000, *supra* nota 43; y dictamen de examen de cuerpo del delito —cadavérico— realizado a Damião Ximenes Lopes en el Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto el 4 de octubre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 41, folio 246).

(163) *Cf.*: declaración de Francisco Ivo de Vasconcelos rendida ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría el 5 de noviembre de 1999, *supra* nota 43.

estómago, hígado, riñón, para el examen histopatológico, que concluyó que se trataba de edema y congestión pulmonar moderada, hemorragia pulmonar y discreta esteatose hepática moderada. CONCLUSIÓN:[...] inferimos que se trata de una muerte real de causa indeterminada.

Respuesta a las preguntas:

1-[PRIMERO — ¿Hubo muerte?]; si.

2-[SEGUNDO — ¿Cual fue la causa de muerte?]; indeterminada.

3-[TERCERO — ¿Cual fue el instrumento o medio que produzco la muerte?]; sin elementos para contestar.

4-[CUARTO — ¿Fue producida por medio de veneno, fuego, explosivo, asfixia o tortura o por otro medio insidioso o cruel?]; sin elementos para contestar.

Sin nada más, se ordenó a la autoridad cerrar el laudo que, después de leído y encontrado conforme, va debidamente firmado (164).

112.15. Posteriormente, el 17 de febrero de 2000, en respuesta a una solicitud del Ministerio Público, para que los médicos que realizaron la autopsia “defin[iesen] si las lesiones [encontradas en el cadáver] p[udieron] haber sido consecuencia de golpes o caídas sufridos [por el señor Damião Ximenes Lopes]”, el Instituto Médico Legal amplió el contenido de sus conclusiones, e informó que “las lesiones descritas [en el laudo del examen cadavérico] fueron provocadas por acción de instrumento contundente (o por múltiples golpes o caídas) no siendo posible afirmar el modo específico” (165).

112.16. En el año 2002 la Quinta Sala Civil del Juzgado de Sobral (en adelante “la Quinta Sala Civil”), durante el trámite del proceso civil instaurado por la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, ordenó que se practicara la exhumación del cuerpo de la presunta víctima para el esclarecimiento de las causas de su muerte (*infra* párrs. 112.52 y 112.54). La exhumación fue practicada el 6 de abril de 2002 por el Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto. El informe del examen pos-exhumático describió lo siguiente:

Exhumamos y autopsiamos a las 10:10 horas del día 06 [de abril de] 2002 en el Municipio de Varjota — Ceará, en el cementerio São Raimundo el cadáver de Damião Ximenes Lopes, a solicitud de la jueza Sobral, Dra. Maria Valdenisa de Sousa Bernardo, conforme oficio No. 372/2001[. ...] Después de la identificación del local donde fue inhumada la víctima, la sepultura en gaveta fue abierta, observándose un ataúd de madera en estado precario de conservación, conteniendo los restos mortales de la víctima en avanzado proceso de descomposición cadavérica, o sea, verificamos la presencia apenas de los huesos de éste cuerpo. Después de un minucioso examen pericial, hueso por hueso, constatamos que el cráneo presentaba craniotomía transversal (resultado de examen pericial anterior) y en ese elemento corporal no fueron encontradas fracturas, o sea, el cráneo presentaba integridad de todos sus huesos. Los demás huesos de ese cuerpo tampoco presentaban fracturas. Conclusión: por lo expuesto y en la ausencia de

(164) *Cf.* dictamen de examen de cuerpo del delito —cadavérico— realizado a Damião Ximenes Lopes en el Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto el 4 de octubre de 1999, *supra* nota 44.

(165) *Cf.* oficio No. 173/2000 del Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto de 17 de febrero de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 44, folio 251).

otros hallazgos necroscópicos en virtud del avanzado estado de descomposición cadavérico del cuerpo, concluimos que se trató de un caso de muerte real de causa indeterminada.

Respuesta a las preguntas:

1-[PRIMERO — ¿Hubo muerte?]; si.

2-[SEGUNDO — ¿Cual fue la causa de la muerte?]; indeterminada.

3-[TERCERO — ¿Cual fue el instrumento o el medio que produzco la muerte?]; sin elementos para contestar.

4-[CUARTO — ¿Fue producido por medio de veneno, fuego, explosivo, asfixia o tortura o por otro medio insidioso o cruel?]; sin elementos para contestar.

Sin nada más, se ordenó a la autoridad cerrar el laudo que, después de leído y encontrado conforme, va debidamente firmado (166).

C) Investigación policial sobre la muerte del señor Damião Ximenes Lopes

112.17. El 13 de octubre de 1999 la señora Albertina Viana Lopes presentó una denuncia ante la Coordinadora Municipal de Control y Evaluación de la Secretaría de Salud y Asistencia Social sobre la muerte de su hijo, el señor Damião Ximenes Lopes. En octubre de 1999 la señora Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana del señor Ximenes Lopes, presentó una denuncia ante la Comisión de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del estado del Ceará, en la que pedía justicia y la sanción de los responsables por la muerte de su hermano (167).

112.18. El 8 de noviembre de 1999 el Fiscal del Ministerio Público, Alexandre de Oliveira Alcântara, solicitó la instauración de una investigación policial para esclarecer la muerte del señor Damião Ximenes Lopes ocurrida el 4 de octubre de 1999 en las instalaciones de la Casa de Reposo Guararapes. El 9 de noviembre de 1999, 36 días después de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, la Comisaría de Policía de la Séptima Región de Sobral, mediante Resolución Administrativa No. 172/99, instruyó investigación sobre la muerte del señor Damião Ximenes Lopes (168).

112.19. El 11 de noviembre de 1999 la Comisión de Derechos Humanos y Ciudadanía de la Asamblea Legislativa del estado del Ceará remitió al Comisario de Policía de Sobral un escrito en el cual solicitó celeridad en el caso de Damião Ximenes Lopes, a fin de que los responsables fuesen sancionados (169).

(166) *Cfr.* dictamen de examen cadavérico (pos-exhumación) emitido por el Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto el 6 de abril de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2549).

(167) *Cfr.* denuncia de Albertina Viana Lopes presentada ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social el 13 de octubre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 25, folios 174 y 175); e informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control y Evaluación de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000, *supra* nota 43.

(168) *Cfr.* escrito del Fiscal de Ministerio Público presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 8 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1537); y auto del Comisario de la Policía de Sobral dictado el 9 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1535 y 1536).

(169) *Cfr.* escrito de la Asamblea Legislativa del estado del Ceará dirigido al Comisario de la Policía de Sobral el 11 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1544 al 1546).

112.20. El 26 de noviembre de 1999 los señores Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Elias Gomes Coimbra, André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, Maria Verónica Miranda Bezerra, Francisco Alexandro Paiva Mesquita y Sérgio Antunes Ferreira Gomes, rindieron declaración ante la Comisaría Regional de Sobral (170).

112.21. Los días 3, 4, 7, 9, 15, 16 y 20 de diciembre de 1999 los señores Francisco Ivo de Vasconcelos, Marcelo Messias Barros, Maria Salete Morais Melo de Mesquita, Albertina Viana Lopes, Antônio Airton Miranda, Irene Ximenes Lopes Miranda, João Alves da Silva, Francisco das Chagas Melo, Mairton Paiva de Oliveira, Sebastião Vieira Filho, Francisco Magalhães de Aquino, Maria Cladenice Silva Porfírio, Maria Gorete Marques, André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, José Elieser Silva Procópio, Francisco Raimundo Alves y Evaldo Castilho Aragão Oliveira, rindieron declaración ante la Comisaría Regional de Sobral (171).

112.22. El 8 de diciembre de 1999 el Comisario de Policía de la Séptima Región de Sobral remitió al Ministerio Público su Informe Conclusivo respecto de la denuncia No. 404/99, en el que indicó que había una “probable responsabilidad [de la Casa de Reposo Guararapes] y de las personas que estén vinculadas con los malos tratos, torturas y homicidio denunciados por la familia del enfermo Damião Ximenes Lopes” (172).

112.23. Con posterioridad a esa fecha, los días 8, 11 y 15 de febrero de 2000 se realizó ante la Comisaría Regional de Sobral el careo de los testigos Sebastião Alves Costa Filho, André Tavares do Nascimento, Francisco Ivo de Vasconcelos y Albertina Viana Lopes, y la recepción de las declaraciones de los señores Sebastião Alves Costa Filho, Cândida Martins Vieira, João Paulo Melo, Maria Gorete Silva y Maria Expedita Sousa Lira (173).

(170) *Cf.* declaraciones de Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Elias Gomes Coimbra, André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, Maria Verónica Miranda Bezerra, Francisco Alexandro Paiva Mesquita y Sergio Antunes Ferreira Gomes rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 26 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1540 al 1543).

(171) *Cf.* declaración de Francisco Ivo de Vasconcelos rendida ante la Comisaría Regional de Sobral el 3 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1572 al 1574); declaraciones de Marcelo Messias Barros y Maria Salete Morais Melo de Mesquita rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 4 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1577 al 1580); declaraciones de Albertina Viana Lopes, Antônio Airton Miranda e Irene Ximenes Lopes Miranda rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 7 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1582 al 1586); declaraciones de João Alves da Silva, Francisco das Chagas Melo, Mairton Paiva de Oliveira y Sebastião Vieira Filho rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 9 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1671 al 1680); declaraciones de Francisco Magalhaes de Aquino, Maria Cladenice Silva Porfírio y Maria Gorete Marques rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 15 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1599 al 1601 y 1608); declaraciones de André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos y José Elieser Silva Procópio rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 16 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1609 al 1611); y declaraciones de Francisco Raimundo Alves y Evaldo Castilho Aragão Oliveira rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 20 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1618 y 1619).

(172) *Cf.* informe Conclusivo de la Comisaría Regional de Sobral en la causa No. 404/99 emitido el 8 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folio 1588 al 1593).

(173) *Cf.* acta de careo de testigos ante la Comisaría Regional de Sobral el 8 de febrero de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1694 al 1695); declaración de Sebastião Alves Costa Filho rendido ante la Comisaría Regional de Sobral el 8 de febrero 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1692 y 1693); declaraciones de Cândida Martins Vieira y João Paulo Melo rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 11 de enero de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1766 y 1767); y declaraciones de Maria Gorete Silva y Maria Expedita Sousa Lira rendidas ante la Comisaría Regional de Sobral el 15 de febrero de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomos I y II, folios 1789 al 1795).

112.24. El 25 de febrero de 2000 la Comisaría Regional de Sobral remitió al Juez Titular de Sobral las investigaciones seguidas por la denuncia No. 404/99 (174).

D) Proceso penal sobre malos tratos y muerte del señor Damião Ximenes Lopes

112.25. El 27 de marzo de 2000 el representante del Ministerio Público presentó ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral acusación criminal en contra de Sérgio Antunes Ferreira Gomes, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, André Tavares do Nascimento y Maria Salete Moraes de Mesquita, por suponerlos culpables del delito de malos tratos con resultado de muerte, tipificado en el artículo 136, párrafo segundo, del Código Penal del Brasil, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes (175).

112.26. El 10 de abril de 2000 la Tercera Sala del Juzgado de Sobral citó a los acusados a fin de interrogarlos, so pena de ser declarados en rebeldía. El 24 de abril de 2000 rindieron declaración ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral los acusados Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes y Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, y el 26 de abril de 2000 rindió declaración el señor André Tavares do Nascimento (176).

112.27. Los días 27 de abril, y 17 y 24 de mayo de 2000 los acusados Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes, André Tavares do Nascimento, y Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, contestaron la acusación del Ministerio Público, negando los hechos que se les imputaban, reservándose el derecho de presentar defensas en las alegaciones finales y ofreciendo nuevos testigos (177).

112.28. El 10 de agosto de 2000 la señora Albertina Viana Lopes, madre de Damião Ximenes Lopes, solicitó su admisión como coadyuvante civil en la acción penal interpuesta por el Ministerio Público (en adelante "coadyuvante civil en la acción penal"). El 26 de enero de 2001 el Ministerio Público manifestó su conformidad con el pedido, y el 1 de marzo de 2001 el Juzgado de la Tercera Sala de Sobral admitió a la señora Albertina Viana Lopes como coadyuvante civil en la acción penal (178).

(174) *Cfr.* oficio No. 365/2000 del Comisario de la Policía de Sobral dirigido al Juez Titular de Sobral el 25 de febrero de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folio 1416).

(175) *Cfr.* escrito del Fiscal del Ministerio Público presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 27 de marzo 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1409 al 1414).

(176) *Cfr.* auto de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral dictado el 10 de abril de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1842); declaraciones de Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes y Carlos Alberto Rodrigues dos Santos rendidas ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 24 de abril de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1844 al 1851); y declaración de André Tavares do Nascimento rendida ante Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 26 de abril de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1853 y 1854).

(177) *Cfr.* escrito de Maria Salete Moraes Melo de Mesquita presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 27 de abril de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1856); escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 17 de mayo de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1860); escrito de André Tavares do Nascimento presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 24 de mayo de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1863); y escrito de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 24 de mayo de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1864).

(178) *Cfr.* escrito de Albertina Viana Lopes presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 10 de agosto de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1929); manifestación del Ministerio Público de 26 de enero de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1933); y auto de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral de 1 de marzo de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1934).

112.29. Desde el 24 de mayo de 2000 y durante alrededor de dos años, el Juzgado de la Tercera Sala de Sobral se limitó a celebrar audiencias, de las cuales muchas fueron aplazadas por distintos motivos, realizándose días o meses después de la fecha original, como se detalla a continuación:

a) la audiencia fijada para el 16 de agosto de 2000 se suspendió en razón de la “imposibilidad de asistencia de la Jueza” responsable de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral, realizándose el 11 de octubre de 2000, fecha en que rindieron declaración los testigos Francisco Ivo de Vasconcelos, José Cláudio Aguiar y Elias Gomes Coimbra, y la audiencia fue suspendida “por la avanzada hora” (179);

b) la audiencia de 9 de febrero de 2001 no fue realizada por el Juzgado de la Tercera Sala de Sobral “en virtud de fuerza mayor”, y la misma fue postergada para el 16 de febrero de 2001, fecha en que rindió declaración el testigo Francisco das Chagas Melo (180);

c) los días 13 y 14 de marzo de 2001 rindieron declaración Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Maria Gorete Silva, Maria Claudenice Silva Porfírio y Marcelo Messias Barros, y el 15 y el 21 de mayo de 2002 declararon Idelson Pinto Batista y João Arnóbio B. de Mesquita (181);

d) en la audiencia de 29 de noviembre de 2001 la defensa solicitó su suspensión alegando que se debería escuchar antes a la madre de la presunta víctima, y dado que no hubo oposición del Ministerio Público, la Tercera Sala del Juzgado de Sobral resolvió suspender la audiencia, disponer que la señora Albertina Viana Lopes fuera escuchada, y designar nueva audiencia para el 8 de marzo de 2002. El 7 de marzo de 2002 la Directora de Secretaría de dicho Juzgado informó que faltaban las cartas de intimación de los testigos para la audiencia fijada para el día siguiente, razón por la cual se designó el día 12 de abril de 2002 para oír a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, como testigos informativas, y a los testigos de la defensa José Vilson Barreto Araújo, Olinda Alexandre de Sousa, Ângela Maria Carvalho Parente y Maria Verónica Miranda Bezerra (182), y

(179) *Cfr.* auto de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral dictado el 24 de mayo de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1866); certificado de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral de 16 de agosto de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1873); y declaraciones de Francisco Ivo de Vasconcelos, José Cláudio Aguiar y Elias Gomes Coimbra rendidas ante de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 11 de octubre de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 1879 al 1892).

(180) *Cfr.* certificado de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral de 9 de febrero de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1947); y declaración de Francisco das Chagas Melo rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 16 de febrero de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 1949 al 1952).

(181) *Cfr.* declaraciones de Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Maria Gorete Silva y Maria Claudenice Silva Porfírio rendidas ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 14 de marzo 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 1962 al 1966); declaración de Marcelo Mesias Barros rendida ante la Segunda Sala Criminal del Juzgado de Fortaleza el 13 de marzo de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 1980 al 1982); declaración de Idelson Pinto Batista rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 15 de mayo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2094 al 2096); y declaración de João Arnóbio B. de Mesquita rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 21 de mayo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2113 al 2116).

(182) *Cfr.* auto de la Jueza Auxiliar de la Séptima Zona Judicial dictado el 6 de junio de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1986); acta de audiencia celebrada por la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 29 de noviembre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, Tomo II, folios 1993 y 1994); auto de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral dictado el 7 de marzo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2024); declaración de Albertina Viana Lopes rendida ante el Juzgado Vinculado de Varjota el 10 de abril de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2036 al 2038); y declaraciones de Irene Ximenes Lopes Miranda, José Vilson Barreto Araújo, Olinda

e) la audiencia fijada en el Juzgado de Ipueiras para el 24 de abril de 2002, con el fin de escuchar a un testigo que no residía en el ámbito de la jurisdicción de Sobral, no fue realizada por falta de notificación con la debida antelación. Fue fijada una nueva audiencia para el 8 de mayo de 2002, y nuevamente faltó la intimación al acusado y a su defensor, razón por la que se designó una tercera fecha, el día 19 de junio de 2002, en la que se tomó la declaración del testigo Antonio Airton Miranda (183).

112.30. El 9 de diciembre de 2002 la Tercera Sala del Juzgado de Sobral declaró cerrada la etapa de instrucción del proceso y determinó intimar a las partes para que presentaran sus alegatos finales, de conformidad con el artículo 499 del Código Procesal Penal del Brasil (184).

D.1) Ampliación de la denuncia y el estado actual del proceso

112.31. El 25 de mayo de 2000 Fiscales del Centro de Apoyo Operacional de los Grupos Socialmente Discriminados de la Fiscalía General de Justicia enviaron un oficio al Fiscal del Ministerio Público de Sobral, responsable por la acusación criminal en la causa por la muerte de Damião Ximenes Lopes, en el que manifestaron que “quedó claramente demostrado conforme [se infiere] de las declaraciones tomadas y [...] los informes [producidos en el caso del señor Damião Ximenes Lopes, la] conducta criminal [de] Francisco Ivo [de] Vasconcelos y [de] Marcelo Messias Barros[;] de la enfermera Maria Verónica Miranda Bezerra y [del] empleado José Eliezer Silva Procópio”, razón por la cual indicaron que la ampliación de la denuncia penal para investigar la relación de dichas personas con la muerte de Damião Ximenes Lopes, constituía una “imposición institucional y legal” (185).

112.32. El 12 de diciembre de 2000 la señora Irene Ximenes Lopes Miranda solicitó al presidente de la Comisión de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del estado del Ceará que requiriera al Juez de la Tercera Sala de Sobral la ampliación de la denuncia en contra de las personas mencionadas en el oficio de los Fiscales del Centro de Apoyo Operacional de los Grupos Socialmente Discriminados de la Fiscalía General de Justicia (186).

112.33. El 22 de septiembre de 2003 la Fiscal del Ministerio Público presentó sus alegatos finales en el proceso penal por la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, así como la solicitud de ampliación de la denuncia en relación con los señores Francisco Ivo de Vasconcelos y Elías Gomes Coimbra, por haber incurrido en la práctica de malos tratos seguido de muerte,

Alexandre de Sousa, Ângela Maria Carvalho Parente y Maria Verónica Miranda Bezerra rendidas ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 12 de abril de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2044 al 2056).

(183) *Cfr.* acta de audiencia criminal del Juzgado de Ipueiras celebrada el 24 de abril de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2127); acta de audiencia criminal del Juzgado de Ipueiras celebrada el 8 de mayo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2132); y declaración de Antonio Airton Miranda rendida ante el Juzgado de Ipueiras el 19 de junio de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2143 al 2146).

(184) *Cfr.* auto de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral dictado el 9 de diciembre de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2148).

(185) *Cfr.* oficio No. 56/2000 de Fiscales del Centro de Apoyo Operacional de los Grupos Socialmente Discriminados de la Fiscalía General de Justicia remitido al Fiscal del Ministerio Público de Sobral el 25 de mayo de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 1911 al 1925).

(186) *Cfr.* comunicación de Irene Ximenes Lopes Miranda remitida al presidente de la Comisión de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del estado del Ceará el 12 de diciembre de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 1908).

conducta tipificada en el artículo 136, párrafo segundo, del Código Penal del Brasil, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes (187).

112.34. El 17 de junio de 2004 el Juez de la Tercera Sala de Sobral, después de indicar que los trabajos en el Juzgado se encontraban atrasados en razón del volumen de servicio, y de que él mismo había estado fuera de sus funciones por 90 días (30 días de vacaciones en enero, más 60 días por permiso médico entre febrero y abril de 2004), recibió la ampliación de la denuncia y determinó la citación de los nuevos acusados, así como su intimación para que prestaran declaración. Sin perjuicio de lo anterior, el Juez reiteró la intimación a la coadyuvante civil en la acción penal y a los abogados de defensa para que “con máxima urgencia” presentasen sus alegatos finales (188).

112.35. El 30 de agosto de 2004 no fue posible realizar interrogatorio de los nuevos acusados por la falta de notificación del abogado de la coadyuvante civil en la acción penal, y de algunos de los abogados de la defensa, por lo que el Juez de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral, “en razón de la celeridad que requiere el caso”, fijó una nueva audiencia para el 9 de septiembre de 2004 (189).

112.36. El 22 de octubre de 2004 la defensa del señor Elias Gomes Coimbra sustentó su inoquencia y ofreció testigos para ser escuchados en audiencia. Ese mismo día el señor Francisco Ivo de Vasconcelos presentó su defensa previa, sustentó la insuficiencia fáctica y jurídica de las alegaciones del Ministerio Público, negó la autoría de los hechos que le eran imputados, y ofreció prueba testimonial (190).

112.37. Los días 3 y 16 de diciembre de 2004 prestaron declaración los señores José Cláudio Aguiar, Maria Gorete Silva y Maria Verónica Miranda Bezerra (191).

112.38. Después de la apertura de la audiencia de 9 de septiembre de 2004, fijada con la finalidad de oír a los nuevos acusados, el Juez de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral señaló que “la complejidad de los hechos, el elevado número de acusados y, sobretudo, las sucesivas manifestaciones en los autos de entidades ligadas a los derechos humanos, han retrasado la solución de la controversia”. Señaló, además, que los “expedientes necesarios para la correcta tramitación del proceso no ha[n] sido realizados como deberían”, y que la ausencia de abogados para representar a tres de los acusados impedía efectuar el interrogatorio previsto, por lo

(187) *Cfr.* escrito de alegatos finales de la Fiscal del Ministerio Público presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 22 de septiembre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2166 al 2172); y escrito de ampliación de denuncia de la Fiscal del Ministerio Público presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 22 de septiembre de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2174 al 2178).

(188) *Cfr.* auto de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral dictado el 17 de junio de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2180); y mandado de citación de los acusados Francisco Ivo de Vasconcelos y Elias Gomes Coimbra emitido por la Secretaría de la Tercera Sala de Sobral el 25 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2189).

(189) *Cfr.* acta de audiencia de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral celebrada el 30 de agosto de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2235).

(190) *Cfr.* defensa previa de Elias Gomes Coimbra presentada ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 22 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2277 y 2278); y defensa previa del señor Francisco Ivo de Vasconcelos presentada ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 22 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2272 al 2275).

(191) *Cfr.* declaraciones de José Cláudio Aguiar y Maria Gorete Silva rendidas ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 3 de diciembre 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2283 al 2288); y declaración de Maria Verónica Miranda Bezerra rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 16 de diciembre 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2296 al 2300).

que designó el día 19 de octubre de 2004 para su realización y reiteró la intimación a la coadyuvante civil en la acción penal, así como a los abogados de defensa de los acusados originales para presentar alegaciones finales (192).

112.39. Seguidamente, en la misma audiencia, la defensa del señor Sérgio Antunes Ferreira Gomes, acusado en la denuncia original, solicitó la “suspensión [del requerimiento] de la presentación de las alegaciones finales,” alegando que la producción de nuevas pruebas en el proceso, consecuencia necesaria de la inclusión de nuevos acusados, podría beneficiar, o bien perjudicar, a los acusados originales, y que su juzgamiento antes del fin de la etapa de instrucción del proceso en contra de los que fueron posteriormente imputados, podría acarrear una contradicción entre la primera y la segunda sentencias a ser emitidas por el Juzgado. En razón de tal solicitud, el Juez determinó que, con posterioridad a la audiencia fijada para el 19 de octubre de 2004, los autos fuesen remitidos a él, para que decidiera sobre el pedido (193).

112.40. El 19 de octubre de 2004 se llevó a cabo el interrogatorio de los acusados Francisco Ivo de Vasconcelos y Elias Gomes Coimbra (194).

112.41. La audiencia fijada para el 26 de enero de 2005 para escuchar al testigo Francisco das Chagas Melo no se llevó a cabo por falta de intimación del acusado Carlos Alberto Rodrigues dos Santos y se realizó el 2 de marzo de 2005 (195).

112.42. El 14 de febrero de 2005 la Secretaría de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral remitió los “autos concluidos” al Juez para que decidiera sobre la solicitud de suspensión de la presentación de las alegaciones finales. Desde esa fecha, el Juzgado procedió a realizar las audiencias para escuchar al señor Francisco das Chagas Melo y a la señora Albertina Viana Lopes, y a citar a los testigos de la parte acusada en la ampliación de la denuncia. El proceso penal por la muerte de Damião Ximenes Lopes está a la espera de la emisión de un auto interlocutorio que resuelva la solicitud de suspensión de la presentación de alegaciones finales (196).

112.43. El procedimiento penal inició el 27 de marzo de 2000 con la interposición de la denuncia por parte del Ministerio Público, y a la fecha de la emisión de la presente Sentencia aún no se ha dictado fallo de primera instancia.

E) Acción civil de resarcimiento (197)

112.44. El 6 de julio de 2000 Albertina Viana Lopes promovió acción de indemnización ante la Quinta Sala Civil por daños morales en contra de la Casa de Reposo Guararapes, Sérgio Antunes Ferreira Gomes y Francisco Ivo de Vasconcelos, como consecuencia del “dolor, triste-

(192) *Cfr.* acta de audiencia de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral celebrada el 9 de septiembre de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2254 y 2255).

(193) *Cfr.* acta de audiencia de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral celebrada el 9 de septiembre de 2004, *supra* nota 74.

(194) *Cfr.* declaraciones de Francisco Ivo de Vasconcelos y Elias Gomes Coimbra rendidas ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 19 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folios 2260 al 2268).

(195) *Cfr.* acta de audiencia del Juzgado de Ipueiras celebrada el 26 de enero 2005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2326); y acta de audiencia del Juzgado de Ipueiras celebrada el 2 de marzo 2005 (expediente de fondo, tomo IV, folios 701 al 710).

(196) *Cfr.* auto de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral dictado el 14 de febrero de 2005 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo II, folio 2327); acta de audiencia del Juzgado de Varjota celebrada el 5 de abril 2005 (expediente de fondo, tomo IV, folios 712 y 713); y carta de intimación de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral emitida el 17 de noviembre 2005 (expediente de fondo, tomo IV, folio 715).

(197) En el original, en portugués: *ação civil de reparação de danos*

za, sufrimiento y humillación que [...] pasó y pasará por el resto de su vida” por la muerte de su hijo Damião Ximenes Lopes (198).

112.45. El 2 de octubre de 2000 los representantes de la Casa de Reposo Guararapes y los demandados Sérgio Antunes Ferreira Gomes y Francisco Ivo de Vasconcelos, contestaron la demanda de indemnización planteada en su contra por la señora Albertina Viana Lopes (199).

112.46. El 17 de noviembre de 2000 la señora Albertina Viana Lopes presentó la réplica a la contestación de la demanda de la Casa de Reposo Guararapes, y de los señores Sérgio Antunes Ferreira Gomes y Francisco Ivo de Vasconcelos (200).

112.47. El 6 de diciembre de 2000 la Quinta Sala Civil fijó audiencia de conciliación para el 1 de marzo de 2001. En esa fecha la Quinta Sala Civil, sin presentar justificación, transfirió la audiencia para el 15 de marzo de 2001, día en que se llevó a cabo la misma, sin que existiera ánimo conciliatorio (201).

112.48. El 15 de agosto de 2003 la Quinta Sala Civil solicitó a la Tercera Sala del Juzgado de Sobral información pormenorizada sobre la acción penal que se tramitaba en dicha instancia sobre la muerte del señor Damião Ximenes Lopes y el estado procesal en que se encontraba. El 19 de agosto de 2003 el Juez de la Tercera Sala de Sobral informó que el proceso se encontraba en la fase del artículo 499 del Código Procesal Penal, es decir, en la presentación de alegaciones finales por las partes. El 29 de agosto del mismo año la Quinta Sala Civil resolvió suspender el proceso civil por el plazo máximo de un año para esperar la resolución de la acción penal (202).

112.49. El 15 de octubre de 2004 la Quinta Sala Civil solicitó a la Tercera Sala del Juzgado de Sobral para que informara si había sido dictada sentencia en el caso del señor Damião Ximenes Lopes y, en su caso, remitiera copia de la decisión. El 21 de octubre de 2004 la Tercera Sala de Sobral informó que el 24 de septiembre de ese mismo año había sido ampliada la denuncia contra los señores Elias Gomes Coimbra y Francisco Ivo de Vasconcelos, a quienes se había interrogado el 19 de octubre de 2004 y que, con relación a los demás acusados, el proceso se encontraba concluso para decisión respecto del pedido de uno de los abogados de defensa sobre la suspensión del plazo para la presentación de alegaciones finales (203) (*supra* párr.

(198) *Cfr.* escrito de Albertina Viana Lopes presentado ante la Quinta Sala Civil el 6 de julio 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2329 al 2343).

(199) *Cfr.* escrito de los representantes de la Casa de Reposo Guararapes presentado ante la Quinta Sala Civil el 2 de octubre 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2403 al 2411); escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes presentado ante la Quinta Sala Civil el 2 de octubre 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2413 al 2422); y escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos presentado ante Quinta Sala Civil el 2 de octubre 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2424 al 2429).

(200) *Cfr.* escrito de Albertina Viana Lopes presentado ante la Quinta Sala Civil el 17 de noviembre 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2446 al 2448).

(201) *Cfr.* auto de la Quinta Sala Civil dictado el 6 de diciembre de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2450); auto de la Quinta Sala Civil dictado el 1 de marzo de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2463 y 2464); y acta de audiencia de la Quinta Sala Civil celebrada el 15 de marzo de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2466 y 2467).

(202) *Cfr.* auto de la Quinta Sala Civil dictado el 15 de agosto de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2576); oficio No. 521/03 de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral emitido el 19 de agosto de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2580); y auto de la Quinta Sala Civil dictado el 29 de agosto de 2003 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2582).

(203) *Cfr.* auto de la Quinta Sala Civil dictado el 15 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2633); y oficio No. 1545/04 de la Tercera Sala del Juzgado de Sobral emitido el 21 de octubre de 2004 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2636).

112.42). No se ha dictado sentencia de primera instancia en la acción civil de resarcimiento, para la fecha de la presente Sentencia.

F) Exhumación del cuerpo del señor Damião Ximenes Lopes

112.50. El 15 de marzo de 2001 la Quinta Sala Civil decidió acoger el pedido de realización de la prueba pericial de exhumación del cadáver del señor Damião Ximenes Lopes, solicitado por los representantes de la Casa de Reposo Guararapes, y dispuso que el Director del Departamento Técnico de Pericia debería nombrar a dos peritos para realizar dicha prueba (204).

112.51. Los días 25 y 27 de marzo de 2001 el demandado Francisco Ivo de Vasconcelos, así como la señora Albertina Viana Lopes, presentaron los puntos a ser analizados en la exhumación del cuerpo del señor Damião Ximenes Lopes (205).

112.52. El 26 de marzo de 2001 el representante de la Casa de Reposo Guararapes desistió del pedido de exhumación. El 19 de junio del mismo año la señora Albertina Viana Lopes se manifestó a favor de la realización de la prueba pericial, como condición para el esclarecimiento de la verdad. El 20 de junio de 2001 la Quinta Sala Civil resolvió mantener la realización de la exhumación (206).

112.53. El 24 de septiembre de 2001 la Quinta Sala Civil solicitó por segunda vez al Director del Departamento Técnico de Pericia del Instituto Médico Legal, que nombrara a dos peritos para la realización de la exhumación. Dicha solicitud fue reiterada el 30 de octubre de 2001 (207).

112.54. El 21 de febrero de 2002 la Dirección Técnica-Científica del Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, dispuso el día 6 de abril de 2002 a las 8:00 horas para la realización de la exhumación del cuerpo del señor Damião Ximenes Lopes y designó a dos peritos al efecto. El 6 de abril de 2002 fue realizada la pericia, la cual concluyó que el caso del señor Damião Ximenes Lopes se trató de una muerte real “de causa indeterminada” (*supra* párr. 112.16) (208).

(204) *Cfr.* acta de audiencia de la Quinta Sala Civil celebrada el 15 de marzo de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2466 y 2467).

(205) *Cfr.* escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos presentado ante la Quinta Sala Civil el 25 de marzo 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2468 y 2469); y escrito de la Albertina Viana Lopes presentado ante la Quinta Sala Civil el 27 de marzo 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2470 y 2471).

(206) *Cfr.* escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos presentado ante la Quinta Sala Civil el 26 de marzo 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2473 y 2474); escrito de Albertina Viana Lopes presentado ante Quinta Sala Civil el 19 de junio 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2500 y 2501); y auto de la Quinta Sala Civil dictado el 20 de junio de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2502 y 2503).

(207) *Cfr.* auto de la Quinta Sala Civil dictado el 11 de septiembre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2512 y 2513); oficio No. 372/2001 de la Quinta Sala Civil emitido el 24 de septiembre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2514); y oficio No. 468-M/2001 de la Quinta Sala Civil emitido el 30 de octubre de 2001 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2522).

(208) *Cfr.* oficio No. 170/200-CPD-02 de la Dirección Técnica Científica del Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto emitido el 21 de febrero de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folio 2525); oficio No. 795/2002 de la Comisaría Regional de Sobral emitido el 2 de mayo de 2002 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2548 y 2549); y dictamen de Examen Cadavérico (exhumación) realizado por el Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto al cadáver de Damião Ximenes Lopes el 6 de abril de 2002, *supra* nota 48.

G) Casa de Reposo Guararapes

112.55. La Casa de Reposo Guararapes era un hospital privado de salud, propiedad de Sérgio Antunes Ferreira Gomes, la que fue contratada por el Estado para prestar servicios de atención psiquiátrica bajo la dirección del Sistema Único de Salud, y actuaba como unidad pública de salud en nombre y por cuenta del Estado. En el mes de octubre de 1999, alrededor de 54 camas de internación de dicho hospital estaban afiliadas al SUS y las personas que ocupaban esas camas eran pacientes del sistema público de salud. Era la única institución de internación o de servicios ambulatorios o abiertos, sea de carácter público o privado, de personas con discapacidades mentales de toda la región de Sobral, ciudad que está localizada a 200 Km. de la ciudad de Fortaleza, capital del estado del Ceará (209).

112.56. En la Casa de Reposo Guararapes existía un contexto de violencia, agresiones y malos tratos, en que diversos internos frecuentemente presentaban lesiones en los miembros superiores e inferiores, las cuales eran causadas por empleados de la Casa de Reposo Guararapes; los auxiliares de enfermería y vigilancia utilizaban a los pacientes para contener a otros; aplicaban la “gravata” (maniobra que implica posibilidad de asfixiamiento) a algunos pacientes, quienes pensaban que tal práctica “era la ley” o era “para mantener el orden”; determinaban la contención física de forma indiscriminada, independientemente de si tal procedimiento había sido indicado por el médico responsable, e incentivaban enfrentamientos físicos entre los pacientes (210).

112.57. Las condiciones de confinamiento en la Casa de Reposo Guararapes eran inhumanas y degradantes; la atención médica a los pacientes frecuentemente era prestada en la recepción e incluso en presencia de visitantes, ya que por mucho tiempo el Hospital no contó con un consultorio médico, y frecuentemente faltaba la medicación apropiada para los pacientes. Ese hospital no ofrecía las condiciones exigibles y era incompatible con el ejercicio ético-profesional de la medicina (211).

112.58. En el marco del contexto de violencia en contra de los pacientes, y con anterioridad a la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, ocurrieron en la Casa de Reposo Guararapes al menos dos muertes en circunstancias violentas, que habrían incluido golpes en la cabeza con objetos contundentes, y en que los pacientes ingresaban a la Casa de Reposo en buenas

(209) Cfr. decisión Administrativa No. 026 dictada por la Secretaría de Salud y Asistencia Social del Municipio de Sobral el 2 de marzo de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 2, folios 76 al 81); Decisión Administrativa No. 113 dictada por la Secretaría de Salud y Asistencia Social del Municipio de Sobral el 10 de julio de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folios 82 y 83); declaración de Francisco Ivo de Vasconcelos rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 16 de agosto de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 84 al 89); y escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes presentado ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 26 de marzo de 2001 (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folios 95 y 96).

(210) Cfr. informe del Grupo de Acompañamiento y Evaluación de la Asistencia Psiquiátrica Hospitalaria emitido el 5 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 18, folios 118 al 146); informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000, *supra* nota 43; declaración de Francisco das Chagas Melo rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 16 de febrero de 2001, *supra* nota 62; declaración de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 24 de abril de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 12, folios 108 al 110); y constancia del libro de novedades diarias de la Casa de Reposo Guararapes del 29 de diciembre de 1999 (expediente de anexos a la demanda, anexo 13, folio 111).

(211) Cfr. informe del Grupo de Acompañamiento y Evaluación de la Asistencia Psiquiátrica Hospitalaria emitido el 5 de noviembre de 1999, *supra* nota 91; informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000, *supra* nota 43; y declaración de Francisco Ivo de Vasconcelos rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 16 de agosto de 2000, *supra* nota 90.

condiciones físicas y fallecían durante el período de internamiento (212). La señora Raimunda Ferreira de Sousa murió en la Casa de Reposo Guararapes en octubre de 1987, y el señor Gerardo Alves da Silva falleció en el mismo lugar en febrero de 1991.

112.59. Las denuncias sobre malos tratos y delitos practicados en contra de los pacientes, tales como una acusación de estupro y la de que un auxiliar de enfermería habría quebrado el brazo de un paciente, no eran investigadas por la dirección de la Casa de Reposo Guararapes, cuyo director presidente, señor Sérgio Antunes Ferreira Gomes, no visitaba la institución, ni mantenía contacto alguno con el personal médico o de enfermería, y tampoco con los familiares de los pacientes internados (213).

H) Intervención de la Casa de Reposo Guararapes

112.60. El 13 de octubre de 1999 la señora Albertina Viana Lopes presentó una denuncia ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social, en contra de la Casa de Reposo Guararapes, en la cual relató las circunstancias que rodearon la muerte de su hijo Damião Ximenes Lopes, ocurrida el 4 de octubre de 1999 (214).

112.61. El 18 de octubre de 1999 la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social, por órdenes del Secretario Municipal de Salud y Asistencia Social del Municipio de Sobral, emitió la Decisión Administrativa (215)* No. 001/CCAA, mediante la cual resolvió instituir una Comisión de Investigación Administrativa (216)** para investigar los hechos denunciados por la señora Albertina Viana Lopes. El 18 de febrero de 2000 la Comisión de Investigación Administrativa, después de realizar dos visitas de supervisión a la Casa de Reposo Guararapes, escuchar a diecinueve personas y analizar distintos documentos, presentó su informe final, en el cual concluyó que la Casa de Reposo Guararapes “no ofrec[ía] las condiciones exigibles y [era] incompatible con el ejercicio ético-profesional de la Medicina” (217).

112.62. La última inspección que se había realizado en la Casa de Reposo Guararapes había sido el 15 de mayo de 1996, por el Grupo de Acompañamiento de Asistencia Psiquiátrica

(212) *Cfr.* declaración de Maria Expedita Sousa Lira rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 15 de febrero de 2000, *supra* nota 55; y declaración de Maria Gorete Silva rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 15 de febrero de 2000, *supra* nota 55.

(213) *Cfr.* informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000, *supra* nota 43; informe del Grupo de Acompañamiento y Evaluación de la Asistencia Psiquiátrica Hospitalaria emitido el 5 de noviembre de 1999, *supra* nota 91; declaración de Francisco das Chagas Melo rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 16 de febrero de 2001, *supra* nota 62; declaración de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 24 de abril de 2000, *supra* nota 41; constancia del libro de Novedades diarias de la Casa de Reposo Guararapes del 29 de diciembre de 1999, *supra* nota 91; y declaración de Francisco Ivo de Vasconcelos rendida ante la Tercera Sala del Juzgado de Sobral el 16 de agosto de 2000, *supra* nota 90.

(214) *Cfr.* informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000, *supra* nota 43; y denuncia de la señora Albertina Viana Lopes presentada ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social el 13 de octubre de 1999, *supra* nota 49.

(215)* En el original, en portugués: *Portaria*.

(216)** En el original, en portugués: *Comissão de Sindicância*.

(217) *Cfr.* decisión administrativa No. 001/CCAA emitida por la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría el 18 de octubre de 1999 (anexos de la contestación de la demanda, anexo 1, tomo I, folio 1548); e informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000, *supra* nota 43.

del Ministerio de Salud (GAP), en la cual se recomendó el cierre de dos enfermerías de la Casa de Reposo Guararapes, que funcionaban en el local que era conocido como “sótano”, por falta de condiciones de funcionamiento, infiltración y otras irregularidades. El informe constató también la existencia de un número de personas superior al número de camas hospitalarias, lo cual comprobó la existencia de los llamados “lechos-pisos”, situación en que los pacientes dormían en el piso (218).

112.63. El 21 de octubre de 1999 el Departamento de Vigilancia Sanitaria de la Secretaría de Salud y Asistencia Social realizó una inspección en la Casa de Reposo Guararapes, en la que concluyó que:

desde el punto de vista de la vigilancia sanitaria[...] el conjunto de las acciones y servicios referentes a la Casa de Reposo Guararapes, se encuentran fuera de los estándares de identidad y calidad aceptables [...Además,...] se puede afirmar que:

- la unidad hospitalaria no ofrece a sus empleados aparatos de protección individual; [...]
- los empleados no se encuentran vacunados contra el tétanos ni la hepatitis B;
- los pacientes no tienen actividades de recreación en las áreas libres;
- el aislamiento de los pacientes es realizado en lugares inadecuados, sin estructura ni higiene;
- el almacenamiento de los alimentos es inadecuado, lo cual provoca su putrefacción;
- el uso del congelador es inadecuado;
- las mesas del comedor están cubiertas con plásticos atornillados, [por lo que son] de difícil higiene;
- el cuadro de distribución de energía se encuentra dañado, lo cual puede provocar accidentes;
- las condiciones higiénicas del hospital son precarias (techo, paredes y piso necesitan limpieza)[, y]
- las condiciones sanitarias son precarias (baños [se encuentran] dañados[,y] sin duchas, sin lavamanos, sin basurero, y el servicio sanitario [se encuentra] sin cobertura ni higiene).

[Por ende,] los resultados [...] evidencian la [necesidad de mantenimiento y de [la adopción de] diferentes acciones [...] para la promoción de la salud y la calidad de vida [...] en la Casa de Reposo Guararapes (219).

(218) *Cfr.* informe del Grupo de Acompañamiento y Evaluación de la Asistencia Psiquiátrica Hospitalar emitido el 5 de noviembre de 1999, *supra* nota 91; y declaración de Lidia Dias Costa rendida el 31 de julio de 2003 (expediente de anexos a las solicitudes, argumentos y pruebas, anexo 1, folio 897 al 903).

(219) *Cfr.* inspección de la Vigilancia Sanitaria de la Secretaría de Salud y Asistencia Social realizada en la Casa de Reposo Guararapes el 21 de octubre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1551 al 1553).

112.64. El 4 de noviembre de 1999 la Secretaría de Salud y Asistencia Social dirigió un oficio a la Dirección Administrativa de la Casa de Reposo Guararapes, mediante el cual se refirió a una visita realizada por la Coordinadora de Control, Evaluación y Auditoría y por el Médico del Sistema Municipal de Auditoría, en la que se habían evidenciado las siguientes irregularidades en la Casa de Reposo Guararapes:

- a) ausencia de médico de planta;
- b) no hay oxígeno, “aspirador de secreción”, vaporizador, y otros instrumentos médicos, en la sala de emergencias;
- c) no existe sala de curaciones ni “carro de curativo”;
- d) los lugares destinados a los aparatos mencionados en los puntos b y c se encuentran en estado de higiene precario, y
- e) en los prontuarios médicos no consta la evolución ni los informes circunstanciados de seguimiento a ser producidos por los profesionales de asistencia social, psicología, terapia ocupacional ni enfermería (nivel superior), “los cuales son de fundamental importancia para los cuidados de salud mental”.

En razón de tales hallazgos, la Secretaría de Salud y Asistencia Social concedió a la Casa de Reposo Guararapes un plazo de 15 días para que las irregularidades fuesen corregidas, e informó que en caso de que las mismas persistiesen, se le suspendería con carácter definitivo la emisión de autorizaciones de internación hospitalaria (220).

112.65. El 5 de noviembre de 1999 órganos de la Secretaría de Salud y Asistencia Social realizaron una inspección conjunta en la Casa de Reposo Guararapes, mediante la cual concluyeron que:

- a) se desprende de las entrevistas realizadas a los pacientes, que existen malos tratos, especialmente en contra de pacientes del sexo masculino, y que tal trato empieza cuando los pacientes son llevados a la Casa de Reposo Guararapes por policías;
- b) causa extrañeza que la Coordinadora de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social no haya desactivado la Unidad Ulises Pernambucano. Dicha Unidad ya había sido denunciada en un informe anterior de fecha 15 de mayo de 1996;
- c) las unidades Alice Ferreira Gomes y Ulises Pernambucano deben ser desactivadas, y
- d) es evidente la falta de administración de la Casa de Reposo Guararapes. Las personas que en la práctica asumen tal función, no tienen poder decisorio y el propietario no se encuentra presente de forma asidua.

La inspección concluyó que la Casa de Reposo Guararapes no presentaba condiciones de funcionamiento, y sugirió la intervención por parte del Municipio de Sobral en conjunto con la Secretaría de Salud y Asistencia Social, el cambio en la administración, o bien que se le suprimiera el permiso para prestar servicios en el ámbito del Sistema Único de Salud. Respecto de

(220) Cfr. oficio No. 1024/99 de la Secretaría de Salud y Asistencia Social dirigido a la Dirección Administrativa de la Casa de Reposo Guararapes el 4 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folio 1549).

la muerte de Damião Ximenes Lopes, concluyó que en el caso se evidenciaron una asistencia médica precaria y malos tratos (221).

112.66. El 29 de febrero de 2000 el Consejo Municipal de Salud, con base en las conclusiones del informe de la Comisión de Investigación Administrativa, decidió, mediante Resolución/CMSS No. 001/2000, la intervención de la Casa de Reposo Guararapes por parte de un órgano municipal de salud. El 2 de marzo de 2000 el Secretario Municipal de Salud y Asistencia Social, resolvió decretar una junta interventora en la Casa de Reposo Guararapes, por el plazo de noventa días, el que fue prorrogado por treinta días más, con la finalidad de organizarla técnica y administrativamente, controlando los recursos transferidos a dicho hospital por el Sistema Único de Salud (222).

112.67. Al cabo de una intervención de ciento veinte días, el 10 de julio de 2000 la Secretaría de Salud y Asistencia Social, mediante Decisión Administrativa No. 113, dispuso “cancelar la acreditación de la Casa de Reposo Guararapes como institución psiquiátrica para prestar servicios al [Sistema Único de Salud] en el área de asistencia hospitalaria en psiquiatría” (223).

1) Pensiones

112.68. El señor Damião Ximenes Lopes recibía del Instituto Nacional de Seguridad Social una pensión del Estado por incapacidad. Como consecuencia de su muerte, y de conformidad con el artículo 3° de la Ley No. 8.212, legislación general aplicable en todo el territorio nacional, que dispone que “[la] seguridad social tiene como objetivo asegurar a sus beneficiarios medios indispensables a su mantenimiento, por motivo de incapacidad [...] y reclusión o muerte de aquellos de quienes dependían económicamente”, la señora Albertina Viana Lopes pasó a recibir un beneficio social a título de pensión por muerte, por ser ella la única dependiente económica del señor Damião Ximenes Lopes. La pensión del Instituto Nacional de Seguridad Social a que se hizo beneficiaria la señora Albertina Viana Lopes, a la fecha de la presente Sentencia alcanza la suma de R\$ 350,00 (trescientos cincuenta reales) (224). Esta pensión se otorga independientemente de la causa y circunstancias de la muerte.

112.69. El 16 de junio de 2004, por decisión unilateral de su Asamblea Legislativa, el estado del Ceará aprobó la Ley No. 13.491, que otorgó “a favor de la [s]eñora Albertina Viana Lopes, madre del [s]eñor Damião Ximenes Lopes, fallecido en la Casa de Reposo Guararapes, en la ciudad de Sobral, estado del Ceará, el 4 de octubre de 1999”, una pensión mensual y vitalicia, que corresponde al salario mínimo en el estado del Ceará, reajutable por el índice de revisión general anual aplicado a los servidores públicos estaduais, y que para el mes de mayo de 2006 alcanzaba la suma de R\$ 323,40 (trescientos veintitrés reales y cuarenta centavos) (225).

(221) *Cfr.* auditoría conjunta de la Secretaría de Salud y Asistencia Social realizada en la Casa de Reposo Guararapes el 5 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1625 al 1637).

(222) *Cfr.* decisión Administrativa No. 026 del Secretario de Salud y Asistencia Social emitida el 2 de marzo de 2000, *supra* nota 90; y oficio No. 232/2000/SSAS del Secretario de Salud y Asistencia Social dirigido al representante del Ministerio Público en el proceso penal por la muerte de Damião Ximenes Lopes el 3 de marzo de 2000 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo I, tomo I, folios 1419 y 1420).

(223) *Cfr.* Decisión Administrativa No. 113 dictada por la Secretaría de Salud y Asistencia Social del Municipio de Sobral el 10 de julio de 2000, *supra* nota 90.

(224) *Cfr.* carta de concesión de beneficio del Instituto Nacional de Previsión Social a la señora Albertina Viana Lopes, de 21 de noviembre de 1999 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo II, folios 2348 y 2349).

(225) *Cfr.* Ley No. 13.491 de 16 de junio de 2004 (expediente de procedimiento ante la Comisión, tomo I, folio 359); y extractos de pago de la pensión vitalicia de la señora Albertina Viana Lopes emitidos por el estado del Ceará -impresos de la

J) Los familiares del señor Damião Ximenes Lopes

112.70. Las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, madre y hermana, respectivamente, del señor Damião Ximenes Lopes, han padecido secuelas físicas y psicológicas como consecuencia de la muerte de la presunta víctima. La señora Albertina Viana Lopes ha sufrido depresiones y problemas de salud, tal como una gastritis nerviosa y una úlcera duodenal. La señora Irene Ximenes Lopes Miranda padeció una depresión por más de tres años. Luego de la muerte de su hermano dejó de amamantar a su hija, quien estaba recién nacida. Dejó de trabajar y no concluyó su contrato de trabajo que terminaba el 31 de diciembre de 2004. En la búsqueda de justicia que emprendió ante los órganos judiciales y de derechos humanos a raíz de los hechos del presente caso, ha padecido y revivido en forma constante las circunstancias de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, y tuvo que separarse de su familia por largos períodos (226).

112.71. Los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, padre y hermano, respectivamente, del señor Damião Ximenes Lopes, han sufrido como consecuencia de la muerte de la presunta víctima. El señor Francisco Leopoldino Lopes mantenía lazos familiares con su hijo, Damião Ximenes Lopes y ha sufrido por su fallecimiento. El señor Cosme Ximenes Lopes, hermano gemelo de la presunta víctima, quien también estuvo internado en instituciones psiquiátricas, mantenía un vínculo afectivo y una relación de identificación con el señor Damião Ximenes Lopes. Luego que recibió la noticia de la muerte de su hermano, entró en estado de shock; con posterioridad a ello, sufrió de depresión y dejó de trabajar por algún tiempo (227).

VIII**Violación de los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma**

(Derecho a la Vida, a la Integridad Personal y Obligación de Respetar los Derechos)

Alegatos de la Comisión

113. La Comisión alegó, *inter alia*, lo siguiente:

a) Respecto de la violación del derecho a la vida:

i. el Estado no cumplió con su obligación de proteger y preservar la vida del señor Damião Ximenes Lopes. Esta violación puede apreciarse no sólo porque sus agentes le causaron la muerte, sino porque el Estado no ejerció debidamente la fiscalización de la Casa de Reposo Guararapes, y

Internet- el 21 de junio de 2006 (expediente de prueba para mejor resolver, folios 3706 al 3721). En el “extracto de pago” más actualizado que presentó el Estado, referente a mayo de 2006, consta que el valor de la pensión es de R\$ 323,40 (trescientos veintitrés reales y cuarenta centavos), y que el valor total por recibir alcanza la suma de R\$ 416,00 (cuatrocientos dieciséis reales), porque incluye un “complemento remuneratorio” de R\$ 92,60 (noventa y dos reales y sesenta centavos).

(226) *Cfr.* testimonio de Irene Ximenes Lopes Miranda rendido en la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana el 30 de noviembre de 2005, *supra* nota 38; denuncia de Albertina Viana Lopes presentada ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social el 13 de octubre de 1999, *supra* nota 49; informe de la psiquiatra Lúcia Dias Costa rendido, pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda, el 14 de diciembre de 2002, *supra* nota 38; e informe sobre la Investigación Administrativa elaborado a solicitud de la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social emitido el 18 de febrero de 2000, *supra* nota 38.

(227) *Cfr.* testimonio de Irene Ximenes Lopes Miranda rendido en la audiencia pública celebrada ante la Corte Interamericana el 30 de noviembre de 2005, *supra* nota 38; e informe de la psiquiatra Lidia Dias Costa rendido, a pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda, el 14 de diciembre de 2002, *supra* nota 38.

ii. la falta de una investigación seria y sanción a los responsables por la muerte del señor Ximenes Lopes, constituye una violación por parte del Estado a su obligación de garantizar el derecho a la vida.

b) Respeto de la violación del derecho a la integridad personal:

i. las condiciones de hospitalización en la Casa de Reposo Guararapes eran *per se* incompatibles con el respeto a la dignidad de la persona humana; por el mero hecho de haber sido internado en dicha institución como paciente del SUS, el señor Damião Ximenes Lopes fue sometido a tratamiento inhumano o degradante, y

ii. la contención física aplicada al señor Ximenes Lopes no tomó en cuenta los parámetros internacionales sobre la materia. La presunta víctima no fue mantenida en condiciones dignas, ni bajo el cuidado, la supervisión inmediata y regular de personal calificado de salud mental.

c) Respeto del allanamiento, está de acuerdo con el reconocimiento efectuado por el Estado, no hay controversia en relación con los hechos que antecedieron a la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, los cuales están descritos en la demanda.

Alegatos de los representantes

114. Los representantes señalaron, *inter alia*, lo siguiente:

a) Respeto de la violación del derecho a la vida:

i. el Estado falló en su obligación de preservar y proteger la vida del señor Damião Ximenes Lopes, ya que no adoptó medidas de prevención para impedir su muerte, no fiscalizó, ni monitoreó el funcionamiento de la Casa de Reposo Guararapes, y

ii. la falta de una investigación seria y efectiva, y sanción de los responsables por la muerte de la presunta víctima constituye una violación del Estado de su obligación de garantizar el derecho a la vida.

b) Respeto de la violación del derecho a la integridad personal, el señor Damião Ximenes Lopes fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes en la Casa de Reposo Guararapes. Las agresiones fueron perpetradas por los individuos que tenían la guardia del señor Ximenes Lopes, y quienes debían cuidarle, resguardar su salud y su integridad personal. Las condiciones de internación y los cuidados ofrecidos por dicho hospital autorizado por el Sistema Único de Salud, eran *per se*, atentatorios al derecho a la integridad personal.

c) Respeto del allanamiento, señaló que el Estado violó cuatro deberes que tenía en relación con los pacientes de la Casa de Reposo Guararapes: a) prevenir daños no naturales; b) investigar y permanecer informado sobre las condiciones del hospital; c) monitorear y controlar los funcionarios, y d) no causar, de forma negligente o intencional, la muerte de pacientes que se encuentren bajo su custodia.

Alegatos del Estado

115. El Estado manifestó, *inter alia*, que reconoce su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en demostración de su compromiso con la tutela de los derechos humanos.

Consideraciones de la Corte

116. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

117. El inciso 1 del artículo 4 de la Convención dispone que

[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

118. El artículo 5 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

[...]

119. La Corte reitera que el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado por la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y tiene fundamental importancia para la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana (228) en el Estado.

120. El Tribunal tiene por establecido que en la Casa de Reposo Guararapes existía un contexto de violencia en contra de las personas ahí internadas, quienes estaban bajo la amenaza constante de ser agredidas directamente por los funcionarios del hospital, o bien de que éstos no impidiesen las agresiones entre los pacientes, ya que era frecuente que los empleados no tuviesen entrenamiento para trabajar con personas con discapacidades mentales. Los enfermos se encontraban sujetos a la violencia también cuando entraban en un estado crítico de salud, ya que la contención física y el control de pacientes que entraban en crisis, era frecuentemente realizada con la ayuda de otros pacientes. La violencia, sin embargo, no era el único obstáculo para la recuperación de los pacientes de la Casa de Reposo Guararapes, sino que las precarias condiciones de mantenimiento, conservación e higiene, así como de la atención médica, también constituían una afrenta a la dignidad de las personas ahí internadas. En la Casa de Reposo Guararapes el almacenamiento de los alimentos era inadecuado; las condiciones higiénicas y sanitarias del hospital eran precarias, los baños se encontraban dañados, sin duchas, lavamanos, ni basurero y el servicio sanitario se encontraba sin cobertura ni higiene; no había médico de planta, la atención médica a los pacientes era frecuentemente prestada en la recepción del hospital, y algunas veces faltaba medicación; faltaban aparatos esenciales en

(228) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 55; *Caso Blanco Romero*, *supra* nota 20, párr. 100; y *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 20, párr. 60.

la sala de emergencias, tales como tubos de oxígeno, “aspirador de secreción” y vaporizador; en los prontuarios médicos no constaba la evolución de los pacientes ni los informes circunstanciados de seguimiento que debían hacer los profesionales de asistencia social, psicología, terapia ocupacional y enfermería; el propietario del hospital no se encontraba presente de forma asidua, por lo que era evidente la falta de administración. En resumen, y según señaló la Comisión de Investigación Administrativa instaurada con posterioridad a la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, la Casa de Reposo Guararapes “no ofrec[ía] las condiciones exigibles y [era] incompatible con el ejercicio ético-profesional de la Medicina” (*supra* párrs. 112.56, 112.57, 112.61, 112.63, 112.64 y 112.65).

121. La Corte ha tenido por probado que al momento de la visita de la señora Albertina Viana Lopes a la Casa de Reposo Guararapes el 4 de octubre de 1999, el señor Damião Ximenes Lopes se encontraba sangrando, con hematomas, con la ropa rota, sucio y oliendo a excrementos, con las manos amarradas hacia atrás, con dificultad para respirar, agonizante, gritando y pidiendo auxilio a la policía. Con posterioridad a ese encuentro, el señor Damião Ximenes Lopes recibió un baño y aún con las manos atadas, se cayó de la cama. La presunta víctima permaneció en el suelo, fue medicado, y posteriormente falleció, sin la presencia o supervisión de médico alguno. La autopsia realizada señaló que el cuerpo presentaba excoriaciones localizadas en la región nasal, hombro derecho, parte anterior de las rodillas y del pie izquierdo, equimosis localizadas en la región del ojo izquierdo, hombro homolateral y puños, por lo que esta Corte consideró probado que la muerte se dio en circunstancias violentas (*supra* párrs. 112.9, 112.10, 112.11 y 112.14).

122. En el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, el Estado reconoció los hechos de la demanda relacionados con el fallecimiento del señor Damião Ximenes Lopes, y la falta de prevención para superar las condiciones que permitieron que ocurriera tal incidente, así como la precariedad del sistema de atención mental al cual la presunta víctima fue sometida, al momento de los hechos, lo que constituyó una violación del artículo 4 de la Convención. El Estado, además, reconoció los malos tratos de que fue víctima el señor Ximenes Lopes antes de su muerte, en violación del artículo 5 de la Convención (*supra* párrs. 36, 63 y 66).

123. No obstante ello, la Corte considera pertinente analizar ciertos aspectos relativos a la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención en el presente caso, ya que esta es la primera vez que el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la violación de los derechos de una persona que padecía una discapacidad mental. La Corte analizará el tema bajo dos perspectivas: A) los derechos de las personas con discapacidad mental, y B) los deberes del Estado en relación con esas personas.

A) Los derechos de las personas con discapacidad mental

1. El derecho a la vida y a la integridad personal

124. Esta Corte reiteradamente ha afirmado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo (229).

(229) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párrs. 82 y 83; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 4, párrs. 150, 151 y 152; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párrs. 119 y 120; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 232; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 30, párrs. 161 y 162; *Caso Huilca Tecse*.

125. En virtud de este papel fundamental que se asigna al derecho a la vida en la Convención, la Corte ha afirmado en su jurisprudencia constante que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable, y en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él (230). En esencia, el artículo 4 de la Convención garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho (231).

126. A su vez, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Este Tribunal ha considerado de forma constante en su jurisprudencia que dicha prohibición pertenece hoy día al dominio del *ius cogens* (232). El derecho a la integridad personal no puede ser suspendido bajo circunstancia alguna (233).

127. La Corte ya ha establecido que “[la] infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación

Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párrs. 65 y 66; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 156 y 158; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrs. 128 y 129; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs. 152 y 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 110; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

(230) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 83; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 151; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 120; *Caso Huilca Tecse*, *supra* nota 108, párr. 65; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, *supra* nota 108, párr. 156; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párr. 128; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 108, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 108, párr. 152; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 110; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 108, párr. 144.

(231) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 85; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 153; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 120; *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 232; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 30, párr. 162; *Caso Huilca Tecse*, *supra* nota 108, párr. 66; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, *supra* nota 108, párr. 158; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párr. 129; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 108, párr. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 108, párr. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 110; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 108, párr. 144.

(232) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 117; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 20, párr. 222; *Caso Fermín Ramírez*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No 126, párr. 117; *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 59; *Caso Lori Berenson Mejía*, *supra* nota 24, párr. 100; *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 125; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 143; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párrs. 111 y 112; *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párrs. 89 y 92; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 154; y *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 95.

(233) Cfr. artículos 5º y 27 de la Convención Americana. Ver en ese sentido, *Caso de la Masacre Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 119; y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*, *supra* nota 108, párr. 157.

concreta" (234). Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.

2. *El derecho al respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad mental y a una atención médica eficaz*

128. Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental (235). La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales (236).

129. Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas (237).

130. La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la

(234) *Cfr. Caso Caesar, supra* nota 111, párr. 69; y *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

(235) *Cfr.* Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, *supra* nota 32, principio 1; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, *supra* nota 37, principio 2; Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades. Resolución No. 48/96 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/48/49 (1993), art. 2; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Resolución de la Asamblea General de la ONU, Documento A/8429 (1971), art. 2; y Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Resolución No. 37/52 de la Asamblea General de la ONU, Documento A/37/51 (1982), párrs. 95 al 107.

(236) *Cfr.* Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, *supra* nota. 35, artículo III.2; y Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, *supra* nota 37, principios 1, 2 y 4.

(237) *Cfr.* Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades, *supra* nota 114, art. 9.4; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No. 5, "Personas con Discapacidad", *supra* nota 35, párr. 9; y Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2004, párr. 51. En ese sentido, *cfr.* European Court of Human Rights, *Keenan v. United Kingdom, Application no. 27229/95, judgment of 3 April 2001*, p. 111, y European Court of Human Rights, *Herczegfalvy v. Austria, Application no. 10533/83, judgment of 24 September 1992*, p. 82.

imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado (238).

i) Cuidados mínimos y condiciones de internación dignas

131. Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas ofrecen una guía útil para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente. Los principios 1, 8 y 9 del mencionado catálogo, establecen las libertades fundamentales y los derechos básicos, y las normas de la atención médica y del tratamiento a ser prestado a las personas con discapacidad mental. Además, el lugar y las condiciones físicas en que se desarrolla el tratamiento deben ser conformes con el respeto a la dignidad de la persona, de acuerdo con el Principio 13.

132. La Corte considera que las precarias condiciones de funcionamiento de la Casa de Reposo Guararapes, tanto en cuanto las condiciones generales del lugar como la atención médica, se distanciaban de forma significativa a las adecuadas para ofrecer un tratamiento de salud digno, particularmente en razón de que afectaban a personas con una gran vulnerabilidad por su discapacidad mental, y eran *per se* incompatibles con una protección adecuada de la integridad personal y de la vida.

ii) El uso de la sujeción

133. La sujeción se entiende como cualquier acción que interfiera con la capacidad de un paciente de tomar decisiones o que restringe su libertad de movimiento. La Corte toma nota que el uso de la sujeción posee un alto riesgo de ocasionar daños o la muerte del paciente, y que las caídas y lesiones son comunes durante dicho procedimiento (239).

134. El Tribunal considera que la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener

(238) Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, *supra* nota 32, principios 9.4 y 11; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Noemas para la Atención de la Salud Mental, *supra* nota 37, principios 5, 6 y 9; Organización Panamericana de Salud, Declaración de Caracas, adoptada por la Conferencia Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina el 14 de noviembre 1990, art. 3; Asociación Psiquiátrica Mundial (APM), Declaración de Madrid Sobre los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, aprobada por la Asamblea General de la APM el 25 de agosto 1996, revisada el 26 de agosto 2002, preámbulo y párr. 4; y *World Psychiatric Association (WPA), Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*, p. 2 y 5.

(239) Cfr. Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2004. Extracto del 8º Informe General CPT/INF(98) 12, párrs. 47 al 49; *American Hospital Association/National Association of Psychiatric Health Systems, Guiding Principles on Restraint and Seclusion for Behavioral Health Services*, 25 February 1999; *American Geriatrics Society Position Statement: Guidelines For Restraint Use, Last Updated January 1º, 1997*; y *American Medical Association, Guidelines for the Use of Restraints in Long-Term Care Facilities*, June 1989, p. 5.

otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes (240).

135. Además, y en consideración de que todo tratamiento debe ser elegido con base en el mejor interés del paciente y en respeto de su autonomía, el personal médico debe aplicar el método de sujeción que sea menos restrictivo, después de una evaluación de su necesidad, por el período que sea absolutamente necesario, y en condiciones que respeten la dignidad del paciente y que minimicen los riesgos al deterioro de su salud (241).

136. Al señor Damião Ximenes Lopes se le sujetó con las manos hacia atrás entre la noche del domingo y el lunes por la mañana sin una reevaluación de la necesidad de proseguir en la contención, y se le dejó caminar sin la adecuada supervisión. Esta forma de sujeción física a que fue sometida la presunta víctima no satisface la necesidad de proveer al paciente un tratamiento digno, ni la protección de su integridad psíquica, física o moral.

B) Los deberes del Estado en relación con las personas con discapacidad mental

137. La Corte ya señaló que de la obligación general de garantía de los derechos a la vida y a la integridad física, nacen deberes especiales de protección y prevención, los cuales, en el presente caso, se traducen en deberes de cuidar y de regular.

1. El deber de cuidar

138. Con la finalidad de determinar las obligaciones del Estado en relación con las personas que padecen de una discapacidad mental, la Corte estima necesario tomar en cuenta, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna (242).

139. En segundo lugar, el Tribunal considera que lo anterior se aplica de forma especial a las personas que se encuentran recibiendo atención médica, ya que la finalidad última de la prestación de servicios de salud es la mejoría de la condición de salud física o mental del paciente, lo que incrementa significativamente las obligaciones del Estado, y le exige la adopción de las medidas disponibles y necesarias para impedir el deterioro de la condición del paciente y optimizar su salud.

(240) Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, *supra* nota 32, principio 11.11.

(241) Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, *supra* nota 32, principio 11.11; Declaración de Madrid Sobre los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, *supra* nota 117, preámbulo; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, *supra* nota 37, principio 4.3; y *Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*, *supra* nota 117, p. 1.

(242) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 120; *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 104 a 106; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 20, párr. 221; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 30, párr. 162, *Caso Lori Berenson Mejía*, *supra* nota 24, párr. 102; *Caso Tibi*, *supra* nota 111, párr. 150; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, *supra* nota 108, párr. 152; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párr. 98; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138, y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 111. En el mismo sentido, *Caso de la Cárcel de Urso Branco*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2005, considerando sexto; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de mayo de 2004, considerando décimo tercero.

140. Finalmente, los cuidados de que son titulares todas las personas que se encuentran recibiendo atención médica, alcanzan su máxima exigencia cuando se refieren a pacientes con discapacidad mental, dada su particular vulnerabilidad cuando se encuentran en instituciones psiquiátricas.

2. El deber de regular y fiscalizar

141. El Tribunal ha establecido que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud (*supra* párrs. 89 y 90). En particular, respecto de las instituciones que prestan servicio público de salud, tal y como lo hacía la Casa de Reposo Guararapes, el Estado no sólo debe regularlas y fiscalizarlas, sino que además tiene el especial deber de cuidado en relación con las personas ahí internadas.

142. En el presente caso la Casa de Reposo Guararapes operaba en el marco del sistema público de salud, y el Estado estaba obligado a regularla y fiscalizarla, no sólo en virtud de sus obligaciones derivadas de la Convención Americana, sino también en razón de su normativa interna. Según lo dispuesto en el artículo 197 de la Constitución, “son de relevancia pública las acciones y servicios de salud, y cabe al poder público disponer, de acuerdo con la ley, sobre su reglamentación, fiscalización y control [...]”. Asimismo, el artículo 200 de la Constitución señala que “al [S]istema [Ú]nico de [S]alud compete [...] controlar y fiscalizar procedimientos [...] y ejecutar las acciones de vigilancia sanitaria[...]”. A su vez, el artículo 6° de la Ley No. 8.080 de 1990 dispone que “[e]stán incluidas en el campo de actuación del Sistema Único de Salud (SUS), [*inter alia*,] la ejecución de acciones [...]tanto] de vigilancia sanitaria, [la cual] se comprende por un conjunto de acciones capaz de eliminar, disminuir o prevenir riesgos a la salud y de intervenir en los problemas sanitarios decurrentes [...] de la prestación de servicios de interés de la salud, [así como] el control y la fiscalización de servicios, productos y sustancias de interés de la salud [...]”.

143. El Tribunal observa que el Estado conocía las condiciones de internación que la Casa de Reposo Guararapes ofrecía en la época de los hechos. La violencia en contra de sus pacientes ya había sido el contexto de la muerte de dos personas internadas en dicho hospital (*supra* párr. 112.58). Además, el 15 de mayo de 1996 el Grupo de Acompañamiento de Asistencia Psiquiátrica del Ministerio de Salud (GAP) había emitido un informe sobre el resultado de la inspección realizada en la Casa de Reposo Guararapes, en el cual se recomendó el cierre de dos enfermerías del hospital, por falta de condiciones de funcionamiento, infiltración y otras irregularidades (*supra* párr. 112.62).

144. La Corte observa que fue hasta el 21 de octubre de 1999 que los funcionarios del Departamento de Vigilancia Sanitaria de la Secretaría de Salud y Asistencia Social realizaron una inspección en la Casa de Reposo Guararapes para averiguar si el hospital obedecía las especificaciones de la normativa pertinente. Además, hasta el 4 de noviembre de 1999 la Coordinadora de Control, Evaluación y Auditoría y el Médico Auditor del Sistema Municipal de Auditoría, visitaron la Casa de Reposo Guararapes. Coincidentemente, los tres órganos concluyeron que el hospital no cumplía con las exigencias de la normativa pertinente y recomendaron que se arreglaran de inmediato las irregularidades (*supra* párrs. 112.63 y 112.64).

145. A pesar de que la competencia contenciosa de la Corte fue reconocida por el Estado el 10 de diciembre de 1998, el Tribunal considera que el lapso de 10 meses y 11 días desde

esa fecha hasta el 21 de octubre de 1999, período en que ninguna medida fue adoptada para mejorar las precarias condiciones de la atención de salud en la Casa de Reposo Guararapes, no es compatible con el deber del Estado de regular la atención de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, en razón de que ya había una situación irregular desde el 15 de mayo de 1996.

146. El Estado tiene responsabilidad internacional por incumplir, en el presente caso, su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.

3. El deber de investigar

147. La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (243). En ese sentido, una de esas condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida y a la integridad personal es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado (244).

148. Dado lo anterior el Estado tiene el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (245). Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la investigación, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales (246).

149. Para determinar si la obligación de proteger los derechos a la vida y a la integridad personal mediante una investigación seria de lo ocurrido se ha cumplido a cabalidad, es preciso examinar los procedimientos abiertos a nivel interno destinados a dilucidar los hechos, lo cual se efectuará en el Capítulo X de la presente Sentencia.

150. Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir que, por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor Damião Ximenes Lopes, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes.

(243) Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 4, párr. 167; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 142.

(244) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 92; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 142; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 233.

(245) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párrs. 92 y 93; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 143; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párrs. 219 y 223.

(246) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 94; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 143; y *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 203.

IX

Violación del Artículo 5 de la Convención Americana**en relación con el Artículo 1.1 de la misma***(Derecho a la Integridad Personal y**Obligación de Respetar los Derechos)*

151. Los representantes alegaron en el escrito de alegatos finales que los familiares del señor Damião Ximenes Lopes son presuntas víctimas de la violación del artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de ese instrumento, con base en los hechos descritos en la demanda sobre la muerte del señor Ximenes Lopes y aceptados por el Estado en su reconocimiento de responsabilidad. Consecuentemente, consideran que el Estado debe reparar debidamente a los familiares del señor Damião Ximenes Lopes por esa violación.

152. Ni la Comisión ni el Estado presentaron alegaciones acerca de la referida violación del artículo 5 de la Convención, respecto a los familiares del señor Damião Ximenes Lopes.

Consideraciones de la Corte:

153. El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

154. El artículo 5 de la Convención Americana dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

[...]

155. Con respecto a la alegada violación del artículo 5 de la Convención Americana, indicada solamente por los representantes en sus alegatos finales, la cual no fue incluida en el escrito de solicitudes y argumentos, este Tribunal considera que dicha alegación es extemporánea; sin embargo, no tendría impedimento para analizarla de conformidad con el principio *iuria novit curia* (247).

156. Esta Corte ha señalado, en reiteradas oportunidades (248), que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. El Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de algunos familiares de las víctimas con motivo del sufrimiento adicional que estos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos y a

(247) Cfr. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No 130, párr. 204; *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No 97, párr. 58; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No 94, párr. 107.

(248) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 128; *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 119; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 154.

causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos (249).

157. Analizadas las circunstancias del caso, con base en la Convención Americana, y a la luz del principio *iura novit curia*, la Corte considera probado el sufrimiento de la señora Albertina Viana Lopes, madre del señor Damião Ximenes Lopes, por el tratamiento dado a éste por el Estado, que culminó con el fallecimiento de su hijo. Fue ella quien dejó a su hijo bajo custodia de la Casa de Reposo Guararapes por encontrarse enfermo, en la espera de su recuperación. Tres días después de la internación, sin embargo, lo encontró en condiciones deplorables y no pudo hacer nada por él. Ella se enteró del fallecimiento de su hijo al llegar a su casa después de haberlo dejado en el hospital. Todo esto le causó gran dolor y tristeza. Después de la muerte de su hijo ha padecido fuertes depresiones y problemas de salud. Al respecto, su hija Irene Ximenes Lopes Miranda en la audiencia pública ante esta Corte, manifestó que:

[su madre] quedó con la vida completamente arruinada, hasta hoy sufre de depresión y dice que tiene ganas de morir, perdió el gusto por la vida, también tuvo una gastritis nerviosa y en consecuencia, una úlcera duodenal que [...] fue tratada con mucha dificultad [...].

158. Igualmente, de acuerdo con las particularidades del caso, este Tribunal estima necesario considerar la situación del señor Francisco Leopoldino Lopes, padre del señor Damião Ximenes Lopes, de la señora Irene Ximenes Lopes Miranda y del señor Cosme Ximenes Lopes, éstos últimos hermanos de la presunta víctima, ya que según lo alegado por los representantes y manifestado por la señora Irene Ximenes Lopes Miranda, entre los diversos familiares que tenía el señor Damião Ximenes Lopes, eran su madre y su padre, así como dichos hermanos en particular, las personas afectivamente más cercanas a él.

159. La Corte consideró probado el sufrimiento y angustia del padre de la presunta víctima, señor Francisco Leopoldino Lopes, quien, si bien estaba separado de la madre del señor Damião Ximenes Lopes, no había interrumpido los lazos familiares con su hijo (*supra* párr. 111.71). El señor Francisco Leopoldino Lopes sufrió por el fallecimiento de su hijo, quien era tan joven cuando murió, y vivió por mucho tiempo con un deseo de venganza, según lo manifestó la señora Irene Ximenes Lopes Miranda ante la Corte.

160. La hermana de Damião Ximenes Lopes, además del sufrimiento y tristeza que le causó la muerte de su hermano, padeció de secuelas psicológicas, tal como una depresión que duró más de tres años, lo que afectó sus relaciones familiares y le hizo perder la capacidad de amamantar a su hija que estaba recién nacida. Teniendo un contrato de trabajo que duraba hasta el 31 de diciembre de 2004, lo abandonó. Ha padecido y revivido en forma constante las circunstancias de la muerte de su hermano Damião Ximenes Lopes ante los órganos judiciales y de derechos humanos, ya que asumió la búsqueda de la verdad y la justicia respecto de estos sucesos, para lo cual ha participado activamente en el proceso judicial interno y en los trámites seguidos ante la Comisión y ahora ante esta Corte. Debido a ello, se ha separado de su familia por largos períodos.

161. La angustia padecida por la hermana del señor Ximenes Lopes se observa a través de su declaración rendida en la audiencia pública ante la Corte, donde manifestó que:

(249) Cfr. Caso Baldeón García, *supra* nota 4, párrs. 128; Caso López Álvarez, *supra* nota 121, párr. 119; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 25, párr. 154.

el día del entierro [del] hermano en el cementerio [ella] se arrodilló sobre el ataúd de él y jur[ó] que [su] alma no descansa[ría] mientras no hubiese justicia en el caso [de Damião Ximenes Lopes], y [hace] seis años que [ella] busca justicia[...].

162. El señor Cosme Ximenes Lopes, quien también estuvo internado en instituciones psiquiátricas, en razón del vínculo afectivo y de la identificación que había entre los dos hermanos por el hecho de ser gemelos, ha sufrido con la pérdida del señor Damião Ximenes Lopes. Luego que recibió la noticia de la muerte de su hermano, entró en estado de *shock*; con posterioridad a ello, sufrió de depresión y dejó de trabajar.

163. De lo expuesto anteriormente, la Corte considera que el Estado tiene responsabilidad por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes.

X

Violación de los Artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con el Artículo 1.1 de la misma

(Derecho a las Garantías Judiciales, a la Protección Judicial y Obligación de Respetar los Derechos)

Alegatos de la Comisión

164. En relación con la supuesta violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de los familiares del señor Damião Ximenes Lopes, la Comisión Interamericana alegó, *inter alia*, que:

a) en el caso *sub judice* la falta de efectividad del proceso interno puede ser demostrada de dos formas: por las omisiones de las autoridades que dejaron de realizar acciones e investigaciones fundamentales para recolectar todas las pruebas posibles a fin de determinar la verdad de los hechos, así como por las deficiencias y fallas en las acciones que fueron efectuadas;

b) los errores en la investigación evidencian que las autoridades del Estado no buscaron efectivamente dilucidar la verdad sobre la muerte de la presunta víctima a través de una investigación inmediata, seria y exhaustiva;

c) la *notitia criminis* sobre la muerte de la presunta víctima llegó a conocimiento de las autoridades policiales el mismo día, a través de su familia. Sin embargo, el Comisario de Policía de Sobral no instauró inmediatamente la investigación policial, sino que lo hizo 35 días después, el 9 de noviembre de 1999. Según la Comisión esa demora afectó de forma crucial la eficacia de la investigación;

d) el Ministerio Público presentó la denuncia el 27 de marzo de 2000, en la cual tipificó la muerte por golpes del señor Damião Ximenes Lopes como una muerte por omisión o privación de cuidados indispensables y alternativamente concluyó que si la muerte hubiera sido causada por golpes, el artículo 136 del Código Penal continuaría siendo la tipificación adecuada;

e) en el presente caso la actividad procesal de los familiares de la presunta víctima no es relevante para analizar el plazo razonable. En consecuencia, las alegaciones del Estado de que

las deficiencias de la investigación y en la producción de prueba podrían haber sido suplidas por la madre del señor Damião Ximenes Lopes, como asistente de la acusación en la acción penal No. 674/00, carecen de fundamento;

f) el presente caso no puede ser considerado complejo, como lo alegó el Estado, por el supuesto gran número de testimonios. La conducta negligente e injustificada de las autoridades estatales llevaron a la demora del proceso interno, ya que tardaron en iniciar las investigaciones, realizar y comparecer en las audiencias, expedir intimaciones, comisiones y exhortaciones necesarias. Las autoridades se dedicaron a dictar meros autos interlocutorios sin motivación, y por meses no se procedió a la ejecución de decisión o diligencia alguna. El volumen de trabajo del Juzgado de la Tercera Sala de la Secretaría de Sobral no puede servir de excusa para la demora y los lapsos de inercia estatal, y

g) la inexistencia de una sentencia de primera instancia después de seis años de la muerte violenta del señor Damião Ximenes Lopes y el estado actual del proceso penal interno, aún en la fase de instrucción, indican que los familiares de la presunta víctima se encuentran en una situación de denegación de justicia por parte de las autoridades estatales.

Alegatos de los representantes

165. En relación con la supuesta violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Damião Ximenes Lopes señalaron, *inter alia*, que:

a) la investigación policial tiene una serie de irregularidades que comprometen las investigaciones acerca de la muerte de Damião Ximenes Lopes. Las autoridades competentes ignoraron evidencia material y testigos oculares que corroboran que la muerte del señor Ximenes Lopes fue el resultado de golpes. Entre las faltas están, la indicación de que la muerte de dicho señor fue por “causa indeterminada”; la deficiencia del acta de autopsia, que levanta sospechas sobre la independencia de la investigación, y la desaparición de pruebas importantes en contra de los responsables de la Casa de Reposo de Guararapes;

b) después de seis años de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes ninguna persona ni institución ha sido responsabilizada, ya que a la fecha no se ha dictado decisión judicial alguna;

c) mientras dure la inercia en el procedimiento judicial para sancionar a los responsables por la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, el Estado estará incumpliendo con su obligación de sancionar de forma efectiva y dentro de un plazo razonable, las violaciones de derechos humanos;

d) el presente caso no presenta ninguna particularidad que lo haga especialmente complejo. Cabe destacar que los hechos fueron objeto de investigación por varios órganos y por particulares, generando abundantes pruebas documentales y testimoniales; tanto los testigos como los acusados se encuentran vivos y localizados, y no existe ningún obstáculo, a no ser la falta de empeño de las autoridades por tales acciones en el juzgamiento de los responsables;

e) en cuanto a la actividad procesal de los interesados, la familia del señor Damião Ximenes Lopes hizo todo lo que ha estado a su alcance para cooperar con los investigadores del Estado y promover el desarrollo del caso, para lo cual ha realizado innumerables diligencias y acciones en relación con la investigación policial y el proceso penal por la muerte de la presunta víctima;

f) la posibilidad prevista en la ley brasileña de que los familiares participen activamente y colaboren en el desarrollo del caso, como coadyuvante civil en la acción penal, no puede ser interpretada como sustitución de responsabilidad del Estado en realizar una investigación completa, imparcial, dentro de un plazo razonable, como parte de la garantía del remedio legal;

g) las acciones de los agentes estatales han obstruido el proceso contra los responsables por los hechos;

h) el Código Procesal Penal especifica que las acciones criminales deben comenzar y terminar dentro de un período de 81 días. El presente caso lleva más de 2.200 días, más de veintiocho veces la duración estipulada en dicho código, e

i) los familiares de la presunta víctima, en particular su hermana Irene Ximenes Lopes Miranda, han realizado esfuerzos extraordinarios para cooperar y para avanzar en los procedimientos. Como resultado de estos atrasos indebidos, que son atribuidos exclusivamente al Estado, al señor “Damião [Ximenes Lopes] y su familia [les han sido] negados sus derechos de acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana”.

Alegatos del Estado

166. En relación con la supuesta violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención en perjuicio de los familiares del señor Damião Ximenes Lopes, el Estado señaló, *inter alia*, que:

a) la seriedad del Estado en la búsqueda de la justicia fue debidamente demostrada en la instrucción del caso, y en la exposición de los hechos y argumentos presentados en la contestación de la demanda, en la cual se hace una descripción de todas las medidas adoptadas por el Estado para investigar las circunstancias del fallecimiento del señor Damião Ximenes Lopes y sancionar a los responsables por los malos tratos y la muerte de ese paciente de la Casa de Reposo Guararapes;

b) el Estado adoptó todas las medidas necesarias para sancionar en la esfera penal a los responsables de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes. Sin embargo, no se puede olvidar que en el proceso penal también deben observarse las garantías fundamentales de los acusados;

c) en lo que se refiere a la investigación efectiva, no hay que hablar de violación por parte del Estado. Las funciones investigativas, acusadoras, de defensa y decisoria son ejercidas por órganos diversos e independientes. La eventual omisión de pruebas en el ámbito de la investigación policial no acarreo perjuicio alguno, ya que éstas podrían ser suplidas en juicio. En el presente caso las pruebas producidas fueron aptas para demostrar al Ministerio Público la materialidad del delito e indicios de una autoría;

d) en el presente caso ya está concluida la fase de instrucción de la acción penal, debiendo ser dictada la sentencia en los primeros meses del año 2006, y

e) el Estado no violó los artículos 8 y 25 de la Convención, ya que las investigaciones sobre la muerte de Damião Ximenes Lopes han obedecido a los dictámenes legales, respetándose los principios del debido proceso legal, de contradicción y de amplia defensa. La demora del proceso penal es razonable, ya que se basa en la búsqueda de la verdad real, en la complejidad de la causa y en las peculiaridades del proceso penal brasileño.

Consideraciones de la Corte

167. El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

168. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece que

[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

[...]

169. El artículo 25 de la Convención dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

[...]

170. En el presente caso, la Comisión y los representantes alegaron la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de ese tratado, en perjuicio de los familiares de la presunta víctima, con fundamento en que el proceso penal que se inició para investigar, identificar y sancionar a los responsables de los malos tratos y muerte del señor Damião Ximenes Lopes, aún se encuentra pendiente, a más de seis años de los hechos, sin que a la fecha se haya dictado sentencia de primera instancia (*supra* párr. 112.43). Asimismo, la acción civil de resarcimiento que busca una compensación por los daños tampoco ha sido resuelta (*supra* párrs. 112.49). En consecuencia, la Corte estima necesario examinar las diversas diligencias respecto a la investigación policial y el procedimiento penal y la acción civil de resarcimiento, que actualmente se tramitan a nivel interno. Dicho examen debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los familiares de la presunta víctima.

171. El Tribunal debe determinar si los procedimientos han sido desarrollados con respeto a las garantías judiciales, en un plazo razonable, y si han ofrecido un recurso efectivo para asegurar los derechos de acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de los hechos y la reparación a los familiares.

172. La Corte considera pertinente recordar que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones

de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana (250).

173. Los artículos 8 y 25 de la Convención concretan, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de cualquiera de los órganos del Estado (251).

174. En casos similares, esta Corte ha establecido que el esclarecimiento de presuntas violaciones por parte de un Estado de sus obligaciones internacionales a través de la actuación de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal examine los respectivos procesos internos. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, ya que la función del tribunal internacional es determinar si la integralidad de los procedimientos estuvo conforme a las disposiciones internacionales (252).

175. Para realizar dicho análisis la Corte considera que, de acuerdo a la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), los cuales deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1) (253).

176. Del análisis de los hechos del presente caso se desprende que las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda fueron quienes iniciaron, acompañaron e intervinieron en el desarrollo de las gestiones para averiguar lo que había sucedido al señor Damião Ximenes Lopes, razón por la cual el Tribunal pasará a analizar si el Estado les proporcionó un recurso efectivo.

A) Investigación policial y diligencias relacionadas con la muerte del señor Damião Ximenes Lopes

177. Los Estados tienen el deber de investigar las afectaciones a los derechos a la vida y a la integridad personal como una condición para garantizar tales derechos, como se desprende del artículo 1.1 de la Convención Americana. En el presente caso, la Corte estableció que el Estado ha faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, y que por lo tanto es responsable por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal del señor Damião Ximenes Lopes (*supra* párr. 150).

178. Como consecuencia de los hechos, el Estado inició una investigación policial y realizó diversas diligencias relacionadas con la muerte del señor Damião Ximenes Lopes. La Corte

(250) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 140; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párrs. 111 y 112; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 108.

(251) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 141; *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 28; y *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No 107, párr. 109.

(252) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 142; *Caso Lori Berenson Mejía*, *supra* nota 24, párr. 133; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 120.

(253) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 143; *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 147; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 169.

analizará si aquéllas han sido serias, imparciales y efectivas, y si no se han emprendido como una simple formalidad (254).

179. En consideración de las circunstancias violentas en que se dio la muerte del señor Damião Ximenes Lopes (*supra* párr. 112.11), este Tribunal estima que es necesario para la investigación de toda muerte violenta observar reglas similares a las contenidas en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben, *inter alia*: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con su muerte, con el fin de ayudar en cualquier investigación; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, y se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados (255).

180. Inicialmente, a pesar de la evidencia de que se había ejercido violencia contra el señor Damião Ximenes Lopes, el médico Francisco Ivo de Vasconcelos, de la Casa de Reposo de Guararapes, que examinó a la presunta víctima luego de su muerte, diagnosticó la causa de la muerte como “paro cardio respiratorio” (*supra* párr. 112.12).

181. En relación con el mencionado examen, el médico Francisco Ivo de Vasconcelos, declaró el 11 de enero de 2000 ante la Coordinadora Municipal de Control, Evaluación y Auditoría de la Secretaría de Salud y Asistencia Social, que el cadáver del paciente “estaba en el piso, en dónde hi[zo] el primer examen para intentar ver la causa de [su] muerte[...]”. Asimismo, en la declaración rendida el 11 de octubre de 2000 ante la Sala Tercera del Juzgado de Sobral, manifestó que “pasó a investigar la posible causa de la muerte, y no percibió ningún tipo de objeto que pudiera haber asfixiado al paciente, no había señales de estrangulamiento o traumatismo, no había tampoco sangrado externo, motivo por el cual [el declarante] atestó en el certificado de muerte ‘paro cardio-respiratorio’[. El paciente] no presentaba ninguna lesión externa, ninguna excoriación, el sangrado había desaparecido, no presentaba ningún hematoma a nivel del cuero cabelludo, no presentaba señales de estrangulamiento, la cavidad bucal la abri[ó] para ver si se encontrab[a] algún objeto y entonces le pidi[ó] a la enfermera que avisara a la familia del paciente sobre su muerte y que preparara toda la documentación[...]”.

182. Esta Corte estima que el referido médico Francisco Ivo de Vasconcelos, al examinar el cuerpo de la presunta víctima, no adoptó las medidas adecuadas, ya que como él lo señaló en su declaración, examinó el cadáver, y no informó que el cuerpo presentaba lesiones externas, las cuales fueron descritas posteriormente en el dictamen de la autopsia, esto pese a que conocía las circunstancias de violencia en la Casa de Reposo de Guararapes, así como las condiciones particulares de la presunta víctima (*supra* párrs. 112.9 y 112.56). De las referidas declaraciones se desprende que en su examen, el médico descartó posibles causas de la muerte, pero no fundó su diagnóstico de muerte por paro cardio-respiratorio e ignoró la existencia

(254) Cfi. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párrs. 92 y 93; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párrs. 143 y 144; y *Caso Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párr. 77.

(255) Cfi. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 96; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 177; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 224. Véase también, Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

de lesiones, y debió entonces determinar la práctica de una autopsia, para hacer un estudio exhaustivo del cadáver de la presunta víctima.

183. Ante la falta de claridad en relación con las circunstancias que rodearon la muerte del señor Ximenes Lopes, sus familiares llevaron el cuerpo al Instituto Médico Legal de la ciudad de Fortaleza, capital del estado del Ceará, para que se le realizara una autopsia.

184. El Instituto Médico Legal realizó la autopsia del señor Damião Ximenes Lopes, en la cual concluyó que el caso se trataba de una “muerte real de causa indeterminada”, y dejó constancia de la existencia de diversas lesiones, pese a lo cual no indicó cómo habrían sido provocadas. Tampoco describió el examen del cerebro de la presunta víctima. Esto motivó al Ministerio Público a solicitar al comisario de policía que requiriera al Instituto Médico Legal una aclaración sobre el contenido de la autopsia referente a las lesiones que se describían en ella. Luego de dos reiteraciones realizadas por el comisario de policía, dicho Instituto aclaró que “[la]s lesiones [...] fueron provocadas por la acción de un instrumento contundente (o por múltiples golpes o caídas)” (*supra* párrs. 112.14 y 112.15). Cabe señalar que no se tomaron fotografías del cuerpo del señor Damião Ximenes Lopes.

185. El 20 de junio de 2001 la Quinta Sala Civil que tramita la acción civil de resarcimiento ordenó, como prueba pericial, la realización de la exhumación del cadáver de la presunta víctima. El informe conclusivo señaló nuevamente que la muerte del señor Ximenes Lopes era una “muerte real de causa indeterminada” (*supra* párrs. 112.16 y 112.54).

186. Al respecto, la señora Lúcia Dias Costa, en el peritaje rendido en la audiencia pública ante la Corte, manifestó que en la exhumación del cadáver del señor Damião Ximenes Lopes se pudo constatar que su cerebro había sido abierto como se hace en las autopsias, pero que no encontraba motivos justificados para que ello no fuera expresado o descrito en el acta de autopsia realizada en el año 1999. Según la perito éste es un procedimiento de rutina y no hay justificativa para no examinar el cerebro o no describir lo que fue examinado. Asimismo, expresó que se podría formular un diagnóstico, sobre la base de la evolución clínica del paciente, de muerte violenta causada por traumatismo craneo cefálico (*supra* párr. 47.4.a). El informe del examen pos-exhumático confirma que el cráneo presentaba una “craniotomía transversal”, resultado de examen pericial anterior (*supra* párr. 112.16).

187. Esta Corte considera que el protocolo de autopsia que se practicó al señor Damião Ximenes Lopes el 4 de octubre de 1999, no cumplió con las directrices internacionales reconocidas para las investigaciones forenses, ya que no indicó, entre otras, una descripción completa de las lesiones externas y del instrumento que las ocasionó; la apertura y descripción de las tres cavidades corporales (cabeza, tórax y abdomen); en la conclusión se indicó como “causa indeterminada” la muerte, y por consiguiente tampoco se señaló el instrumento que la ocasionó. A su vez, la Dirección Técnica-Científica del Instituto Médico Legal que realizó la exhumación también concluyó que se trató “de un caso de muerte real de causa indeterminada”. Este Tribunal estima que los Estados, en atención a sus obligaciones de investigar los delitos, deben asignar a una autoridad competente para que realice las investigaciones forenses, entre las que se incluye la autopsia, en observancia de las normativas interna e internacional. En el presente caso, es claro que el Instituto de Medicina Legal no realizó ni documentó los hallazgos encontrados durante la autopsia como lo establecen las normas y prácticas forenses.

188. Por otra parte, en lo que se refiere a la investigación policial sobre la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, está demostrado que fue iniciada por la Comisaría Regional de Sobral

el 9 de noviembre de 1999, 36 días después de lo ocurrido en la Casa de Reposo Guararapes (*supra* párr. 112.18).

189. Hubo una falta a la debida diligencia de las autoridades estatales al no iniciar inmediatamente la investigación de los hechos, lo que impidió, entre otras cosas, la oportuna preservación y recolección de la prueba y la identificación de testigos oculares. Asimismo, los funcionarios estatales no preservaron ni realizaron una inspección de la Casa de Reposo Guararapes, ni efectuaron una reconstrucción de los hechos para explicar las circunstancias en que murió el señor Ximenes Lopes.

190. Debido a esa falta de investigación, los familiares de la presunta víctima denunciaron ante diversos organismos los hechos relacionados con la muerte del señor Ximenes Lopes y reclamaron justicia en el caso. La señora Albertina Viana Lopes, madre de la presunta víctima, recurrió ante la Coordinadora Municipal de Control y Evaluación de la Secretaría de Salud y Asistencia Social, y la señora Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana de la presunta víctima, recurrió ante la Comisión de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa del estado del Ceará (*supra* párr. 112.17).

191. Todas las falencias mencionadas demuestran la negligencia de las autoridades encargadas de examinar las circunstancias de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes y constituyen graves faltas al deber de investigar los hechos (256).

B) Proceso penal

192. El artículo 25.1 de la Convención establece la obligación de los Estados de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales (257). No basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención (258). La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención (259).

193. El recurso efectivo del artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de ese tratado. De éste, se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura

(256) Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 178; y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 228.

(257) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 144; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 214; y *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 137.

(258) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 144; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 213; y *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 137.

(259) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 144; *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 138; *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 31, párr. 184; *Caso Acosta Calderón*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 93; *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 169; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 75; *Caso Tibi*, *supra* nota 111, párr. 131; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 108, párr. 193; *Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 111, párr. 117; *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 30, párr. 121; *Caso Cantos*, *supra* nota 126, párr. 52; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 126, párr. 150; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 112; *Caso Iucher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 135; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90; *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 111, párr. 191; *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 111, párr. 163; *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 101; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 108, párr. 234.

del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación (260).

194. En respuesta a los tratos crueles, inhumanos y degradantes a los que fue sometido el señor Damião Ximenes Lopes y a su posterior muerte, el primer recurso que el Estado debió haber suministrado era una investigación efectiva y un proceso judicial realizado de acuerdo con los requerimientos del artículo 8 de la Convención tendiente al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y el otorgamiento de una compensación adecuada.

195. El artículo 8.1 de la Convención establece como uno de los elementos del debido proceso que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. La razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito y termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme (261).

196. Para examinar si en este proceso el plazo fue razonable, según los términos del artículo 8.1 de la Convención, la Corte tomará en consideración tres elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (262).

197. Con fundamento en lo expuesto en el capítulo sobre Hechos Probados, así como en los alegatos de la Comisión, los representantes y el Estado, este Tribunal considera que este caso no es complejo. Hay una sola víctima, quien está claramente identificada y murió en una institución hospitalaria, lo que permite que la realización de un proceso penal en contra de presuntos responsables, quienes están identificados y localizados, sea simple.

198. Además, del acervo probatorio se desprende que la familia del señor Damião Ximenes Lopes ha cooperado en la tramitación de la investigación policial, los procedimientos penal y civil, con el fin de avanzar en el procedimiento, conocer la verdad de lo ocurrido y establecer las responsabilidades correspondientes. La señora Albertina Viana Lopes es coadyuvante civil en el proceso penal, lo cual ha permitido que la familia de la presunta víctima participe en el proceso y fiscalice el desarrollo del mismo. En ese punto cabe recordar que si bien las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, durante el proceso de investigación y el trámite judicial (*supra* párr. 193), la investigación debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad (263).

(260) Cfr. Caso Baldeón García, *supra* nota 4, párrs. 93 y 146; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 25, párr. 144; Caso de la Masacre de Mampiripán, *supra* nota 21, párr. 219; Caso de la Comunidad Moiwana, *supra* nota 125, párr. 147; Caso de las Hermanas Serrano Cruz, *supra* nota 138, párr. 63; Caso 19 Comerciantes, *supra* nota 108, párr. 186; Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 59; Caso Durand y Ugarte, *supra* nota 138, párr. 129; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), *supra* nota 108, párr. 227.

(261) Cfr. Caso Baldeón García, *supra* nota 4, párr.150; Caso López Álvarez, *supra* nota 121, párr. 129; y Caso Tibi, *supra* nota 111, párr. 169.

(262) Cfr. Caso Baldeón García, *supra* nota 4, párr. 151; Caso López Álvarez, *supra* nota 121, párr. 132; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 25, párr. 171.

(263) Cfr. Caso Baldeón García, *supra* nota 4, párr. 93; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 25, párr. 144; y Caso Gómez Palomino, *supra* nota 21, párr. 79.

199. La demora del proceso se ha debido únicamente a la conducta de las autoridades judiciales. El 27 de marzo de 2000 el Ministerio Público presentó la denuncia penal en contra de los presuntos responsables por los hechos, y a más de seis años de iniciado el procedimiento, aún no se ha dictado sentencia de primera instancia. Las autoridades competentes se han limitado a diligenciar la recepción de pruebas testimoniales. Está probado que la Tercera Sala del Juzgado de Sobral tardó más de dos años en celebrar las audiencias destinadas a escuchar las declaraciones de testigos e informantes, y durante algunos períodos no ha realizado ninguna actividad tendiente a terminar el proceso (*supra* párr. 112.29). Al respecto, esta Corte estima que no procede el argumento del Estado de que el retraso se debe, entre otros, al gran número de declaraciones que ha tenido que recibir, o a haber tenido que comisionar a otros despachos judiciales para recibir las declaraciones de testigos que no residían en Sobral, o al volumen de trabajo del despacho judicial que conoce la causa.

200. El Estado también alegó que el atraso en el procedimiento penal se ha debido a que el 22 de septiembre de 2003 el Ministerio Público amplió la acusación para incluir a otras dos personas. En este punto es importante resaltar que el Ministerio Público es un órgano del Estado, por lo que sus acciones y omisiones pueden comprometer la responsabilidad internacional del mismo. Ese Ministerio tardó más de tres años en ampliar la acusación para incluir a los señores Francisco Ivo de Vasconcelos, director clínico, y Elias Gomes Coimbra, auxiliar de enfermería, ambos de la Casa de Reposo Guararapes, pese a que el señor Ivo de Vasconcelos fue el médico que atendió al señor Ximenes Lopes el día de su muerte y que el señor Gomes Coimbra fue el enfermero que también había atendido la presunta víctima durante su internación. El Centro de Apoyo Operacional de los Grupos Socialmente Discriminados de la Fiscalía General de Justicia del Ministerio Público, el 25 de mayo de 2000, a dos meses de haberse iniciado el proceso penal, manifestó al Fiscal encargado de la causa por la muerte del señor Damião Ximenes Lopes que, de acuerdo con el acervo probatorio recabado al efecto, debía ampliar la denuncia, ya que ello “constitu[ía] una imposición institucional y legal”. La Corte considera que la referida alegación del Estado no es procedente para justificar la demora en el procedimiento penal.

201. Finalmente, a más de dos años de la ampliación de la acusación no se ha producido un avance importante en el caso.

202. El Tribunal hace notar que el Estado en sus alegatos finales informó que “ya estaba concluida la fase de instrucción de la acción penal, y que la sentencia debía ser dictada en los primeros meses del año 2006”. Sin embargo, ha quedado demostrado por la prueba allegada por las partes a la Corte, que el proceso se encuentra en espera de una decisión interlocutoria sobre el pedido de suspensión de la presentación de los alegatos finales por parte de uno de los acusados originalmente, y no está lista para que el juez dicte sentencia definitiva en el caso (*supra* párr. 112.42).

203. El plazo en que se ha desarrollado el procedimiento penal en el caso *sub judice* no es razonable, ya que a más de seis años, o 75 meses de iniciado, todavía no se ha dictado sentencia de primera instancia y no se han dado razones que puedan justificar esta demora. Este Tribunal considera que este período excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana, y constituye una violación del debido proceso (264).

(264) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 153; *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, *supra* nota 20, párrs. 167 al 172; y *Caso Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párr. 85.

204. Por otra parte, la falta de conclusión del proceso penal ha tenido repercusiones particulares para las familiares del señor Damião Ximenes Lopes, ya que, en la legislación del Estado, la reparación civil por los daños ocasionados como consecuencia de un hecho ilícito tipificado penalmente puede estar sujeta al establecimiento del delito en un proceso de naturaleza criminal, por lo que en la acción civil de resarcimiento tampoco se ha dictado sentencia de primera instancia. Es decir, la falta de justicia en el orden penal ha impedido que las familiares del señor Ximenes Lopes, en particular su madre, obtengan una compensación civil por los hechos del presente caso.

205. Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado no dispuso de un recurso efectivo para garantizar, en un plazo razonable, el derecho de acceso a la justicia de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, madre y hermana, respectivamente, del señor Damião Ximenes Lopes, con plena observancia de las garantías judiciales.

206. La Corte concluye que el Estado no ha proporcionado a las familiares del señor Ximenes Lopes un recurso efectivo para garantizar el acceso a la justicia, la determinación de la verdad de los hechos, la investigación, identificación, procesamiento y, en su caso, la sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones. Por lo tanto, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de ese mismo tratado, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda.

XI

Reparaciones

Aplicación del artículo 63.1

Obligación de Reparar

207. De conformidad con el análisis realizado en los capítulos precedentes, la Corte ha declarado, con base en el reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado, la violación de los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes; con base en los hechos del caso y la prueba presentada ante este Tribunal, la violación del artículo 5 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ese tratado, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y de los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, y la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ese instrumento, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda. La Corte ha establecido, en varias ocasiones, que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (265). A tales efectos, el artículo 63.1 de la Convención Americana establece que:

[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

(265) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 174; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 195; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 294.

208. Tal como lo ha señalado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación (266). Dicha responsabilidad internacional es distinta a la responsabilidad en el derecho interno (267).

209. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados (268) u otros modos de satisfacción. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno (269).

210. Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores (270).

211. De conformidad con los elementos probatorios recogidos durante el proceso y a la luz de los anteriores criterios, la Corte procede a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y por los representantes y las consideraciones del Estado respecto de las reparaciones, con el objeto de determinar, en primer lugar, quiénes son los beneficiarios de las reparaciones, para luego disponer las medidas de reparación de los daños materiales e inmateriales, medidas de satisfacción y de no repetición y, por último, lo relativo a costas y gastos.

212. La Corte resume ahora los argumentos de la Comisión Interamericana, de los representantes y del Estado sobre las reparaciones.

Alegatos de la Comisión

213. En relación a las reparaciones la Comisión alegó, *inter alia*, que:

a) los beneficiarios de las reparaciones son los señores Albertina Viana Lopes, madre; Francisco Leopoldino Lopes, padre; Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana y Cosme Ximenes Lopes, hermano gemelo.

(266) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 175; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4 párr. 196; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 295.

(267) Cfr. *Caso de la Masacre de Mapiripán*, *supra* nota 21, párr. 211; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 138, párr. 56; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párr. 73; y *Caso Cesti Hurtado. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C No. 49, párr. 47.

(268) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 176; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4 párr. 197; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 296.

(269) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 175; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4 párr. 197; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 296.

(270) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 177; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4 párr. 198; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 297.

b) En relación al daño material:

i. solicitaron a la Corte que fije en equidad el monto de la indemnización correspondiente al daño emergente y lucro cesante, y

ii. respecto al lucro cesante, la Comisión observó que no hubo pérdida de ingresos en relación con la pensión por invalidez del Instituto Nacional de Seguridad Social que recibía antes de su muerte. Sin embargo, enfatizó que la víctima podría en el futuro realizar actividades productivas que aumentaran su ingreso.

c) En relación al daño inmaterial:

i. la Corte debe fijar en equidad el pago de una compensación por concepto de daño inmaterial, en razón de la intensidad de los padecimientos y las afectaciones personales de sus familiares como consecuencia de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, y por la búsqueda de justicia en el caso, y

ii. la pensión mensual y vitalicia concedida a la señora Albertina Viana Lopes es insuficiente como reparación por daño inmaterial, ya que el Estado no consideró todos los aspectos del concepto de daños material e inmaterial y no respetó los padrones internacionales de compensación por violación de los derechos humanos.

d) En relación a otras formas de reparación solicitó a la Corte que ordene al Estado que:

i. adopte las medidas necesarias para dar efectividad a su obligación de supervisar las condiciones de hospitalización o internamiento de las personas con discapacidad mental en los centros hospitalarios, incluyendo adecuados sistemas de inspección y control judicial;

ii. adopte las medidas necesarias para evitar la utilización de tratos crueles, inhumanos o degradantes en los centros de salud, incluyendo programas de entrenamiento y capacitación, además de la efectiva prohibición y sanción de este tipo de acciones;

iii. implemente estándares mínimos para la realización de informes médicos, como los establecidos en el Protocolo de Estambul;

iv. haga cesar de forma inmediata la denegación de justicia a la que continúan sujetos los familiares del señor Ximenes Lopes en relación con su muerte;

v. lleve el reconocimiento de responsabilidad parcial del Estado al conocimiento de la opinión pública de forma oficial, y

vi. cree mecanismos de inspección, denuncia y documentación de muertes, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes de personas con discapacidad mental.

e) En relación a las costas y gastos, señaló que la Corte debe ordenar al Estado el pago de las costas y gastos realizados por los familiares del señor Damião Ximenes Lopes en la tramitación del caso en el ámbito nacional, si las hubieren, así como en la tramitación del caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Alegatos de los representantes

214. En relación a las reparaciones señalaron, *inter alia*, que:

a) los beneficiarios de las reparaciones son los señores Albertina Viana Lopes, madre; Francisco Leopoldino Lopes, padre; Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana, y Cosme Ximenes Lopes, hermano gemelo.

b) En relación al daño material:

i. respecto al daño emergente indicaron que, los familiares han incurrido en gastos que incluyen transporte entre los municipios de Sobral y Fortaleza para reunir documentos; gastos funerarios del señor Damião Ximenes Lopes; traslado del cuerpo de la víctima entre Sobral y Fortaleza para la realización de la autopsia, y medicamentos para los padres del señor Ximenes Lopes. Por lo tanto, solicitaron a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América). Dentro de dicho rubro se incluyen gastos en instancias nacionales e internacionales;

ii. respecto al lucro cesante, alegaron que una persona con deficiencia mental puede llegar a tener una vida productiva. Por lo tanto, en consideración de la expectativa de vida de la víctima y el salario mínimo en el Estado, solicitaron que la Corte fije en equidad la cantidad de US\$ 67.550,00 (sesenta y siete mil quinientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Damião Ximenes Lopes. Igualmente, la señora Irene Ximenes Lopes Miranda pasó tres años sin motivación para trabajar y perdió su empleo después de la muerte de su hermano. Solicitaron a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 41.850,00 (cuarenta y un mil ochocientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de América) a su favor, y

iii. consideraron que la pensión otorgada por la ley No. 13.491 a favor de la señora Albertina Viana Lopes no cubre los daños causados. Dicha señora recibe la pensión por invalidez que antes pertenecía al señor Damião Ximenes Lopes.

c) En relación al daño inmaterial:

i. por los sufrimientos experimentados por el señor Damião Ximenes Lopes, solicitaron a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 80.000,00 (ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a su favor;

ii. respecto de la señora Albertina Viana Lopes, madre de la víctima, indicaron que la muerte de su hijo le causó una depresión, y actualmente padece de algunos disturbios emocionales. La pensión vitalicia establecida por el Estado no puede ser considerada como una reparación para ella, ni para los demás familiares. Por lo tanto, solicitaron a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a su favor. Asimismo, indicaron que dicha señora fue víctima directa de los abusos y malos tratos que sufrió su hijo, ya que presenció los suplicios a los cuales éste fue sometido, y además, fue tratada irrespetuosamente por el director de la Casa de Reposo Guararapes. Por ello, solicitaron a la Corte que aumente la cantidad en US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) para ella;

iii. respecto del señor Francisco Leopoldino Lopes, padre de Damião Ximenes Lopes, señalaron que padeció de depresión por un largo período y cree que la justicia nunca será hecha en el caso de su hijo. Hoy frecuenta la iglesia buscando consuelo espiritual. Por lo tanto, solicitaron a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) a su favor;

iv. respecto de la señora Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana de Damião Ximenes Lopes, la muerte de la víctima le trajo sufrimiento físico y psicológico; perdió el empleo 26 días después de los hechos del caso y por tres años sufrió de depresión, que la dejó sin motivación para trabajar. Sufrió desgaste mental y emocional en la búsqueda de justicia, por las innumerables reuniones y audiencias ante órganos ligados a la salud, poder judicial y derechos huma-

nos, y sintió “humillación por mendigar justicia”. A su vez, respecto del señor Cosme Ximenes Lopes, hermano gemelo de Damião Ximenes Lopes, la muerte de la víctima le trajo desesperación, ya que él podría eventualmente ser víctima de lo sucedido a su hermano, en caso de volver a necesitar de los servicios psíquico-hospitalarios. Ha sufrido seis años de frustración por la impunidad de los responsables, y constante amargura por la pérdida de su hermano gemelo. En razón de lo anterior, solicitaron a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada uno de ellos.

d) En relación a otras formas de reparación, señalaron que:

i. reconocen las iniciativas del Estado para mejorar las condiciones de la atención psiquiátrica;

ii. las denuncias de graves violaciones de derechos humanos cometidas en instituciones de salud mental, deben ser eficazmente investigadas, y todas las personas involucradas deben ser responsabilizadas;

iii. los órganos de fiscalización deben establecer procedimientos de supervisión del funcionamiento de las unidades de salud;

iv. el Estado debe ordenar el cierre de aquellas unidades psiquiátricas reprobadas por el Programa Nacional de Evaluación de los Hospitales Psiquiátricos, que todavía sigan funcionando;

v. el Estado debe aprobar e implementar el Proyecto de Ley No. 429/2003, que establece el “Estatuto de las Personas Portadoras de Deficiencias”, y

vi. el Estado debe adoptar las medidas correspondientes para erradicar la utilización de tratamientos crueles, inhumanos o degradantes; adecuar las instituciones psiquiátricas a las condiciones requeridas por los instrumentos internacionales que regulan la materia, y establecer la definitiva prohibición y sanción de esas prácticas.

e) En relación a las costas y gastos, alegaron que:

i. la familia Ximenes Lopes incurrió en una serie de gastos relacionados con diligencias administrativas y procesales con posterioridad a la muerte de la víctima, por lo que solicitaron a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América), y

ii. Justicia Global incurrió en gastos para proveer los servicios legales en el litigio internacional. Por esto, solicitaron a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América). Adicionalmente, los representantes indicaron los gastos en que incurrieron por concepto de honorarios de sus abogados durante los años del trámite del caso ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, y solicitaron que a la Corte que fije en equidad la cantidad de US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a su favor.

Alegatos del Estado

215. Respecto a las reparaciones alegó, *inter alia*, que:

a) En cuanto a los beneficiarios, no existe daño que reparar en relación con los señores Francisco Leopoldino Lopes, Irene Ximenes Lopes Miranda y Cosme Ximenes Lopes, y en re-

lación con la señora Albertina Viana Lopes, el daño moral que sufrió ya fue reparado, tanto en forma civil como en forma simbólica.

b) En relación al daño material:

i. la señora Albertina Viana Lopes no sufrió una pérdida patrimonial ni lucro cesante, ya que percibe una pensión mensual y vitalicia por muerte del Instituto Nacional de Seguridad Social. La pensión por muerte sólo es destinada a personas que dependen financieramente del fallecido. Por lo tanto, no corresponde pagar una pensión por muerte y lucro cesante a los demás familiares de la víctima, ya que éstos tenían ingresos propios y no dependían económicamente del señor Damião Ximenes Lopes;

ii. no existe daño emergente, ya que el proceso penal fue promovido por el Ministerio Público;

iii. en la acción civil de resarcimiento, la señora Albertina Viana Lopes litigó gratuitamente;

iv. los gastos en que han incurrido los familiares del señor Damião Ximenes Lopes fueron efectuados voluntariamente, por lo que no procede al Estado indemnizarlos, y

v. el estado del Ceará concedió a la señora Albertina Viana Lopes una pensión mensual y vitalicia por una cantidad de R\$ 308,00 (trescientos ocho reales). Dicha pensión corresponde al salario mínimo en el estado del Ceará, ajustable por el mismo índice de la revisión general aplicado a los servidores públicos estaduais. Esa pensión contribuye para el presupuesto familiar, y es perfectamente adecuada a la compensación por el daño sufrido, sin que se configure el enriquecimiento sin causa.

c) En relación al daño inmaterial:

i. la señora Albertina Viana Lopes promovió una acción civil de resarcimiento por “daños morales” en contra de particulares y no contra el Estado. Dicho proceso fue suspendido, en espera del resultado de la acción penal. Existe la posibilidad que ocurra *bis in idem* en el presente caso, en el supuesto de que en la acción civil de resarcimiento se condene a pagar una indemnización y se efectúe el pago, y que la Corte, a su vez, decidiese condenar al Estado a pagar una indemnización “por daños morales” a la señora Viana Lopes. En consecuencia, el mismo daño estaría siendo doblemente reparado;

ii. el señor Cosme Ximenes Lopes no ha tomado conocimiento de la muerte de su hermano, por lo que no existe daño moral con base en lo desconocido;

iii. la señora Irene Ximenes Lopes Miranda no puede ser considerada parte directamente lesionada, ya que no tenía una relación cercana con el señor Damião Ximenes Lopes;

iv. el padre del señor Damião Ximenes Lopes no mantenía relación familiar con su hijo, por lo que no puede ser beneficiario de indemnización alguna por daño inmaterial;

v. el señor Damião Ximenes Lopes tenía nueve hermanos. En consideración de la noción de “justicia justa”, no se puede concebir el pago de indemnización por daños morales apenas a dos hermanos. No hay como medir el dolor familiar que se desprende de la muerte de un pariente, de modo que los mismos criterios para la reparación del dolor moral sufrido por un hermano deben ser utilizados para reparación del daño psíquico de todos los demás, y

vi. ha reconocido “los daños morales” y su deber de indemnizar materialmente a la madre del señor Damião Ximenes Lopes, por lo que ha realizado el pago de una justa indemnización en el ámbito interno, mediante la pensión vitalicia estadual, acumulada con la pensión federal y vitalicia por muerte a favor de la señora Albertina Viana Lopes las cuales deben ser consideradas por la Corte. A la señora Viana Lopes ya le fue reparado el “daño moral” y el civil causados. Los demás familiares de la víctima indicados por la Comisión y los representantes son naturalmente alcanzados por las demás formas de reparación.

d) En relación a las otras formas de reparación, el Estado alegó que adoptó todas las providencias que se esperan de un Estado democrático de derecho para evitar la repetición de eventos similares a los que sufrió el señor Damião Ximenes Lopes. Ha adoptado numerosas medidas en el Municipio de Sobral, entre las que están las unidades especializadas para el tratamiento de personas con diversas enfermedades. Asimismo, ha adoptado, entre otras, medidas a nivel nacional, tal como la aprobación, en el año 2001, de la Ley No. 10.216 conocida como “Ley de Reforma Psiquiátrica”; ha celebrado un seminario sobre “Derecho a la Salud Mental – reglamentación y aplicación de la Ley No. 10.216”, y ha implementado diversos programas relacionados con los servicios de salud. Por último, el Estado señaló que ha realizado reparaciones simbólicas, al renombrar al Centro de Atención Psicosocial de Sobral (CAPS) en homenaje a la víctima, con el nombre “Centro de Atención Psicosocial Damião Ximenes Lopes”; al llevar a cabo la Tercera Conferencia Nacional de Salud Mental, en la denominada Sala Damião Ximenes Lopes, y al declarar públicamente en la audiencia celebrada ante la Corte el reconocimiento parcial de su responsabilidad internacional por violación de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.

e) En relación a las costas y gastos alegó que no hay nada que resarcir a los familiares del señor Damião Ximenes Lopes a nivel interno, y que tampoco tuvieron gastos con la tramitación del presente caso, ya sea ante la Comisión o ante este Tribunal, y de tenerlos, no fueron probados.

Consideraciones de la Corte

A) BENEFICIARIOS

216. La Corte considera como “parte lesionada” al señor Damião Ximenes Lopes, en su carácter de víctima de las violaciones a los derechos consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, por lo que será acreedor de las reparaciones que fije el Tribunal por concepto de daño material e inmaterial.

217. Además, este Tribunal considera como “parte lesionada” a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, en su carácter de víctimas de la violación a los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma (*supra* párrs. 163 y 206). Asimismo, esta Corte estima como “parte lesionada” a los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, también familiares del señor Ximenes Lopes, en su carácter de víctimas de la violación del derecho consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de ese instrumento (*supra* párr. 163). En consecuencia, esta Corte considera a dichas personas como acreedores de las reparaciones que fije el Tribunal al respecto.

218. Las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, además, serán acreedoras de las reparaciones que el Tribunal fije como consecuencia de las violaciones cometidas en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, las cuales serán distribuidas de la siguiente manera:

a) el ochenta por ciento (80%) de la indemnización correspondiente deberá ser distribuida en partes iguales entre las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, y

b) el veinte por ciento (20%) de la indemnización correspondiente deberá ser distribuida en partes iguales entre los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes.

219. En el caso de que los familiares acreedores de las indemnizaciones que se establecen en la presente Sentencia fallezcan antes de que les sea entregada la indemnización respectiva, el monto que le hubiera correspondido se distribuirá conforme al derecho interno (271).

B) DAÑO MATERIAL

220. Esta Corte entra a determinar el daño material, que supone la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima y, en su caso, de sus familiares, y los gastos efectuados como consecuencia de los hechos en el caso *sub judice* (272). A este respecto, fijará un monto indemnizatorio que busque compensar las consecuencias patrimoniales de las violaciones declaradas en la presente Sentencia. Para resolver sobre el daño material, se tendrá en cuenta los argumentos de las partes, el acervo probatorio, y la jurisprudencia del propio Tribunal.

B.1. Pérdida de ingresos

221. Los representantes y la Comisión solicitaron a la Corte que determine una indemnización por concepto de pérdida de ingresos a favor del señor Damião Ximenes Lopes.

222. Está probado que el señor Damião Ximenes Lopes recibía una pensión por incapacidad del Instituto Nacional de Seguridad Social, como único ingreso al momento de su muerte. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley No. 8.212/91, como consecuencia de la muerte del beneficiario de la pensión, surgió el derecho a que su dependiente pasara a recibirla. En este caso y en virtud de ley, el Estado mantiene íntegramente la pensión por muerte a favor de la señora Albertina Viana Lopes, considerada como dependiente del señor Damião Ximenes Lopes (*supra* párr. 112.68).

223. De lo anteriormente expuesto, y dada la naturaleza de dicha pensión, no se ha producido una disminución en lo percibido por ese concepto, por lo que esta Corte considera que no procede fijar una indemnización por pérdida de ingresos a favor del señor Damião Ximenes Lopes.

224. Por otra parte, los representantes alegaron que la señora Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana de la víctima, dejó su empleo en la Municipalidad de Ipueiras como consecuencia de la muerte de su hermano, y solicitaron a la Corte que fije la cantidad de US\$ 41.850,00 (cuarenta y un mil ochocientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de América) a favor de dicha señora, por concepto de pérdida de ingresos.

(271) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 192; *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 203; y *Caso Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párr. 123.

(272) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 183; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4 párr. 216; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 301.

225. En consideración de los alegatos de los representantes, esta Corte considera que hay elementos para concluir que la señora Irene Ximenes Lopes Miranda dejó de percibir sus ingresos por algún tiempo al no poder trabajar con motivo de la muerte de su hermano. Por lo tanto, este Tribunal considera procedente fijar en equidad, la cantidad de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) como indemnización por concepto de daño material a favor de dicha señora, la cual le deberá ser entregada.

B.2) Daño emergente

226. Analizada la información recibida por las partes, los hechos del caso y su jurisprudencia, el Tribunal observa que pese a que no fueron aportados los comprobantes de gastos, es de presumir que los familiares del señor Damião Ximenes Lopes incurrieron en diversos gastos funerarios (273), así como los relacionados con el traslado del cuerpo de la víctima de la ciudad de Sobral a la ciudad de Fortaleza para la realización de la autopsia. En consecuencia, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 1.500,00 (mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) como indemnización por concepto de daño emergente, la cual deberá ser entregada a la señora Albertina Viana Lopes.

C) DAÑO INMATERIAL

227. El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. No siendo posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, la reparación integral a las víctimas sólo puede ser objeto de compensación de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, reconocer la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones (274).

228. En el caso *sub judice*, este Tribunal declaró que el Estado es responsable por la violación de derechos consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes; en el artículo 5 de la Convención, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, y los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes, todos en relación con el artículo 1.1 de ese instrumento. En consecuencia, el Estado debe reparar al señor Ximenes Lopes y a sus familiares por el daño causado.

229. Antes de pasar a determinar las reparaciones que correspondan en el presente caso, esta Corte estima oportuno referirse a la acción civil de resarcimiento interpuesta por la señora Albertina Viana Lopes en la jurisdicción interna, y a la pensión vitalicia constituida por el estado del Ceará, mediante la Ley No.13.491, a favor de dicha señora (*supra* párr. 112.69).

230. En relación con la acción civil de resarcimiento, el Estado alegó que la Corte debe evitar un *bis in idem* que ocurriría en el supuesto de que, por un lado, en el trámite ante la jurisdicción interna la acción civil de resarcimiento fuera declarada procedente, con el con-

(273) Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párr. 207.

(274) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 188; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 4 párr. 219; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 308.

secuente pago de una indemnización, y por otro, que la Corte decidiese condenar al Estado a pagar una indemnización por daños inmateriales a favor de la señora Albertina Viana Lopes. En consecuencia, según el Estado, el mismo daño estaría siendo doblemente reparado. A su vez, indicó que el pedido de la acción civil de resarcimiento se interpuso contra particulares y no contra el Estado.

231. Al respecto, la Corte estima que las víctimas o sus familiares conservan el derecho que pudieran tener de reclamar ante la jurisdicción interna una indemnización de los particulares que pudieron ser responsables del daño. En el presente caso, la señora Albertina Viana Lopes ejerció ese derecho al interponer la acción civil de resarcimiento, la que todavía se encuentra pendiente de resolución.

232. Con motivo de la responsabilidad internacional en que ha incurrido el Estado, nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar (275), distinta a la reparación que los familiares de la víctima pudieran obtener de otras personas naturales o jurídicas. En consecuencia, el hecho de que se tramite una acción civil de resarcimiento contra particulares en el fuero interno, no impide a la Corte ordenar una reparación económica a favor de la señora Albertina Viana Lopes, por las violaciones de la Convención Americana. Corresponderá al Estado dentro de su jurisdicción resolver las consecuencias que pudiera eventualmente tener la acción civil de resarcimiento que la señora Albertina Viana Lopes interpuso en la jurisdicción interna.

233. En segundo término, el Estado solicitó a la Corte que declare que ha realizado el pago de una justa indemnización en el ámbito interno, por medio de la pensión vitalicia estadual, como compensación del “daño moral”. Al respecto, está demostrado que el estado del Ceará dictó la Ley No. 13.491, la cual constituyó una pensión mensual vitalicia a favor de la señora Albertina Viana Lopes desde el 16 de junio de 2004, después de más de cuatro años de la muerte de la víctima, que actualmente asciende a R\$ 323,40 (trescientos veintitrés reales con cuarenta centavos) (*supra* párr. 112.69).

234. La Corte valora el hecho de que el estado del Ceará constituyera *motu proprio* la referida pensión en beneficio de la señora Albertina Viana Lopes. No obstante, en razón de las consideraciones expuestas anteriormente, este Tribunal estima procedente fijar una indemnización por daño inmaterial a favor de la madre del señor Damião Ximenes Lopes, o de sus familiares, si correspondiere, por las violaciones a sus derechos humanos consagrados en la Convención Americana que han sido declaradas en la presente Sentencia (*supra* párrs. 163 y 206), sin dejar de observar que la referida pensión constituye un beneficio legal vitalicio concedido a favor de la señora Albertina Viana Lopes, el cual la Corte valora, con independencia a las reparaciones que fije por concepto de daño inmaterial (*infra* párrs. 237.b y 238.b).

235. En el caso *sub judice*, en consideración de los sufrimientos causados al señor Damião Ximenes Lopes, y que produjeron también a algunos de sus familiares sufrimientos, el cambio de sus condiciones de existencia y otras consecuencias de orden no pecuniario, la Corte estima pertinente determinar el pago de una compensación, fijada equitativamente, por concepto de daños inmateriales (276).

(275) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 175; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4 párr. 196; y *Caso Baena Ricardo y otros*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No 104, párr. 65.

(276) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 189; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 220; y *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 200.

236. Este Tribunal reconoce que se ha causado a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, un daño inmaterial por la falta de una investigación seria, diligente y efectiva por parte de las autoridades estatales para determinar lo sucedido a la víctima y, en su caso, para identificar, y sancionar a los responsables. La Corte estima que en el presente caso no es pertinente ordenar el pago de una compensación económica por concepto de daño inmaterial por la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, tomando en cuenta que esta sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación (277), y considerando que los actos u obras de alcance o repercusión públicos que se detallan en el siguiente apartado significan una debida reparación en los términos del artículo 63.1 de la Convención.

237. En consideración de los distintos aspectos del daño aducidos por la Comisión y los representantes, la Corte considera los siguientes aspectos:

a) en lo que se refiere al señor Damião Ximenes Lopes, este Tribunal toma en cuenta para la determinación de la indemnización por concepto de daño inmaterial, que está probado que éste no recibió una atención médica ni tratamiento adecuados como paciente con discapacidad mental, quien por su condición era especialmente vulnerable, fue sometido a tratos crueles inhumanos y degradantes mientras estuvo hospitalizado en la Casa de Reposo Guararapes, situación que se vio agravada con su muerte (*supra* párrs. 112.7, 112.8, 112.9, 112.11, 112.12, 112.56 y 112.57);

b) en la determinación de la indemnización por concepto de daño inmaterial que corresponde a la señora Albertina Viana Lopes, esta Corte toma en cuenta el hecho de que es la madre del fallecido. Tiene en consideración, además, que fue establecido el profundo sufrimiento y angustia que le causó ver el estado deplorable en que se encontraba su hijo en la Casa de Reposo Guararapes y su consecuente fallecimiento; y las secuelas físicas y psicológicas producidas posteriormente (*supra* párrs. 112.70 y 157);

c) respecto del señor Francisco Leopoldino Lopes, con la finalidad de determinar la indemnización por daños inmateriales, el Tribunal considera el hecho de que era el padre del señor Damião Ximenes Lopes, mantenía su vínculo afectivo con éste, y ha sufrido a raíz de la muerte de su hijo (*supra* párr. 112.71 y 159);

d) en lo que se refiere a la señora Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana del señor Damião Ximenes Lopes, el Tribunal, para la determinación de la indemnización por concepto de daño inmaterial, considera el sufrimiento causado por la muerte de su hermano, con quien tenía un lazo afectivo estrecho, que le ha causado padecimientos, como las secuelas psicológicas posteriores. Además, la señora Irene Ximenes Lopes Miranda, aún en detrimento del bienestar de sus hijas, ha buscado justicia a partir de la muerte de su hermano, para lo cual ha acudido a diversos órganos en la jurisdicción interna e internacional, por lo que ha padecido y revivido en forma constante las circunstancias de la muerte de su hermano (*supra* párrs. 112.70, 160 y 161), y

e) en la determinación de la indemnización por concepto de daño inmaterial que corresponde al señor Cosme Ximenes Lopes, quien también estuvo internado en instituciones psiquiátricas, la Corte considera el vínculo afectivo y la identificación que existía entre los dos

(277) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 189; *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 309; y *Caso López Álvarez*, *supra* nota 121, párr. 200.

hermanos y el hecho de que el fallecimiento de su hermano le causó dolor y sufrimiento, quien estuvo en estado de shock, sufrió de depresión y dejó de trabajar a raíz de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes (supra párr. 112.71 y 162).

238. En consideración de lo expuesto, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por dicho concepto, en los siguientes términos:

a) para el señor Damião Ximenes Lopes, la cantidad de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América), la cual deberá ser distribuida entre las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, y

b) para la señora Albertina Viana Lopes, la cantidad de US\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América);

c) para el señor Francisco Leopoldino Lopes la cantidad de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América),

d) para la señora Irene Ximenes Lopes Miranda, la cantidad de US\$ 25.000,00 (veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América), y

e) para el señor Cosme Ximenes Lopes, la cantidad de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América).

239. La compensación determinada a favor del señor Damião Ximenes Lopes será entregada de conformidad con el párrafo 218 de la presente Sentencia, y la compensación determinada a favor de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, y de los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, será entregada a cada uno de ellos.

D) Otras Formas de Reparación

(Medidas de Satisfacción y Garantías de no Repetición)

240. En este apartado el Tribunal determinará aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión públicas (278).

241. Para efectos de una disculpa pública para los familiares de la víctima, la Corte valora y aprecia el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional realizado por el Estado durante la audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2005, en relación con el presente caso (supra párrs. 36 y 63). En esa oportunidad, el Estado manifestó que:

reconoce la procedencia de la petición de la Comisión Interamericana en lo que se refiere a la violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), y 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana.

242. Además, este Tribunal destaca el hecho de que el 3 de noviembre de 2005 el Estado renombró el Centro de Atención Psicosocial de Sobral (CAPS), que fue instalado en la ciudad

(278) Cfr. *Caso Baldeón García*, supra nota 4, párr. 193; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 4 párr. 228; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, supra nota 25, párr. 264.

Sobral en el marco de la creación de la Red de Atención Integral a la Salud Mental, con el nombre de “Centro de Atención Psicosocial Damião Ximenes Lopes”. Igualmente, el Estado designó la Sala en donde se realizó la Tercera Conferencia de Salud Mental con el nombre Damião Ximenes Lopes. Ello contribuye a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de la víctima (279).

243. Asimismo, la Corte reconoce que el Estado ha adoptado internamente una serie de medidas para mejorar las condiciones de la atención psiquiátrica en las diversas instituciones dentro del Sistema Único de Salud (SUS). Algunas de esas medidas fueron adoptadas por el Municipio de Sobral, a saber: se constituyó una comisión para investigar la responsabilidad de la Casa de Reposo Guararapes en relación con la muerte del señor Damião Ximenes Lopes; fue implementada la Red de Atención Integral a la Salud Mental de Sobral; en el año 2000 se celebró un convenio entre el Programa Salud en la Familia y el Equipo de Salud Mental del Municipio de Sobral; se estableció una Unidad de Internación Psiquiátrica dentro del Hospital General Estevan Ponte del Municipio de Sobral; un Centro de Atención Psicosocial (CAPS) especializado en el tratamiento de personas con psicosis y neurosis; un Centro de Atención Psicosocial (CAPS) especializado en el tratamiento de personas con dependencia del alcohol y otras sustancias sicotrópicas; el Servicio Residencial Terapéutico; una unidad ambulatorial de Psiquiatría Regionalizada en el Centro de Especialidades Médicas, y equipos del Programa Salud en la Familia. Igualmente, el Estado ha adoptado varias medidas a nivel nacional, entre las que se encuentran la aprobación de la Ley No. 10.216, en el año 2001, conocida como “Ley de Reforma Psiquiátrica”; la realización del Seminario “Derecho a la Salud Mental – reglamentación y aplicación de la Ley No. 10.216” el 23 de noviembre de 2001; la realización de la III Conferencia Nacional de Salud Mental en diciembre del año 2001; la creación a partir del año 2002 del Programa Nacional de Evaluación de los Servicios Hospitalarios Psiquiátricos; la implementación en el año 2004 del Programa de Reestructuración Hospitalaria del Sistema Único de Salud; la implementación del “Programa de Regreso a la Casa”, y la consolidación en el año 2004 del Forum de Coordinadores de Salud Mental.

244. Este Tribunal valora que el Estado haya adoptado las referidas medidas, cuya eficaz aplicación permitirá mejorar la atención de salud, su regulación y fiscalización en el marco del Sistema Único de Salud.

a) Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso

245. Los familiares de víctimas de violaciones de derechos humanos tienen el derecho a un recurso efectivo. El conocimiento de la verdad de lo ocurrido en violaciones de derechos humanos como las del presente caso, es un derecho inalienable y un medio importante de reparación para la víctima y en su caso, para sus familiares y es una forma de esclarecimiento fundamental para que la sociedad pueda desarrollar mecanismos propios de reproche y prevención de violaciones como esas en el futuro (280).

246. En consecuencia, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la correspondiente obligación, a que lo sucedido sea efectivamente investigado por las autoridades

(279) Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 108, párr. 236; *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 108, párr. 286; y *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 122.

(280) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 196; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 266; y *Caso Gómez Palomino*, *supra* nota 21, párr. 78.

estatales, de que se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, de que se les impongan las sanciones pertinentes (281) (*supra* párrs.170 a 206).

247. En el presente caso la Corte estableció que, transcurridos más de seis años de los hechos, los autores de los tratos crueles, inhumanos y degradantes así como de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes no han sido responsabilizados, prevaleciendo la impunidad.

248. La Corte advierte que el Estado debe garantizar que en un plazo razonable el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos, dando aplicabilidad directa en el derecho interno a la normativa de protección de la Convención Americana.

b) Publicación de la sentencia

249. Conforme lo ha dispuesto en otros casos, como medida de satisfacción (282), el Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo VII relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y además, la parte resolutive de la misma. Para estas publicaciones se fija el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia.

c) Establecimiento de programas de capacitación

250. Quedó probado en el presente caso que al momento de los hechos no existía una adecuada atención para el tratamiento e internación de personas con discapacidad mental, como en el caso de la Casa de Reposo Guararapes, institución que brindaba ese servicio dentro del Sistema Único de Salud. Si bien se destaca el hecho de que el Estado ha adoptado diversas medidas destinadas a mejorar esa atención, este Tribunal considera que el Estado debe continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de Salud Mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato a ser ofrecido a las personas que padecen de discapacidad mental, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia (*supra* párrs. 130 al 135).

251. La presente Sentencia constituye *per se* una forma de reparación y satisfacción para las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes.

E) Costas y Gastos

252. Las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana. Corresponde al Tribunal apreciar prudentemente y con base en la equidad el alcance de aquéllos, considerando los gastos generados ante las jurisdicciones interna e interamericana, y teniendo en cuenta su acreditación, las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos (283).

(281) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 197; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 25, párr. 219; y *Caso Blanco Romero*, *supra* nota 20, párrs. 62 y 96.

(282) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 194; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4 párr. 236; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 313.

(283) Cfr. *Caso Baldeón García*, *supra* nota 4, párr. 208; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 4, párr. 237; y *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, *supra* nota 4, párr. 315.

253. A este respecto, el Tribunal estima equitativo ordenar al Estado que reintegre la cantidad de US\$ 10,000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda del Brasil, que deberá ser entregada a la señora Albertina Viana Lopes para que, por un lado, compense los gastos en que incurrieron los familiares del señor Damião Ximenes Lopes y, por otro, entregue al Centro por la Justicia Global una cantidad que estime pertinente, para compensar los gastos realizados por esta organización.

F) Modalidad de Cumplimiento

254. El Estado deberá pagar en efectivo las indemnizaciones y reintegrar las costas y gastos (*supra* párrs. 225, 226, 238 y 253) dentro de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia. En el caso de las otras reparaciones ordenadas deberá dar cumplimiento a las medidas en un tiempo razonable (*supra* párr. 248), o en el que esta Sentencia señale específicamente (*supra* párr. 249).

255. El pago de las indemnizaciones establecidas a favor de las víctimas será hecho directamente a éstos. Si falleciera alguno, el pago se hará a sus herederos.

256. Si por causas atribuibles a los beneficiarios de la indemnización no fuese posible que éstos la reciban dentro del indicado plazo de un año, el Estado consignará dichos montos a favor de aquéllos en una cuenta o certificado de depósito en una institución bancaria brasileña solvente, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancarias. Si la indemnización no ha sido reclamada al cabo de diez años, la suma correspondiente será devuelta al Estado, con los intereses generados.

257. El pago destinado a solventar las costas y gastos generados por las gestiones realizadas por los familiares y por los representantes en los procedimientos interno e internacional, según sea el caso, serán hechos a la señora Albertina Viana Lopes (*supra* párr. 253), quién efectuará los pagos correspondientes.

258. El Estado debe cumplir las obligaciones económicas señaladas en esta Sentencia mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en la moneda nacional del Brasil.

259. Los montos asignados en la presente Sentencia bajo los conceptos de indemnizaciones, gastos y costas deberán ser entregados a los beneficiarios en forma íntegra conforme a lo establecido en la Sentencia. En consecuencia, no podrán ser afectados, reducidos o condicionados por motivos fiscales actuales o futuros.

260. En caso de que el Estado incurra en mora, pagará un interés sobre el monto adeudado, correspondiente al interés moratorio bancario del Brasil.

261. Como lo ha determinado y practicado en todos los casos sujetos a su conocimiento, la Corte supervisará el cumplimiento de la presente Sentencia en todos sus aspectos. Esta supervisión es inherente a las atribuciones jurisdiccionales del Tribunal y necesaria para que éste pueda cumplir la obligación que le asigna el artículo 65 de la Convención. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el fallo. Dentro de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado presentará a la Corte un primer informe sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de esta Sentencia.

XII**Puntos Resolutivos**

262. Por tanto,

LA CORTE,

DECIDE,

Por unanimidad,

1. Admitir el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, en los términos de los párrafos 61 a 81 de la presente Sentencia.

DECLARA,

Por unanimidad, que

2. El Estado violó, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes, tal como lo reconoció, los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2, de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 119 a 150 de la presente Sentencia.

3. El Estado violó, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en los términos de los párrafos 155 a 163 de la presente Sentencia.

4. El Estado violó, en perjuicio de las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares del señor Damião Ximenes Lopes, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la misma, en los términos de los párrafos 170 a 206 de la presente Sentencia.

5. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación, en los términos del párrafo 251 de la misma.

Y DISPONE,

Por unanimidad, que:

6. El Estado debe garantizar, en un plazo razonable, que el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surta sus debidos efectos, en los términos de los párrafos 245 a 248 de la presente Sentencia.

7. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el Capítulo VII relativo a los Hechos Probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, así como la parte resolutive de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 249 de la misma.

8. El Estado debe continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia, en los términos del párrafo 250 de la misma.

9. El Estado debe pagar en efectivo a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, en el plazo de un año, por concepto de la indemnización por daño material, la cantidad fijada en los párrafos 225 y 226 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 224 a 226 de la misma.

10. El Estado debe pagar en efectivo a las señoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, y los señores Francisco Leopoldino Lopes y Cosme Ximenes Lopes, en el plazo de un año, por concepto de la indemnización por daño inmaterial, la cantidad fijada en el párrafo 238 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 237 a 239 de la misma.

11. El Estado debe pagar en efectivo, en el plazo de un año, por concepto de costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la cantidad fijada en el párrafo 253 de la presente Sentencia, la cual deberá ser entregada a la señora Albertina Viana Lopes, en los términos de los párrafos 252 a 253 de la misma.

12. Supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento.

El Juez Sergio García Ramírez hizo conocer a la Corte su Voto Razonado y el Juez Antônio Augusto Cançado Trindade hizo conocer a la Corte su Voto Separado, los cuales acompañan la presente Sentencia.

Redactada en español y en portugués, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, 4 de julio de 2006.

Sergio García Ramírez - Presidente; Alirio Abreu Burelli; Antônio A. Cançado Trindade; Cecilia Medina Quiroga; Manuel E. Ventura Robles; Diego García-Sayán; Pablo Saavedra Alessandri -Secretario.

Comuníquese y ejecútese,

Sergio García Ramírez - Presidente; Pablo Saavedra Alessandri - Secretario

VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ CON RESPECTO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *XIMENES LOPES VS. BRASIL*, DICTADA EL 4 DE JULIO DE 2006

1. DERECHOS GENERALES Y ESPECIALES

1. En el espacio de su jurisprudencia, cada vez más abundante y comprensiva, la Corte Interamericana se ha ocupado en el examen y la precisión de los derechos y libertades de individuos y miembros de grupos, conjuntos o comunidades, así como en las correspondientes obligaciones y funciones del Estado en determinadas hipótesis específicas. La referencia a estas últimas ha contribuido a enriquecer apreciablemente la jurisprudencia de la Corte al servicio de los derechos de las personas en el marco de su realidad estricta, que incluye diversas circunstancias y múltiples necesidades y expectativas.

2. Los derechos y las garantías universales, que tienen carácter básico y han sido “pensados” para la generalidad de las personas, deben ser complementados, afinados, precisados con derechos y garantías que operan frente a individuos pertenecientes a grupos, sectores o comunidades específicos, esto es, que adquieren sentido para la particularidad de algunas o muchas personas, pero no todas. Esto permite ver, tras el diseño genérico del ser humano, miembro de una sociedad uniforme —que puede alzarse en la abstracción, a partir de sujetos homogéneos— el “caso” o los “casos” de seres humanos de carne y hueso, con perfil característico y exigencias diferenciadas.

3. Ciertamente es tarea del Estado —y esto se halla en su origen y justificación— preservar los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción, concepto de amplio alcance, que por supuesto trasciende las connotaciones territoriales, observando para ello las conductas activas u omisivas que mejor correspondan a esa tutela para favorecer el goce y ejercicio de los derechos. En este sentido, el Estado debe evitar escrupulosamente la desigualdad y la discriminación y proveer el amparo universal de las personas que se hallan bajo su jurisdicción, sin miramiento hacia condiciones individuales o grupales que pudieran sustraerlos de la protección general o imponerles —de *jure* o de *facto*— gravámenes adicionales o desprotecciones específicas.

2. MEDIOS DE COMPENSACIÓN

4. Ahora bien, es igualmente cierto que incumbe al Estado, cuando la desigualdad de hecho coloca al titular de derechos en situación difícil —que pudiera conducir al absoluto inejercicio de los derechos y las libertades—, proveer los medios de corrección, igualación, compensación o equilibrio que permitan al sujeto acceder a tales derechos, así sea en condiciones relativas, condicionadas e imperfectas, que la tutela del Estado procura aliviar. Esos medios son otras tantas “protecciones” razonables, pertinentes, eficientes, que se dirigen a ensanchar las oportunidades y mejorar el destino, justamente para alcanzar la expansión natural de la persona, no para reducirla o evitarla so pretexto de asistencia y protección.

5. Los factores de (ventaja o) desventaja son muy numerosos. Algunos provienen de condiciones propias del sujeto —la salud, la edad o el sexo, entre ellas—; otras, de circunstancias sociales —la condición de indígena, extranjero, detenido, por ejemplo. Es obligación del Estado, explayada en tratados y convenciones de diverso signo, salir al paso de estas desigualdades, segar la fuente de las discriminaciones y acompañar con eficacia —de la “cuna a la tumba”, si es necesario, como rezaba la divisa del Estado de bienestar— el accidentado curso de la existencia, procurando prevenir, moderar y remediar sus contingencias.

3. ESTADO “GARANTE”

6. Con respecto a estas cuestiones se analiza el papel de garante que corresponde al poder público. Dispone el artículo 1 de la Convención Americana que el Estado debe (reconocer), respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en el Pacto de San José. Y sostiene el artículo 2 que aquél debe, por lo mismo, remover los obstáculos que se oponen al curso de esas facultades y adoptar medidas de diverso género para ponerlas efectivamente al alcance de todas las personas.

7. En tal virtud, el ejercicio de unos poderes que constituyen la jurisdicción del Estado bajo el que se coloca el individuo —a título de nacional, ciudadano, residente, refugiado, etcétera— llevan a establecer la calidad de garante que el propio Estado tiene frente a las personas sobre las que ejerce esa jurisdicción, fijar el alcance y las características del cuidado y la protección específicos que esa calidad entraña y que debe ser examinada frente a las posibilidades reales de autoridad y protección.

8. Quien actúa como garante de algo o de alguien, es decir, quien asume la función de garantizar la protección de ciertos bienes a favor de determinadas personas, adquiere el deber de brindar cuidados a esos bienes y personas, compatibles con la tarea que asume, proveniente de la ley, de un acuerdo de voluntades o de otras fuentes del deber de garantía. El Estado es garante, en general, de quienes se hallan bajo su jurisdicción. El deber de cuidado que le compete transita, conforme a las circunstancias, por las más diversas situaciones: desde la garantía general de paz y seguridad, hasta el preciso deber de cuidado que le concierne en el manejo de servicios públicos de primer orden y la atención a sujetos que no pueden valerse por sí mismos o tienen severamente limitada su capacidad de hacerlo. El deber de cuidado del Estado garante varía, pues, en calidad e intensidad, conforme a las características del bien garantizado y de los titulares de ese bien. En este orden, difícilmente podría haber mayor exigencia que la que se presenta en la prestación de servicios médicos, materia de la sentencia a la que agrego este *Voto*.

9. El Estado actúa como garante de los derechos y libertades de quien se halla bajo su jurisdicción porque así lo disponen las normas fundamentales internas —señaladamente, la Constitución Política— y así lo resuelven las disposiciones internacionales que acogen derechos humanos. Ser garante no implica relevar al sujeto en sus decisiones y actuaciones, sino aportar los medios para que pueda decidir y actuar del mejor modo posible, desenvolver sus potencialidades y cumplir su destino. Se garantiza el goce y ejercicio del derecho y la libertad, a través de abstenciones y prestaciones. La función garantista del Estado, que se abrió paso a través de los derechos de primera generación y su consecuente observancia por el Estado —regularmente una observancia negativa—, avanzó un inmenso trecho por medio de los derechos de segunda generación que trajeron consigo la exigencia de promociones y prestaciones públicas.

4. AUTONOMÍA PERSONAL

10. Desde luego, el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones.

5. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN

11. Por otra parte, bajo una perspectiva especial, el Estado asume obligaciones particulares, características —que se identifican con garantías sectoriales, específicas o individuales, al lado de las universales o genéricas antes mencionadas— en relación con determinados grupos de personas —o mejor dicho, con personas integrantes de ciertos grupos identificados conforme a hipótesis de vida, necesidad o expectativa que les son propias. En tales supuestos, la condición de garante que tiene el Estado frente a las personas bajo su jurisdicción adopta rasgos peculiares, insoslayables para el poder público y generadores de derechos para el individuo.

12. Esas peculiaridades en el papel garantizador del Estado o, dicho de otro modo, en su condición de garante del efectivo acceso a derechos y libertades, puede manifestarse al amparo de decisiones políticas de carácter general que pretenden avanzar en el equilibrio entre los integrantes de la sociedad y ganar espacios para la justicia social. Tal ocurre, por ej., cuando la función garantizadora especial se ejerce a favor de sectores menos provistos de fuerza económica o política, como los trabajadores y los campesinos, los indígenas, los niños y adolescentes, con las correspondientes variantes, muy pronunciadas.

13. Por otra parte, la condición especial de garante del Estado se puede considerar en supuestos específicos derivados de una situación jurídica o una determinación biopsicológica que pone en manos del poder público —por sí o por medios descentralizados y subsidiarios— una mayor carga de deberes de conducción y/o protección de carácter directo, y en correspondencia determinan en el individuo una cierta reducción de su esencial autonomía, que abre zonas propicias —y exigentes— para la actuación inmediata del Estado. A esta categoría heterogénea corresponden los supuestos de privación de libertad que restringen éste y otros derechos —no obstante las proclamaciones en sentido diferente— con fines de aseguramiento o punición (presos), terapéuticos (enfermos) o educativos (educandos internos). En tales casos varían las características y la intensidad de la intervención legítima del Estado, y por lo tanto el grado de responsabilidad y autoridad de éste, en forma paralela a la disminución —en virtud de elementos naturales o de mandamientos de autoridad— de la libertad y capacidad del individuo para definir, organizar y conducir su propia vida.

6. ENFERMEDAD MENTAL, AUTONOMÍA Y DESVALIMIENTO

14. Parece evidente que la reducción más intensa del autogobierno personal se presenta en los enfermos mentales —existen, por supuesto, diversas categorías de enfermedad, de las que derivan distintas situaciones personales—, frecuentemente sustraídos, cuando se hallan en régimen de internamiento determinado por dolencias severas, a las más elementales decisiones, y confiados —en el seno de una institución dotada de los reglamentos y sujeciones más intensos— a la autoridad casi absoluta de sus tratantes y custodios. No sucede lo mismo, a pesar de existir notables factores de reducción, en otras hipótesis: ni siquiera en lo que respecta a los infractores, que conservan diverso grado de autonomía, más o menos elemental, en función de la lucidez que mantienen y del espacio —a veces muy reducido física, social e institucionalmente— en el que pueden ejercerla. Con todo, la historia de la autonomía —o mejor, de la heteronomía— y la sujeción en las prisiones corre paralela a la historia de esos mismos fenómenos en los internados para enfermos mentales, personajes del universo de los excluidos. Van de la mano, en esa crónica oscura, el criminal y el “poseso”.

15. En tal virtud, el enfermo mental interno en una institución del Estado suele ser el sujeto peor provisto, el más desvalido, el marginado por partida doble —por la exclusión social en que se le tiene y por la extrañeza que trae consigo la enfermedad que le aqueja—, el menos

competente para ejercer una enraizada autonomía —que en ocasiones carece de rumbo y sentido y puede naufragar en circunstancias de daño y peligro—, y por todo ello suscita una acrecentada condición de garante a cargo del Estado, que se despliega hasta en los menesteres más elementales.

16. La Corte Interamericana ha examinado la intensidad especial de la calidad de garante del Estado con respecto a los pobladores de instituciones en las que se aplica un minucioso régimen de vida, impuesto a ultranza, que pretende abarcar todo el tiempo y casi todos los sucesos de la existencia, como sucede en las prisiones y los reclusorios para niños y adolescentes. En el *Caso Ximenes Lopes*, el Tribunal explora por primera vez la situación del enfermo mental interno, que se halla bajo la garantía —preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables— del Estado: sea directa, sea a través de la subrogación de un servicio, que en todo caso sustituye las manos que lo proveen, pero no cancela la responsabilidad pública por la prestación eficaz y respetuosa de la *lex artis* respectiva —que marca los deberes de cuidado en la atención psiquiátrica—, de la ética específica aplicable al trato de los pacientes en general y de los pacientes psiquiátricos en particular, y de la asunción de cargas y respuestas con motivo del desempeño y los resultados del servicio.

17. Si el enfermo mental sufre el más radical abatimiento de la autonomía —en el doble plano del discernimiento crítico y la capacidad de conducción— y se halla en la mayor dependencia imaginable con respecto al sujeto obligado a su atención —el agente del Estado, directo o indirecto, principal o subrogado—, deviene el individuo más requerido de atención entre cuantos se hallan sujetos a la jurisdicción del Estado, y éste asume una posición de garante aún más imperiosa e intensa, comprometedora y completa que la que ejerce en cualesquiera otros desempeños.

7. EL “ENCUENTRO” ENTRE EL ENFERMO MENTAL Y EL ESTADO

18. En tanto existe una responsabilidad más amplia, que solicita una respuesta más completa —integral, absoluta— cabe esperar del Estado que atiende al paciente psiquiátrico una garantía más extensa, profunda y constante de los derechos del individuo privado de las condiciones que le permitirían ejercerlos por sí mismo: vida, alimento, salud, relación, por ejemplo. Esta garantía se proyecta en todas las direcciones naturalmente practicables: tanto en abstenciones —*v.gr.*, respeto a la integridad, abstención de experimentos ilícitos, maltrato— como en acciones o prestaciones —el suministro de satisfactores que moderen la desgracia y favorezcan, si es posible, la recuperación de la salud o la supresión del dolor y la angustia.

19. Junto a la deplorable condición de las prisiones, advertida y señalada una y otra vez por la Corte Interamericana, surge ahora la pésima condición de algunas —¿cuántas?— instituciones de tratamiento de enfermos mentales. La resistencia de los afectados, en aquellos casos, suele ser calificada como motín —ciertamente no como inconformidad democrática— y reprimida con severidad. La protesta, si la hay, por parte de los enfermos mentales, venciendo las brumas de la ausencia o la extrañeza, puede desembocar en un destino acaso peor: la absoluta indiferencia o la aplicación de correctivos “terapéuticos” que constituyen, en el fondo, castigos muy severos o intimidaciones sin sentido. La reacción del prisionero es consecuencia de la “mala entraña”; la del enfermo mental, de la “locura”: ésta es, por definición, irracional e inatendible.

20. He subrayado que el encuentro entre el presunto o probable delincuente y el Estado juzgador y ejecutor plantea la región más oscura para el imperio de los derechos humanos: se enfrentan el “crimen” y la “ley”; es previsible el destino del enfrentamiento. Sin embargo,

quizás es más densa la penumbra, a propósito de ese imperio, en el encuentro entre el Estado terapeuta y el enfermo mental: chocan la razón y la sinrazón, la cordura y la locura. El final del lance también es predecible. 21. Entre el ser humano privado de razón y el Estado dotado de poder —no apenas la fuerza física del guardián, sino la fuerza científica del tratante— sólo existe la línea divisoria de los derechos humanos y la voluntad del Estado de cumplir la encomienda de garante que le atribuye la Constitución. La Sentencia se ha referido a algunos aspectos de esta cuestión al mencionar el “desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad (que) se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas”.

22. Cabe suponer —pero no es necesario hacerlo: el tema se halla extensamente estudiado y documentado, de tiempo atrás, en muchos medios— las características del encuentro entre el enfermo mental y quienes le rodean, a título de custodios, tratantes y autoridades, cuando aquel se halla en una institución que se pliega a los rasgos de las instituciones totales, minuciosamente reguladas, y entraña la mayor autoridad —técnica, con sus implicaciones fácticas— del tratante y la menor autonomía del tratado, que por definición carece de las condiciones de apreciación, deliberación y previsión en las que se funda, razonablemente, el ejercicio de la autonomía personal. De ahí la perentoria necesidad de que el régimen en tales instituciones —y, en general, en el trato entre la institución, el facultativo y el paciente— se halle sujeta a supervisiones y correctivos que deben operar con fluidez, competencia, constancia y responsabilidad.

8. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

23. En el ámbito del tratamiento psiquiátrico —especialmente el tratamiento institucional, pero también el doméstico o ambulatorio, en el que toman parte importante los allegados al enfermo— adquieren significado especial el principio de legalidad que debe proyectarse sobre toda forma de detención y el derecho a la seguridad. Hoy día —y desde hace tiempo—, la ley detalla las condiciones para la detención de las personas a partir de una hipótesis de crimen o infracción, y establece los límites y condiciones de la reclusión. Esto forma parte de la legalidad penal, frecuentemente soslayada o distraída.

24. Menos cuidadoso es el régimen destinado a la legitimación del internamiento de enfermos mentales —aun cuando se hayan multiplicado las reglas, principios y declaraciones sobre la materia—, como si la libertad o el cautiverio de éstos, justificados por el tratamiento —noción que se discute en el caso de los presos, pero campea en el de los enfermos—, merecieran menos la tutela del derecho a la libertad personal. Por el contrario, éste sólo podría decaer cuando exista una justificación bastante que lo autorice, anclada precisamente en la ley y no sólo en la opinión o el arbitrio del tratante, el familiar o la autoridad administrativa.

25. Por su condición humana y a despecho de su dolencia, el enfermo mental conserva derechos que sólo es legítimo afectar a través de medidas legalmente previstas y rigurosamente acreditadas, consecuentes con las características del padecimiento y las necesidades del tratamiento, razonables y moderadas en la mayor medida posible, que eviten el sufrimiento y preserven el bienestar. La evolución del delincuente o del menor de edad, que finalmente salieron del imperio de la fuerza —o de la pura benevolencia, en el mejor de los casos— para ingresar en el del derecho y la razón, investidos de facultades exigibles y garantías accesibles, no se ha presentado con la misma diligencia, si acaso alguna, e intensidad, la que ésta sea, en el ámbito de los pacientes psiquiátricos, mucho más expuestos que aquéllos al imperio del custodia y la decisión del profesional.

9. DELEGACIÓN DE SERVICIOS Y RESPONSABILIDAD ESTATAL

26. Los hechos en los que perdió la vida el señor Ximenes Lopes se produjeron mientras se hallaba sujeto a medidas terapéuticas en una institución médica privada que actuaba, en su caso, por delegación del Estado. La observancia del derecho universal a la protección de la salud, que ha ganado amplio terreno en textos nacionales e internacionales, constituye el marco organizativo del sistema de salud, en el que intervienen agentes públicos y privados sobre los que se ejerce, en diverso grado, la supervisión del Estado. A partir de aquí se construyen sendos modelos de tratamiento que atraviesan los diversos espacios del orden administrativo: desde la centralización pública estricta hasta la prestación libre de servicios profesionales.

27. No es mi propósito —ni lo fue el de la Corte en la Sentencia a la que agrego este *Voto*— examinar esos modelos y analizar sus ventajas y desventajas. Es preciso destacar, sin embargo, como lo ha hecho la Sentencia, que cuando el Estado resuelve trasladar a otras manos la prestación de un servicio que naturalmente le corresponde —porque forma parte del acervo de derechos sociales a los que corresponden deberes estatales—, no queda desvinculado en absoluto —es decir, “excluido de su responsabilidad estricta”— de la atención que se brinda a la persona cuyo cuidado confía a un tercero. La encomienda es pública y la relación entre el Estado que delega y el tratante delegado existe en el marco del orden público. El tratante privado sólo es el brazo del Estado para llevar adelante una acción que corresponde a éste y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad; es decir, “responde por ella”, sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también responsan ante el Estado.

28. Es posible distinguir entre la mera supervisión —que no es, sin embargo, distancia total e indiferencia institucional— por parte del Estado con respecto a los entes privados, tanto facultativos como empresas médicas, que actúan sobre los usuarios del servicio (pacientes) con apoyo en una relación de derecho privado, aunque reviste interés público o social; y la responsabilidad material que conserva el Estado cuando interviene, por acuerdo de éste y con él, un ente privado que opera en una relación de derecho público con el Estado del que recibe su encargo, relación que trasciende hacia el usuario del servicio convertido en beneficiario de esa relación.

10. RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

29. En el *Caso Ximenes Lopes*, el Estado demandado reconoció bajo diversos conceptos los hechos que se le atribuían y las características de éstos. Lo hizo mediante explícitas admisiones de hechos y formuló reconocimiento parcial de responsabilidad internacional. Esta actitud del Estado —que tiene repercusiones sustantivas y procesales— fue apreciada por la Corte y forma parte de una creciente corriente de entendimiento que favorece la composición entre las partes. Las dimensiones éticas y jurídicas de este comportamiento procesal ameritan reflexión. Fenómenos semejantes, que la Corte ha valorado, se observaron en el mismo período de sesiones en el que se dictó la resolución sobre este litigio, por lo que respecta a los otros dos casos examinados en julio de 2006: *Caso de las Masacres de Ituango* (Colombia) y *Caso Montero Aranguren* (Venezuela).

Sergio García Ramírez - Juez; Pablo Saavedra Alessandri. Secretario.

VOTO SEPARADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. A través de mi voto vengo a contribuir a la adopción, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Sentencia en el caso *Ximenes Lopes versus Brasil*.

Dada la particular relevancia de la materia examinada por la Corte, me veo en la obligación de dejar consignadas, en el presente Voto Separado, mis reflexiones personales sobre lo tratado por la Corte en esta Sentencia, como fundamento de mi posición al respecto. Lo hago, como ya es costumbre en esta Corte, bajo la impiadosa presión del tiempo, sin haber dispuesto más que de algunas horas para la elaboración y presentación de este Voto. A propósito de lo mencionado, abordaré, en el presente Voto Separado, los siguientes puntos: a) la centralidad del sufrimiento de las víctimas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; b) el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado demandado; c) el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* en la indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana; d) el derecho de acceso a la justicia como derecho a la pronta prestación jurisdiccional; e) la aplicabilidad de los hechos lesivos; y f) la necesidad de ampliación del contenido material del *jus cogens*.

I. La Centralidad Del Sufrimiento De Las Víctimas En El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos.

2. Hay casos de violaciones de derechos humanos que evocan tragedias, revelando la perenne actualidad de estas últimas, como propias de la condición humana. Para recordar dos antecedentes, en mi Voto Separado en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (mérito, Sentencia del 25.11.2000) ante esta Corte, me sobrevino a la mente la célebre tragedia de *Antígona* de Sófocles (párrafos 8-9). En mi Voto Separado en el caso *Bulacio versus Argentina* (mérito y reparaciones, Sentencia del 18.09.2003) me permití hacer referencia a *Ajax* y a *Filocletes* de Sófocles (párrafos 8 y 16), a la desesperación de *Hécuba* de Eurípides (párrafo 22), a *Agamenon* de Esquilo (párrafos 26), y a las *Euménides* (la última obra de la trilogía *Orestíada*) de Esquilo (párrafo 32).

3. El presente caso *Ximenes Lopes versus Brasil* es otro caso que contiene ingredientes trágicos que me hacen recordar inmediatamente las imperecibles y tan actuales tragedias griegas. El recuerdo vino a mi mente, por ejemplo, con la declaración testimonial de la hermana de la víctima (Sra. Irene Ximenes Lopes Miranda), durante la audiencia pública sobre el *cas d'espèce* ante esta Corte, los días 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2005. La mencionada conmovedora declaración de Irene me hizo acordar al personaje *Electra*, tanto de Sófocles como de Eurípides. La *Electra* de Eurípides estaba mucho más orientada hacia la justicia probada (284), mientras que la *Electra* de Sófocles se deja abatir, previamente y en un grado mucho mayor, por el dolor ante el anuncio (aunque falso) de la muerte de su hermano.

4. La *Electra* de Sófocles se descompuso al ver en la urna las cenizas que creía eran de su hermano Orestes (no lo eran), y recordó en desesperación su afecto por él (sin saber que estaba vivo), antes de buscar la justicia privada, como era la práctica habitual en su tiempo. Al tocar dichas cenizas, se lamentó en sollozos:

“(…) Ahora nada es lo que tengo entre mis manos, mientras que radiante en salud, oh hijo, te envié yo fuera de esta casa! Ojalá hubiera dejado yo la vida antes que te enviara a tierra extraña, ocultándote con mis manos y librándote de la muerte! (...) Ahora fuera del hogar y en otra tierra (...) mal acabaste lejos de tu hermana (...). Cuidado por manos extrañas, reducido vuelves a cenizas en reducida vasija! Ay de mí, desdichada, por todos mis inútiles cuidados de antes, que en torno tuyo prodigué con dulce fatiga! (...) Yo era quien te criaba, yo por tí siempre

(284). Eurípides, *Electra and Other Plays*, London, Penguin, 2004 [reed.], pp. 131-174.

llamada 'hermana'. Pero ahora, contigo muerto, se acaba esto en un sólo día, porque todo lo has arrebatado de golpe, como vendaval, al marcharte (...).

(...) Muerte me has dado de seguro, oh hermano! Por ello recíbeme tú en esta tu morada, a mí que nada soy tú que no eres nada, para que contigo habite bajo tierra en lo sucesivo, porque también, cuando estabas en la tierra, contigo participaba de las mismas cosas; por eso ahora deseo morir y no dejar tu tumba, pues no veo que los muertos sufran" (285).

5. La suerte de Irene, hermana de Damião Ximenes Lopes, fue peor que la de *Electra*: ella también se descompuso al tomar conocimiento de que su hermano, que había dejado la casa y había sido puesto bajo el cuidado de la "previsión" social en una casa de "reposo", allí murió, y del mismo modo recordó su afecto por él:

"(...) Como hermana mayor, en cierto modo yo lo cuidaba, (...) lo acompañaba, lo llevaba a mi casa, lo visitaba. (...) Mi relación con él era la mejor posible, más que de hermana, también un poco de madre.

(...) Yo lo vi cuando ya estaba en el cajón, listo para el entierro. (...) Pude observar varias marcas de tortura. (...) Lo habían golpeado. (...)

[Todo esto] me dejó shockeada, quedé aterrorizada, tuve muchas noches de pesadillas (...). Quedé aterrorizada (...). Sentía un dolor en el pecho, pero no un dolor que lastimaba el corazón, un dolor que desgarraba el alma. (...)

[Lo ocurrido] aún hoy tiene efecto, (...) son seis años de desesperación por justicia. (...) Comencé una gran lucha por justicia (...). Tuve tres años de depresión, (...) viajé mucho en la búsqueda de justicia (...)" (286).

6. Irene, decidida y efectivamente, resolvió, al lado de la tumba de su querido hermano, partir con determinación en búsqueda de justicia pública, como es la praxis de su tiempo, de nuestro tiempo, que hasta hoy, con la adopción de la presente Sentencia de la Corte Interamericana, no había encontrado. Como relató ante esta Corte,

"(...) El día del entierro de mi hermano en el cementerio, me arrodillé sobre su cajón y juré que mi alma no se tranquilizaría hasta tanto no hubiese justicia, y ya llevo seis años buscando justicia. (...) Ahora dejé que mi alma se calmara, pero no dejé la muerte de mi hermano impune, yo exijo justicia" (287).

La presente Sentencia de la Corte Interamericana, a ser debidamente cumplida por el Estado brasileño, reivindica su sufrimiento y satisface su sed de justicia. Asimismo, revela la importancia de la jurisdicción internacional en nuestros días.

7. La historia de *Electra* y la de Irene son completamente distintas, ocurridas en épocas separadas por siglos. Sin embargo, tienen en común la tragedia de la condición humana, ante la persistencia de la indiferencia y la crueldad realizadas en el trato de los más vulnerables, así como también la búsqueda desesperada y desesperante de la justicia (antes privada, hoy pública). Develan la insondable presencia de la tragedia en los misterios que rodean a la vida,

(285). Sófocles, *Electra*, Madrid, Ed. Clásicas, 1995 [reed.], pp. 69-70.

(286). Corte Interamericana de Derechos Humanos [CtIDH], *Transcripción de la Audiencia Pública del 30.11.2005 y 01.12.2005 en el caso Caso Ximenes Lopes versus Brasil*, pp. 23 y 27-28.

(287). *Ibid.*, p. 28, y sobre la responsabilidad del Estado, cf. p. 32.

que algunos han buscado simplificar, caracterizándola como destino. El sufrimiento humano continua siendo irremediablemente una triste marca de la condición humana a lo largo de los siglos. Con particular clarividencia, Sófocles advertía, ya en el siglo V a.C., en su *Edipo Rey* (288), que jamás hay que decir que alguien es feliz hasta el momento en que haya traspasado el límite extremo de la vida libre de dolor.

8. Y la evolución de la justicia privada (de los antiguos griegos) a la justicia pública (de los “modernos” y “postmodernos”) parece continuar inacabada, revistiéndose de un carácter ritualista, contaminada por la erosión y la “tercerización” de los servicios públicos y por una justicia meramente formalista. A lo cual se agrega la lamentable transformación de bienes públicos como la salud y la educación en mercaderías. Damião Ximenes Lopes tuvo una muerte violenta al ser confiado a la “previsión” social pública y al ser confinado en una casa de “reposito”, la de Guararapes.

9. La muerte violenta del indefenso Damião, que buscaba tratamiento médico, tuvo un efecto devastador en la vida, no sólo de su hermana Irene, sino también de todos los familiares inmediatos. De acuerdo con el relato de Irene ante la Corte, el hermano mellizo de Damião, Cosme, en virtud de la proximidad con el hermano victimado, “entró en estado de shock” al enterarse del fallecimiento de Damião. Inclusive, — agregó Irene— “hasta hoy Cosme no conoce los detalles de la tortura y de la violencia; nosotros los omitimos porque ello le causaría mucho sufrimiento y queríamos preservar su salud” (289). En otras palabras, fue debidamente preservado de la verdad, lo cual se muestra en determinadas circunstancias necesario, porque la tragedia del conocimiento de la condición humana puede, a veces, tornarse insoportable, principalmente para los más vulnerables o sensibles.

10. La vida de la madre se vio “completamente arruinada”, está siempre recordando la muerte de su hijo Damião, “está deprimida hasta hoy y declara que desea morir” (290). La madre y el padre ya estaban separados, pero habían conservado los lazos familiares de afecto con los hijos; el padre, preso de un “gran sufrimiento” y “deseo de venganza” por la muerte de Damião, buscó “ayuda espiritual” en una iglesia evangélica, lo cual “lo amenizó” (291). El sufrimiento humano tiene, además, una dimensión intergeneracional, pasando de padres a hijos – como advertido en el libro del Génesis, que pronostica que todos los humanos serán conocedores del bien y del mal (3,5).

11. Las sombras de la existencia humana son retomadas en el libro de Job, donde los opresores dan sus órdenes marcadas por la violencia a los oprimidos (24.2-4.9 y 24.5-8.10-12ab). Al momento de la muerte de Damião, su hermana Irene tenía una hija recién nacida que, como consecuencia de lo ocurrido, dejó de ser amamantada; como señaló Irene ante esta Corte, “debido al shock emocional, pasé semanas sin alimentarla, y mis pechos no producían leche; mi hija se quedó sin alimento natural, tuvo que tomar alimento artificial” (292). El sufrimiento humano pasa de generación en generación, desde el comienzo hasta el fin de la vida. Como ya lo advertía el *Eclesiastés*:

“no hay quien consuele las lágrimas de los oprimidos; nadie los apoya contra la violencia de sus opresores” (4,1).

(288). En la penetrante frase final - versos 1529-1530.

(289). [CtIADH], *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), p. 27.

(290). *Ibid.*, p. 28.

(291). *Ibid.*, pp. 28.

(292). *Ibid.*, p. [9].

12. Sófocles bien lo intuyó, en los coros tanto de *Antígona* como de *Edipo Rey*: el primero afirmó que

“Thrice happy are they who have
never known disaster!

Once a house is shaken of heaven, disaster
Never leaves it, from generation to generation. (...)
Then pray no more; from suffering that has been
Decreed no man will ever find escape” (293).

Y el segundo indagó:

“Has any man won for himself
More than the shadow of happiness,
A shadow that swiftly fades away?” (294).

13. Como señaló Edgar Morin en el siglo XX, la propia historia de la cultura humana se yergue sobre actos de crueldad, sin que haya un solo testimonio de la cultura que no lo sea igualmente de actos de barbarie (295). Lo cual lo llevó a agregar que

“Como la propia vida, el hombre se desenvuelve en el azar, contiene el azar en si mismo, está hecho para encontrarse con el azar, combatirlo, domesticarlo, escapar a él, fecundarlo, jugar con él, correr el riesgo que supone, aprovechar las oportunidades...

(...) La vida está siempre al borde del desastre. La muerte está en el universo físico-químico en el que la vida corre constantemente el riesgo de perecer, pero en el que se ha formado, tejido, desarrollado. La muerte está en la indeterminación micro-física, pero indeterminación que al mismo tiempo está en la fuente de las mutaciones y las creaciones, de toda creación. La mutación, fuente de la muerte, es también fuente de la vida. Lo desordenado, ese caos subterráneo y permanente, es a la vez lo que crea y lo que destruye.

(...) La muerte, para el hombre, está en el tejido del mundo, de su ser, de su espíritu, de su pasado, de su futuro”.

14. Sin embargo, a pesar de estar privado de felicidad y abandonado al ocaso (como el Sr. Damião Ximenes Lopes, en el presente caso ante esta Corte, quien, confiado a la “previsión” social en una casa de “reposo”, allí encontró la muerte violenta), el ser humano no puede abandonar la lucha por la justicia, mientras mantenga la capacidad de indignación. De otro modo, estará privado no sólo de la felicidad, sino también de la búsqueda del sentido de la vida, aunque tan breve y efímera. Otra lección que puede extraerse de *Electra* (y también, agregó, de la reacción de Irene Ximenes Lopes), es que “la vida es mucho más cómoda cuando se somete a

(293). Versos 584-587 y 1335-1337.

(294). Versos 1189-1191. - Textos in: Sophocles, *Antigone - Oedipus the King, Electra*, Oxford, University Press, 1998 [reed. Oxford World's Classics].

(295). E. Morin, *El Hombre y la Muerte* (1970), 4a. ed., Barcelona, Ed. Kairós, 2003 [reed.], p. 53.

las peores injusticias y si se olvida de que son injusticias” (296). Sí, se vuelve más cómoda, pero también completamente sin sentido. De allí la inevitabilidad del sufrimiento ante la crueldad humana.

15. En mi *Tratado de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, me tomo la libertad de destacar precisamente la proyección del sufrimiento humano en el tiempo y la *centralidad de las víctimas* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como allí afirmo, *inter alia*, con respecto a ese punto,

“El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al orientarse esencialmente a la condición de las víctimas, ha contribuido en gran medida a restituirles la posición central que hoy ocupan en el mundo del Derecho, —lo cual tiene su razón de ser. La centralidad de las víctimas en el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, insuficientemente analizada por la doctrina jurídica contemporánea hasta la actualidad, tiene gran relevancia y acarrea consecuencias prácticas. En realidad, es de la propia esencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dado que es en la protección extendida a las víctimas que este último alcanza su plenitud. Pero el *rationale* de su normativa de protección no se agota en el amparo extendido a las personas ya victimadas. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por su propia existencia, universalmente reconocida en nuestros días, protege a los seres humanos también mediante la prevención de la victimización. El alcance de su *corpus juris* debe ser, entonces, apreciado también de ese punto de vista. (...)”

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos contribuye, así, decisivamente, al proceso de *humanización* del Derecho Internacional (297). El tratamiento dado a los seres humanos por parte del poder público ya no es algo extraño al Derecho Internacional. Muy por el contrario, es lo que dice al respecto de éste, porque los derechos de los que son titulares todos los seres humanos emanan directamente del Derecho Internacional. Los individuos son, efectivamente, sujetos de derecho tanto interno como internacional. Y ocupan una posición central en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sean o no víctimas de violaciones de sus derechos internacionalmente consagrados” (298).

II. El Reconocimiento de Responsabilidad Internacional del Estado Demandado.

16. En lo referente a las consideraciones previas de la presente Sentencia sobre el caso *Ximenes Lopes*, no debe pasar desapercibido que la Corte Interamericana valoró el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte del Estado demandado como “una contribución positiva para el desarrollo de este proceso y para la vigencia de los principios que inspiran a la Convención Americana en el Brasil” (par. 80), en particular en lo que se refiere al reconocimiento de la violación de los artículos 4 y 5 de la Convención (pars. 119 y 122). Con ello cesó la controversia con respecto a determinados actos del caso concreto, aunque la Corte naturalmente no se hubiese eximido de proceder, como correspondía, a su propia valoración de los hechos.

(296). Simone Weil, *La Fuente Griega*, Madrid, Ed. Trotta, 2005 [reed.], p. 66.

(297). Como señalamos reiteradamente en nuestros Votos Separados en Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como, *inter alia*, en los casos “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (Reparaciones, 2001), *Blake versus Guatemala* (Mérito, 1998, y Reparaciones, 1999), *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Mérito, 2000, y Reparaciones, 2002), así como también en nuestro Voto Concurrente en el Dictamen de la Corte Interamericana sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Ámbito de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999).

(298). A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 434-436, párrafos 48 y 50.

17. Además, como se desprende de la audiencia pública ante esta Corte del 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2005, las partes intervinientes demostraron un espíritu constructivo y de cooperación procesal, además de celo y profesionalismo en el envío de documentación a la Corte y en la presentación de sus respectivos argumentos orales. Ello posibilitó que la Corte cumpliera con el deber de prestación jurisdiccional efectiva dentro de un plazo razonable bajo la Convención americana, —en contraste con lo ocurrido en el plano del derecho interno,— lo cual destaca la relevancia de la jurisdicción internacional.

18. Con respecto a la correcta resolución por esta Corte de la cuestión de la excepción preliminar interpuesta por el Estado demandado, no veo la necesidad de reiterar íntegramente mi Voto Concurrente en la anterior Sentencia del 30.11.2005 en el presente caso *Ximenes Lopes*, sino sólo su último párrafo, en el cual, con respecto a la necesidad de una reflexión más profunda sobre el perfeccionamiento de los procedimientos bajo la Convención Americana y sobre una mejor aclaración del rol reservado a la Comisión bajo la Convención, afirmé:

“Mi posición al respecto es clarísima, y se encuentra registrada en el *Proyecto de Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que presenté en nombre de la Corte Interamericana, a los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2001 (299), que consagra el acceso directo de la persona humana a la justicia internacional, la jurisdicción automáticamente obligatoria de la Corte Interamericana, la jurisdiccionalización del sistema interamericano de protección, y la retención, en el ámbito de éste último, en la actualidad, del rol de fiscal de la Comisión Interamericana” (par. 3).

III. El Derecho de Acceso a la Justicia *Lato Sensu* en la Indisociabilidad entre los Artículos 25 y 8 de la Convención Americana.

19. A continuación, me tomo la libertad de retomar aquí una de las cuestiones centrales examinadas por la Corte en la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes* (y tratada en su *jurisprudence constante*, y en numerosos Votos que he emitido en casos contenciosos sometidos al conocimiento de este Tribunal), es decir, la del acceso a la justicia *lato sensu*, consustanciado en la indisociabilidad — que hace años afirmo en el seno de esta Corte — entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana. Al respecto, en su reciente y extenso Voto Separado en el caso *Massacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia del 31.01.2006), abordé, siguiendo una secuencia lógica, el amplio alcance del deber general de garantía (artículo 1.1 de la Convención Americana) y las obligaciones *erga omnes* de protección (pars. 2-13), el génesis, la ontología y la hermenéutica de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (pars. 14-21), la irrelevancia de alegar dificultades de derecho interno (pars. 22-23), el derecho a un recurso efectivo en la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana (pars. 24-27); inmediatamente, examiné la indisociabilidad entre el acceso a la justicia (derecho a un recurso efectivo) y las garantías del debido proceso legal (artículos 25 y 8 de la Convención Americana) (pars. 28-34), y concluí que dicha indisociabilidad consagrada en la *jurisprudence constante* de la Corte hasta el presente (pars. 35-43), constituye “un patrimonio jurídico del sistema interamericano de protección y de los pueblos de nuestra región”, razón por la cual me opongo firmemente a cualquier tentativa de desconstruirlo” (par. 33).

(299). A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 1-1015.

20. En el mismo Voto Separado del caso *Massacre de Pueblo Bello*, sostuve la mencionada indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana como un “avance jurisprudencial intangible” (pars. 44-52) (300). Luego abordé el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, observando que

“En los *Informes* que presenté, como entonces Presidente de la Corte Interamericana, ante los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), e.g., los días 19.04.2002 y 16.10.2002, sostuve mi entendimiento en el sentido del amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional, del derecho de acceso a la justicia *lato sensu* (301). Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino que comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes (302). El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia *realización* de la justicia.

Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). Como me permití señalar en una obra reciente, podemos aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico — a niveles tanto nacional como internacional — que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana” (303) (párrs. 61-62).

21. Finalmente, en el mismo Voto Separado del caso *Massacre de Pueblo Bello*, me permití reiterar mi entendimiento en el sentido de que *el derecho al Derecho* constituye un “imperativo del *jus cogens*”:

“La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (*supra*) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la *plena realización* de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados *conjuntamente*. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario (304), tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquier circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección (305).

(300). En el mismo Voto Razonado, también me referí a la superación de las vicisitudes en cuanto al derecho a un recurso efectivo en la construcción jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos (párrs. 53-59).

(301). Cf. también A.A. Cançado Trindade, “El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 53-83; A.A. Cançado Trindade, “Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 13-52.

(302). En ese sentido, cf. E.A. Alkema, “Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View”, in *Afmaelisrit þór Vilhjálmsón*, Reykjavík, Bókautgafa Orators, 2000, pp. 21-37.

(303). A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2002, cap. XX, p. 524, párr. 187.

(304). E.g., artículo 75 del Protocolo I (de 1977) a las Convenciones de Ginebra (de 1949) sobre Derecho Internacional Humanitario.

(305). Cf., también en ese sentido, e.g., M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en Droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 97, 145, 148, 161 y 241.

Posteriormente a su histórica Opinión Consultiva N° 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados* de 2003, la Corte ya podía y debería haber dado este otro salto cualitativo adelante en su jurisprudencia. Me atrevo a alimentar la esperanza de que la Corte lo hará lo más pronto posible, si realmente sigue adelante en su jurisprudencia de vanguardia, — en lugar de intentar frenarla, — y amplíe el avance logrado con fundamentación y coraje por su referida Opinión Consultiva N° 18 en la línea de la continua expansión del contenido material del *jus cogens*” (párrs. 64-65).

22. Para mi particular satisfacción, la Corte Interamericana, en la presente Sentencia sobre el caso *Ximenes Lopes*, se mantuvo fiel, por unanimidad, a su mejor *jurisprudence constante* al respecto, reiterando con la mayor claridad su entendimiento de la ineluctable indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana, tal como se desprende inequívocamente del párrafo 191 de la presente Sentencia, al señalar que “el recurso efectivo del artículo 25 debe tramitarse de acuerdo con las normas del debido proceso legal establecidas en el artículo 8 de la Convención”. Además, la Corte recordó que la responsabilidad internacional del Estado por la violación de normas internacionales es distinta de su responsabilidad en el derecho interno (par. 193).

23. Paralelamente a la posición asumida por la Corte al respecto, no puedo dejar de mencionar que, en respuesta a las preguntas que les formulé en la audiencia pública ante esta Corte de los días 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2005, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como los representantes de la víctima y sus familiares expresaron que la mejor hermenéutica de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana es la que efectiva y necesariamente los vincula. La CIDH se pronunció en defensa del “conjunto integrado del debido proceso y tutela judicial efectiva del artículo 8.1 y del artículo 25” de la Convención (306), y los mencionados representantes afirmaron en el mismo sentido que “la lectura más clara de esa normativa dentro del sistema interamericano sería la de que los dos artículos deberían ser analizados en conjunto, incluso porque eso es precisamente lo que hace la mayoría de la jurisprudencia de esta Honorable Corte” (307).

IV. El Derecho de Acceso a la Justicia como Derecho a la Pronta Prestación Jurisdiccional.

24. El derecho de acceso a la justicia *lato sensu* presupone el entendimiento de que se trata del derecho a la pronta prestación jurisdiccional. Su fiel observancia no se constató en el presente caso *Ximenes Lopes*, como se desprende claramente de los propios hechos. Por ejemplo, el 27.03.2000, el representante del Ministerio Público presentó una denuncia penal en la Circunscripción de Sobral contra cuatro personas que supuestamente habían incurrido en las penas del Código Penal brasileño (artículo 136.2) por el delito de maltrato, resultando en la muerte de la víctima (Sr. Damião Ximenes Lopes). Dos meses después, los fiscales del Centro de Apoyo Operativo de los Grupos Socialmente Discriminados de la Procuraduría General de Justicia manifestaban al Fiscal que actuaba en la causa que la ampliación de la denuncia constituía una “imposición institucional y legal”; pese a lo que antecede, sólo el 22.09.2003, al presentarse los alegatos finales, la Fiscalía amplió la denuncia para incluir a otras dos personas.

25. La morosidad en la tramitación de la ampliación de denuncia se prolongó aún más, dado que ésta llegó a manos del Juez de la Circunscripción de Sobral recién el 17.06.2004. Al

(306). CtADH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), p. 125.

(307). *Ibid.*, p. 126.

recibirla, buscó justificar su propio retraso por el “volumen de trabajo propio de la 3ª Nominación de la Circunscripción de Sobral”, además del goce de “30 días de vacaciones”, sumados a “60 días de licencia médica”. O sea, la ampliación de denuncia sólo se recibió 8 meses y 25 días después de haber sido presentada. En esa oportunidad, el mencionado Juez ordenó la citación de los nuevos acusados y la intimación “*con máxima urgencia*” del asistente de acusación y de los abogados de la defensa para la presentación de sus alegatos finales. O sea, la así llamada “máxima urgencia” lo era para los demás, y no para sí mismo, constituyendo un retrato del ritual de la “justicia” del derecho interno no sólo del Estado demandado ante esta Corte, sino también de tantos otros Estados en distintas latitudes. En aquel momento, el proceso penal del *cas d’espèce* llevaba más de 4 años y 2 meses sin que siquiera se hubiese dictado sentencia de primera instancia.

26. En la audiencia pública del 30 de noviembre y del 1º de diciembre ante esta Corte Interamericana sobre el presente caso, les recordé a las partes intervinientes el deber estatal de “prestación jurisdiccional y efectiva dentro de un plazo razonable” bajo la Convención Americana, y señalé la necesidad urgente — como un problema no sólo brasileño, sino de todos los países — de “capacitación de los jueces en materia de derechos humanos, que en este caso fue patente, tanto en esta audiencia como en el examen del expediente del mismo” (308). Me permito aquí recordar una advertencia, en la misma línea de pensamiento, formulada hace una década y media en un Seminario histórico y pionero, de movilización nacional con respecto a la adhesión del Brasil a la Convención Americana y a los dos Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; en esa oportunidad, el emérito Profesor Washington Peluso Albino de Souza, al referirse a la “sistemática de organización del poder judicial” orientada a la “carrera” y al tipo de “formación” ofrecida por las Facultades de Derecho, con particular lucidez a lo largo de los debates sostuvo que:

“Raramente se infunde la necesidad de penetración de la realidad para el conocimiento del Derecho. Se practica el método dogmático formando jueces legalistas por convicción. Entonces, si la ley es alienada de la realidad, la consecuente sentencia no puede dejar de serlo. De esta forma se concreta, con plena seguridad profesional, la injusticia en nombre del Derecho. De ahí el descrédito del ciudadano en la justicia en nuestro país, con adagios comunes, como el de que “es mejor un mal acuerdo que una buena demanda” (309).

V. La Aplicabilidad Directa de la Convención Americana en el Derecho Interno y las Garantías de No Repetición de Hechos Lesivos.

27. Felizmente hoy los *justiciables* en el Estado demandado también cuentan con la jurisdicción internacional, para la reivindicación de sus derechos. Tal como señalé en mi discurso de apertura del año judicial de la Corte Europea de Derechos Humanos de 2004, — como invitado de esta última para la mencionada ceremonia en Estrasburgo, — los dos tribunales internacionales de derechos humanos han hecho notables avances en la realización de justicia internacional, de la *perspectiva correcta*, a saber, *la de los justiciables* (310). Ambos contribuyeron

(308). CtIADH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), pp. 123-124.

(309). Cit. in: A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras* (Actas del Seminario de Brasília de 1991), Brasília/San José de Costa Rica, IIDH/F.-Naumann-Stiftung, 1992, p. 170 (intervención del Prof. Washington P. Albino de Souza).

(310). A.A. Cançado Trindade, “Le développement du Droit international des droits de l’homme à travers l’activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme”, 16 *Revue universelle des droits de l’homme* (2004) n. 5-8, pp. 177-180; A.A. Cançado Trindade, “The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, 25 *Human Rights*

decisivamente a la emancipación del ser humano frente a su propio Estado, al establecimiento de un nuevo paradigma en el presente ámbito de protección internacional, y a la *humanización del Derecho Internacional* (311).

28. En un párrafo lapidario de la presente Sentencia, acerca de las medidas de satisfacción de los victimados y de las garantías de no repetición de hechos lesivos (como medidas de reparación no pecuniaria), la Corte advierte que

“el Estado debe garantizar que en un plazo razonable el proceso interno tendiente a investigar y sancionar a los responsables por los hechos de este caso surta sus debidos efectos, dando aplicabilidad directa en el derecho interno a la normativa de protección de la Convención Americana” (párrafo 244).

29. En la mencionada audiencia pública, en el presente caso, del 30 de noviembre y 1º de diciembre ante esta Corte, en respuesta a una de las preguntas que me permití formular sobre las actuales perspectivas generales al respecto, uno de los testigos expresó que “los constitucionalistas más justos se muestran extremadamente pesimistas con relación al resultado de lo que pueda ocurrir del punto de petrificación del poder judicial brasileño” (312). Mi pregunta tenía en mente el nuevo párrafo 3 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña (313). No es mi objetivo aquí examinar dicho dispositivo (tampoco lo merece), sino referirme a él del punto de vista de la Convención Americana, como derecho aplicable al *cas d'espèce*.

30. Esta nueva disposición busca otorgar, de forma poco feliz, *status* constitucional, en el ámbito del derecho interno brasileño, sólo a los tratados de derechos humanos que sean aprobados por una mayoría de 3/5 de los miembros tanto de la Cámara de Diputados como del Senado Federal (pasando así a ser equivalentes a enmiendas constitucionales). Mal concebido, mal redactado y mal formulado, representa un lamentable retroceso con relación al modelo abierto consagrado por el párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal de 1988, que resultó de una propuesta de mi autoría para la Asamblea Nacional Constituyente, como ha sido históricamente documentado (314). En lo referente a los tratados anteriormente aprobados, crea un *imbroglio* muy a gusto de los publicistas estatocéntricos, insensibles a las necesidades de protección del ser humano; con respecto a los tratados por aprobar, genera la posibilidad de una diferenciación muy a gusto de publicistas autistas y miopes, tan poco familiarizados, — así como los parlamentarios que les prestan oídos, — con las conquistas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Law Journal (2004) n. 5-8, pp. 157-160. Y, para un estudio más amplio, cf. A.A. Cançado Trindade, “Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (eds. G. Cohen-Jonathan y J.-F. Flauss), Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2005, pp. 101-138.

(311). A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.

(312). CtADH, *Transcripción de la Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), p. 98 (declaración del Sr. João Alfredo Teles Melo).

(313). Consonante con la enmienda constitucional Nº 45, del 08.12.2004.

(314). Para un recuento circunstanciado del párrafo 2 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña, con las correspondientes referencias a las fuentes documentológicas, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 597-643; A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília (Ed. Humanidades), 2000, pp. 1-214; G.R. Bandeira Galindo, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2002; Sílvia M. da Silveira Loureiro, *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2005.

31. Este retroceso provinciano pone en riesgo la interrelación o indivisibilidad de los derechos protegidos en el Estado demandado (previstos en los tratados que lo vinculan), amenazándolos de fragmentación o atomización, a favor de los excesos de un formalismo y hermetismo jurídicos contaminados por el oscurantismo. La nueva disposición es vista con complacencia y simpatía por los así llamados “constitucionalistas internacionalistas”, que se embanderan en jusinternacionalistas sin llegar a serlo ni de lejos, dado que sólo consiguen vislumbrar el sistema jurídico internacional a través de la óptica de la Constitución Nacional. Ni siquiera está demostrada la constitucionalidad del lamentable párrafo 3 del artículo 5, sin que sea mi intención pronunciarme aquí al respecto; lo que sí afirmo en el presente Voto, —tal como lo afirmé en la conferencia que di el 31/3/2006 en el auditorio repleto del Supremo Tribunal de Justicia (STJ) en Brasilia, al final de las audiencias públicas ante esta Corte que tuvieron lugar en la histórica Sesión Externa de la misma recientemente realizada en el Brasil,— es que, en la medida en que el nuevo párrafo 3 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña abre la posibilidad de restricciones indebidas en la aplicabilidad directa de la normativa de protección de determinados tratados de derechos humanos en el derecho interno brasileño (pudiendo incluso inviabilizarla), éste se muestra *abiertamente incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículos 1.1, 2 y 29).

32. Del punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y de la normativa de la Convención Americana en particular, el nuevo párrafo 3 del artículo 5 de la Constitución Federal brasileña no pasa de una lamentable aberración jurídica. El grave retroceso que representa revela, una vez más, que la lucha por la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el plano nacional como internacional, no tiene fin, como en el perenne recomenzar inmortalizado por el mito de Sísifo. Al bajar la montaña para volver a empujar la roca hacia arriba, se toma *consciencia de la condición humana*, y de la tragedia que la circunda (como lo ilustrado por las historias de *Electra* y de Irene Ximenes Lopes Miranda).

33. Pero hay que seguir luchando, inclusive para que la justicia pública reaccione inmediatamente y *ex officio* ante la comisión del ilícito y la victimización, y no movida por el aparente contragusto y a duras penas por los familiares de las víctimas. Hay que seguir luchando, porque, en realidad, no queda otra alternativa:

“Sisyphé, revenant vers son rocher, contemple cette suite d’actions sans lien qui devient son destin, créé par lui, uni sous le regard de sa mémoire et bientôt scellé par sa mort. (...) Sisyphé enseigne la fidélité supérieure qui (...) soulève les rochers. (...) La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un coeur d’homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux” (315).

34. Los triunfalistas de la reciente inserción del párrafo 3 en el artículo 5 de la Constitución Federal brasileña, rehenes de un derecho formalista y olvidados del Derecho material, no parecen darse cuenta de que, del punto de vista del Derecho Internacional, un tratado como la Convención Americana ratificado por un Estado lo vincula *ipso jure*, aplicándose de inmediato y directamente, haya éste obtenido aprobación parlamentaria previa por mayoría simple o calificada. Tales disposiciones de orden interno,— o, menos todavía, de *interna corporis*, —son simples *hechos* del punto de vista del ordenamiento jurídico internacional, o sea, son, del punto de vista jurídico internacional y de la responsabilidad internacional del Estado, enteramente irrelevantes.

(315). A. Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, p. 168.

35. La responsabilidad internacional del Estado por violaciones comprobadas de derechos humanos permanece intangible, independientemente de los malabarismos pseudo-jurídicos de ciertos publicistas (como la creación de distintas modalidades de aprobación parlamentaria previa de determinados tratados con pretendidas consecuencias jurídicas, la previsión de requisitos previos para la aplicabilidad directa de tratados humanitarios en el derecho interno, entre otros), que no hacen más que ofrecer subterfugios vacíos a los Estados para intentar librarse de sus compromisos de protección del ser humano en el ámbito de lo contencioso internacional de los derechos humanos. En definitiva, la protección internacional de los derechos humanos constituye una conquista humana irreversible, y no se dejará vencer por melancólicos accidentes del recorrido del género.

36. Como vivimos en un mundo surrealista, si no irracional, ya me había tomado la libertad, en el *Memorial* que presenté en el panel inaugural de la *III Conferencia Nacional de Derechos Humanos* en el Congreso Nacional en Brasilia en mayo de 1998, de formular una advertencia contra eventuales y futuras enmiendas constitucionales restrictivas. Transcurrida más de media década, fue lo que exacta y lamentablemente acaba de ocurrir. El formalismo jurídico vacío prevaleció sobre la identidad de propósito entre el derecho público interno y el derecho internacional en lo referente a la protección integral de los derechos inherentes a la persona humana. En mi premonición de 1998, así me referí a los riesgos de futuras restricciones a lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Constitución Federal de 1988:

“Modificarlo para adaptarlo —mejor dicho, aprisionarlo— a la tesis hermenéutica y positivista de la “constitucionalización” de los tratados, implicaría, a mi modo de ver, un retroceso conceptual en nuestro país en este particular. Hay que ir más allá de la “constitucionalización” estática de los tratados de derechos humanos. Aquí, nuevamente, se impone un cambio fundamental de mentalidad, una mejor comprensión de la materia. No se puede seguir pensando dentro de categorías y esquemas jurídicos construidos hace varias décadas, ante la realidad de un mundo que ya no existe” (316).

37. La garantía de no repetición de violaciones a los derechos humanos, determinada por la Sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Ximenes Lopes* (párrafo 246, *supra*), pasa necesariamente por la educación y capacitación en materia de derechos humanos. En mi mencionada intervención de 1998 en el Congreso Nacional en Brasilia, agregué que la “nueva mentalidad” que propugnaba “tendrá que manifestarse con mayor fuerza,” —enfaticé,— “en el seno de una sociedad más integrada y teñida de un fuerte sentimiento de solidaridad humana, sin la cual poco logra avanzar el Derecho” (317). De ahí la relevancia de la educación, formal y no formal, en materia de derechos humanos; en este aspecto, se vuelven esenciales la difusión y el mejor conocimiento de la jurisprudencia protectora de los derechos de la persona humana de la Corte Interamericana, cuya aplicabilidad directa se impone en el derecho interno de los Estados Partes.

VI. La Necesidad de Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*.

38. En la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, la Corte Interamericana advirtió que el derecho a la integridad personal, consagrado en la Convención Americana, tiene por “finalidad principal” la “prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crue-

(316). A.A. Cançado Trindade, “Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional”, 51 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1998) pp. 90-91.

(317). *Ibid.*, p. 94.

les, inhumanos o degradantes”, sin que se admita, por lo tanto, suspensión en “circunstancia alguna” (par. 126). La Corte ya lo había advertido en su Sentencia (del 18.08.2000) en el caso *Cantoral Benavides versus Perú* (pars. 95-96). En otras palabras, la mencionada prohibición recae en el ámbito del *jus cogens*.

39. El hecho de que la víctima directa del presente caso fuera portadora de una deficiencia mental (el primer caso del género ante la Corte) lo reviste de *circunstancia agravante*. En la presente Sentencia, la Corte reconoce la “protección legal” que requieren las personas particularmente vulnerables, portadoras de deficiencia mental, — como el Sr. Damião Ximenes Lopes, víctima fatal en el *cas d’espèce* (pars. 103-105), — y advierte que

“(…) La vulnerabilidad intrínseca de las personas con deficiencias mentales se agrava por el alto grado de intimidación que caracteriza a los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que vuelve a estas personas más susceptibles a tratamientos abusivos cuando se las somete a internación” (par. 106).

40. Las obligaciones de protección, —más aún en una situación de alta vulnerabilidad de la víctima como la presente,— se revisten del *carácter erga omnes* (par. 85), abarcando también las relaciones interindividuales, teniendo presente el deber del Estado de prevención y de debido cuidado, principalmente con relación a personas que se encuentran a su cuidado. La salud pública es un bien público, no una mercadería. En mis numerosos escritos y Votos en el seno de esta Corte, vengo expresando hace muchos años mi entendimiento en el sentido de que todas las obligaciones convencionales de protección están revestidas de un carácter *erga omnes*. Me resulta particularmente difícil escapar de la impresión que me asalta en el sentido de que durante todo ese tiempo tal vez haya escrito y continúe escribiendo para los pájaros...

41. Habría apreciado que la Corte se hubiese esmerado más en la fundamentación de sus propios *obiter dicta* al respecto, pero no hubo tiempo para ello, en virtud del ritmo innecesariamente casi frenético que últimamente se ha impuesto a si misma —contra mi opinión— para tomar decisiones en tiempo record. Como he manifestado reiteradamente a la mayoría de la Corte, me opongo a sacrificar la fundamentación completa y cabal de sus sentencias para dar prioridad a la productividad. Reitero aquí mi entender de que no me considero “agente de producción” (ni tampoco “recurso humano”), y no puedo aceptar que el máximo valor de un Tribunal Internacional sea la productividad, como consecuencia de las deficiencias crónicas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la asignación de recursos para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

42. La Corte podría y debería haber dedicado más tiempo a la fundamentación de la antes mencionada prohibición de *jus cogens*, tal como venía haciéndolo hasta la emisión de su trascendental Opinión N° 18 de 2003 (cf. *infra*). Al tratarse del primer caso ante esta Corte sobre portadores de deficiencias mentales (par. 123), podría y debería haber profundizado más al respecto. Es preciso recordar que un gran legado de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), — de la cual participé del primero al último minuto, e inclusive en su proceso de preparación,— residió en el conocimiento de la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con las condiciones de vida de la población en todas partes, y en especial de sus segmentos más vulnerables (318).

(318). A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2a. ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 39, 91-100 y 242-251.

43. Ahora bien, las personas portadoras de deficiencias (más de 600 millones de personas, o sea, aproximadamente el 10% de la población mundial) integran estos segmentos más vulnerables de la población, y con relación a ellas el principio básico de la igualdad y la no discriminación asume trascendental importancia (319). La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Personas Portadoras de Deficiencias de 1999 otorga especial relevancia a este principio, repetidamente invocado tanto en su preámbulo (320) como en su parte operativa (artículos I(2)(a) y (b), II, III(1), IV(1), V(2) y VI(1) y (5)). Sin embargo, en la presente Sentencia, la Corte se refiere a él de un modo, en mi opinión, sólo oblicuo e insatisfactorio (par. 105), cuando, en su propia jurisprudencia, hay elementos preciosos que podrían haber fortalecido su fundamentación.

44. Así, en su pionera e histórica Opinión Consultiva N° 18 sobre el *Status Jurídico y Derechos de los Inmigrantes Indocumentados* (del 17/09/2003), internacionalmente aclamada y adelantada en su tiempo, la Corte afirma con acierto que el mencionado principio de la igualdad y no discriminación

“impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.

(...) Este Tribunal considera que el principio de igualdad (...) y no-discriminación pertenece al *jus cogens* (...). Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona (...).

(...) El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (pars. 100-101 y 106).

45. Sobre este punto, me tomé el trabajo de emitir, en la antes mencionada Opinión Consultiva N° 18, un extenso Voto Concurrente (pars. 1-89), en defensa de la ampliación del contenido material del *jus cogens* y del amplio alcance de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección. Esta ha sido invariablemente mi posición en el seno de esta Corte, como lo prueban mis Votos Separados en los casos *Massacre de Mapiripán versus Colombia* (Sentencia del 15.09.2005, pars. 25-29 del Voto), *Acosta Calderón versus Ecuador* (Sentencia del 24.06.2005, par. 7 del Voto), *Yatama versus Nicaragua* (Sentencia del 23.06.2005, pars. 6-8 del Voto), *Comunidad Moiwana versus Surinam* (Sentencia del 15.06.2005, par. 30 del Voto), *Caesar versus Trinidad y Tobago* (Sentencia del 11.03.2005, pars. 85-92 del Voto), *Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (mérito, Sentencia del 29.04.2004, pars. 29-33 del Voto; y reparaciones, Sentencia del 19.11.2004, pars. 5-6 del Voto), *Tibi versus Ecuador* (Sentencia del 07.09.2004, pars. 26-35 del Voto), *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (Sentencia del 08.07.2004, pars. 37-44 del Voto), *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Sentencia del 25.11.2003, par. 29 del Voto), *Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago* (excepciones preliminares, Sentencias del 01.09.2001, par. 38 de los Votos; y mérito, Sentencia del 21.06.2002, par. 16 del

(319). Cf., e.g., G. Quinn y T. Degener *et alii*, *Derechos Humanos y Discapacidad - Uso Actual y Posibilidades Futuras de los Instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Contexto de la Discapacidad*, N.Y./Ginebra, Naciones Unidas (doc. HR/PUB/02/1), 2002, pp. 1-202.

(320). *Consideranda* 1, 3 y 5.

Voto), *Trujillo Oroza versus Bolivia* (Sentencia del 27.02.2002, par. 18 del Voto), “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales y Otros*) *versus Guatemala* (reparaciones, Sentencia del 26.05.2001, par. 36 del Voto), *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentencia del 25.11.2000, par. 27 del Voto), *Las Palmeras versus Colombia* (excepciones preliminares, Sentencia del 04.02.2000, par. 6 del Voto); y *Blake versus Guatemala* (excepciones preliminares, Sentencia del 02.07.1996, pars. 11 y 14 del Voto; y mérito, Sentencia del 24.01.1998, pars. 23-30 del Voto; y reparaciones, Sentencia del 22.01.1999, par. 39-42 del Voto); y, además de eso, según lo corroborado en mis Votos Concurrentes en los casos *Maritza Urrutia versus Guatemala* (Sentencia del 27.11.2003, par. 5-10 del Voto), *Barrios Altos versus Perú* (Sentencia del 14.03.2001, par. 11 del Voto), así como también por mi Voto Disidente en el caso *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (excepciones preliminares, Sentencia del 23.11.2004, pars. 32 y 39-43), más otros numerosos Votos míos en medidas cautelares de protección ordenadas por esta Corte (321).

46. Entonces pienso que la Corte podría y debería haberse apoyado en su jurisprudencia más avanzada sobre la materia en análisis en la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes*. Tal vez lo habría hecho se hubiera dado más tiempo para deliberar. Como dice el famoso adagio, la prisa es enemiga de la perfección. Inclusive, hasta principios de 2004 la Corte Interamericana venía siendo uno de los tribunales internacionales que más estaba contribuyendo para la evolución del contenido material del *jus cogens*, seguida por el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia. Por alguna razón que escapa a mi comprensión, últimamente parece haberse refrenado en su construcción doctrinario-jurisprudencial al respecto.

47. En mi opinión, en la presente Sentencia del caso *Ximenes Lopes*, al determinar las violaciones no sólo de los artículos 4 y 5 de la Convención (reconocidas por el propio Estado), sino también de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, debería haber ido más allá con respecto a estos últimos, extendiendo el dominio del *jus cogens* también al derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, estando allí comprendidas las garantías del debido proceso legal. En ese sentido me he pronunciado en el seno de esta Corte en los últimos dos años, por ejemplo, *inter alia*, de lo fundamentado en mis Votos Separados en los casos *López Álvarez versus Honduras* (Sentencia del 01.02.2006, pars. 53-55 del Voto), *Massacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia del 31.01.2006, pars. 63-65 del Voto), *Baldeón García versus Perú* (Sentencia del 06.04.2006, par. 10 del Voto), y *Comunidad Indígena Sawhoymaxa versus Paraguay* (Sentencia del 29.03.2006, par. 36 del Voto). Espero que la Corte tenga el valor de dar en breve este nuevo salto cualitativo en su construcción jurisprudencial, ya que no lo hizo en la presente Sentencia en el caso *Ximenes Lopes*. A partir del día en que lo haga —espero que lo antes posible— estará contribuyendo para que se vuelva más difícil repetir historias como las de *Electra* e Irene en medio de la impunidad.

Antônio Augusto Cançado Trindade – Juez; Pablo Saavedra Alessandri — Secretario.

(321). Casos *Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM versus Brasil* (del 30.11.2005, pars. 24-26 de mi Voto Concurrente); *Prisiones de Mendoza versus Argentina* (del 18.06.2005, pars. 7-20 de mi Voto Concurrente); *Pueblo Indígena de Sarayaku versus Ecuador* (del 06.07.2004, par. 8 de mi Voto Concurrente; y del 17.06.2005, pars. 20-26 de mi Voto Concurrente); *Comunidades de Jiguamiandó y de Curbaradó versus Colombia* (del 15.03.2005, pars. 8-10 de mi Voto Concurrente); *Comunidad de Paz de San José de Apartadó versus Colombia* (del 15.03.2005, pars. 8-10 de mi Voto Concurrente); *Emisora de Televisión 'Globovisión' versus Venezuela* (del 04.09.2004, par. 13 de mi Voto Concurrente); *Prisión de Urso Branco versus Brasil* (del 07.07.2004, par. 8 de mi Voto Concurrente); y *Pueblo Indígena Kankuamo versus Colombia* (del 05.07.2004, par. 10 de mi Voto Concurrente).

CONSTITUCION NACIONAL Y CONSTITUCIONES PROVINCIALES
—DERECHO A LA SALUD—

Constitución Nacional

Arts: Preámbulo, 14, 16, 18, 19, 28, 29, 33, 41, 42, 75, incs. 2º, 22 (322) y 23
Y concordantes.

Provincia de Buenos Aires

Arts.: 28 (Medio ambiente).
36, inc. 5º (Discapacidad).
36, inc. 8º (Salud).
38 (Consumidores y usuarios).
Y concordantes.

Provincia de Catamarca

Arts.: 64 (Salud).
65, inc. VI (Discapitados).
Y concordantes.

Provincia de Córdoba

Arts.: 19 (Derechos personales).
38 (Deberes de toda persona).
44 (Resguardo de la salud física y moral del interno).
59 (Salud como bien).
66 (Medio ambiente y calidad de vida).
186 (Competencia material).
Y concordantes.

Provincia del Chaco

Arts.: Preámbulo.
36 (Salud).
38 (Ecología y ambiente).
Y concordantes.

Provincia del Chubut

Arts.: 18 inc. 2º (Protección de la salud).
72 (Política de Salud).
73 (Inversión en salud).
109 (Medio ambiente - Integridad).
Y concordantes.

(322) **Nota de Secretaría:** Al respecto ver los Instrumentos Internacionales en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pto 2. Ver pág. 207 de este suplemento.

Provincia de Entre Ríos

Arts.: 19 (Salud).
20 (Derechos sexuales y reproductivos).
21 (Discapacidad).
240 incs. 14 y 21 a) (Competencia municipal).
Y concordantes.

Provincia de Formosa

Arts.: 38 (Medio ambiente).
74 (Derecho a la protección de la salud de los consumidores y usuarios de servicios).
72 (Derechos de las personas con capacidades diferentes).
80 (Reconocimiento de la salud).
81 (Medios para la práctica de la atención primaria de la salud).
Y concordantes.

Provincia de Jujuy

Arts.: Preámbulo.
21 (Derecho a la salud).
22 (Medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado).
43 incs. 4º y 5º (Deberes de la persona).
48 (Protección a los discapacitados).
69 y 70 (Salud pública).
Y concordantes.

Provincia de La Rioja

Arts.: 38 (Protección del discapacitado).
50 (Derechos a la protección de la salud de los consumidores y usuarios).
57 (Derecho a la salud).
Y concordantes.

Provincia de Misiones

Arts.: 37 inc. 2º (Protección al incapaz).
39 (Salud).
Y concordantes.

Provincia del Neuquén

Arts.: 36 (Salud reproductiva y sexual).
50 (Desarrollo e integración de los discapacitados).
55 (Derechos a la protección de la salud de los consumidores y usuarios).
134 (Salud).
135 (Mejoramiento de la salud).
136 (Coordinación con los municipios).
Y concordantes.

Provincia de Río Negro

Arts.: Preámbulo.
30 (Derechos a la protección de la salud de los consumidores y usuarios).
36 (Discapacitados).
46 (Medio ambiente).
Y concordantes.

Provincia de Salta

Arts.: 30 (Protección del Medio ambiente).

31 (Derechos a la protección de la salud de los consumidores y usuarios).

36 (Discapacitados).

41 (Derecho a la salud).

42 (Planes de salud).

Y concordantes.

Provincia de San Juan

Arts.: 56 (Protección de discapacitados).

58 (Medio ambiente).

61 (Derecho a la salud).

Y concordantes.

Provincia de San Luis

Arts.: Preámbulo.

47 (Medio ambiente).

52 (Discapacitados).

57 (Régimen de salud).

Y concordantes.

Provincia de Santa Cruz

Arts.: 57 (Salud pública).

73 (Medio ambiente).

104 inc. 4º (Deberes del Poder Legislativo).

150 inc. 8º (Atribuciones del Municipio).

Y concordantes.

Provincia de Santa Fe

Art.. 19 (Tutela de la salud).

Y concordantes.

Provincia de Santiago del Estero

Arts.: 16 inc. 2º (Derechos individuales a la protección de la salud).

21 a 26 (Derechos sociales de la salud).

33 (Personas con necesidades especiales).

35 (Medio ambiente).

Y concordantes.

Provincia de Tierra del Fuego

Arts.: 14 inc. 2º (Derecho de toda persona a la salud).

25 (Medio ambiente).

31, inc. 9º (Deberes de cuidar la salud como bien social).

53 (Salud).

173 inc. 8ª, ap, a) (Competencia).

Y concordantes.

Provincia de Tucumán

Arts.: 40 inc. 5º (Protección de los discapacitados).

41 (Medio ambiente).

146 (Salud).

Y concordantes.

Secretaría de Jurisprudencia

Secretaria de Jurisprudencia: Dra. Susana Graciela Cayuso

Sector Jurisprudencia

Dra. Silvina M. Oubel.

Dra. Alejandra Sicardi.

Dra. Victoria Nano.

Sra. María Cipriota.

Dra. María Luján Perazzo.

Dra. Ana María Kloster.

Dra. María Eugenia Slaibe.

Dra. Mariana Messuti.

Dra. Celeste E. Ballón Patti.

Dra. Estefanía Martinoli Uriondo.

Sra. María Laura Arrigo.

Srta. Soledad Blanco.

Sector Coherencia

Dr. Guillermo E. Terán.

Dra. María Ofelia Iglesia.

Dra. María Sofía Sagües.

Dra. Silvina Vocos Quiroga.

Dr. Enrique Arnoux Narvaja.

Sector Confrontaciones y Copias

Sra. María Cecilia Horton.

Sra. Sandra Di Falco.

Sra. Clara Sicardi.

Sra. María Isabel Munilla Lacasa.

Srta. Luana Ribeiro.

Sr. Ludovico Somoza.

Srta. Edith Ernestina Paz.

