Poder Judicial de la Nación
JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 12
2769/2015
O.C., B. c/ INCUCAI Y OTRO s/AMPARO DE SALUD
Buenos Aires, 12 de julio de 2016.-
VISTOS Y CONSIDERANDO:
I.A fs. 1/19 se presenta el menor de edad O.C., B., de nacionalidad
boliviana, por derecho propio, con patrocinio letrado de las abogadas
integrantes del Programa Abogados por los Pibes, perteneciente a la
Asociación Civil Amanecer Grupo Casa Taller en los términos del art. 27 inc. c) de la ley 26.061, e interpone la presente acción de amparo
prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional y la ley 16.986, contra el E.N.-Ministerio de Salud-Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI), con el objeto de que se lo inscriba en la lista de espera para trasplante de órganos, pese a su carácter de extranjero no residente permanente.
Relata que en septiembre de 2014 comenzó con los síntomas de
su enfermedad y que fue internado en la Clínica Niño Jesús de la Ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), de la cual es oriundo, en la que se le diagnosticó “Síndrome de Budd Chiari” y ante la imposibilidad de que se le realizara en dicho país un trasplante hepático, se le recomendó a su familia su traslado a esta Ciudad.
Agrega que el 16/04/2015 fue internado en la guardia del Hospital
Garrahan, en el cual se confirmó su diagnóstico y luego de varios tratamientos para evitar el trasplante, los cuales resultaron infructuosos, el día 2/05/2015 presentó un cuadro de shock de probable origen séptico y fue internado en terapia intensiva, en la que se observó un agravamiento de su insuficiencia hepática. Expresa que durante dicha internación, el Hospital solicitó su incorporación en la lista de espera para trasplante, la que fue denegada por el INCUCAI en atención a la carencia de residencia permanente. Cuenta que el 15/05/2015 sufrió una nueva internación en terapia intensiva por causa de una descompensación hemodinámica severa, con riesgo de vida.
Explica que dadas las características antropométricas no se le
puede realizar un trasplante hepático con donante vivo. Destaca que tiene 14 años de edad, que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, ya que su estado de salud no le permite desarrollar plenamente su adolescencia.
Indica que el derecho a la vida no admite fronteras, es un derecho
humano.
Sostiene que lo dispuesto en la resolución 342/2009 conculca el
derecho a la vida y a la salud, así como su dignidad. Destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar tales derechos mediante acciones positivas y a tal fin, invoca jurisprudencia aplicable en la especie.
Por su parte, indica que la negativa a incorporarlo en la lista de
espera para trasplante de órganos por su condición de extranjero, vulnera las disposiciones de Tratados Internacionales, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), tales como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y
Culturales, la Convención Americana de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de Derechos del Hombre así como los que garantizan el derecho a la salud sin discriminación y principalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño.
Acompaña los informes médicos y ofrece prueba.
En dicho contexto, solicita el dictado de una medida cautelar.
II. A fs. 37 se confiere vista el Ministerio Público de la Defensa,
quien asumió la representación del menor, en los términos de la presentación de fs. 38/41.
En dicha oportunidad, destaca las obligaciones reforzadas que
ostentan los estados con los niños y niñas con discapacidad (art. 7 de la
C.D.P.D.) y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del
Niño.
Peticiona se declare la inconstitucionalidad del art. 1º de la
resolución INCUCAI nro. 342/2009, por resultar discriminatoria al tener en
cuenta el “origen nacional” para su goce y aplicación.
III. A fs. 42/43, se ordena, como medida previa y en los términos
del art. 4º inc. 19 de la ley 26.854, que la demandada acreditara la
inclusión del menor accionante en la lista de espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos y que produzca el informe previsto en el art. 4º de la citada ley.
A fs. 49/50 y mediante la nota nro. 126/2015 la Coordinadora de
Asuntos Jurídicos del INCUCAI informa que se ha inscripto en la lista de espera hepática al menor, aún sin cumplir con los requisitos previstos en la resolución nro. 342/2009, en los términos ordenados.
Con posterioridad y luego de producido el informe por el organismo
de aplicación, se hace lugar a la medida cautelar peticionada, la que no
fue cuestionada por la autoridad demandada (fs. 80/82).
IV.A fs. 87/95 el E.N.-Min. de Salud, en representación y defensa
del INCUCAI, contesta el informe del art. 8º de la ley 16.986.
Destaca que en la Argentina se verifica una escasez de órganos,
lo que ha generado una brecha entre éstos y el número creciente de
pacientes en lista de espera, lo que –según destaca- se traduce en una
importante tasa de mortalidad de personas que en el país se encuentran
a la espera de un trasplante.
Sostiene que la resolución INCUCAI nro. 342/2009 ha sido dictada
en el marco de los procedimientos establecidos, cumpliendo con todas las
instancias previas y requisitos vigentes y, como tal, regula la inscripción
de pacientes extranjeros en las listas de espera para la asignación de
órganos cadavéricos, garantizando las condiciones de equidad y justicia
para no alterar la accesibilidad al trasplante de los habitantes de nuestro
país. Explica que la citada resolución ha surgido de una evaluación de la
normativa que reguló la incorporación de pacientes extranjeros en el país
durante más de cinco años (resolución 085/2004) y se ha basado en
informes que daban cuenta del notable incremento de trasplantes a
personas que ingresaban al país a ese sólo efecto; como así también de
las unánimes declaraciones internacionales y la opinión de Bioética del
organismo, todas ellas condenando el turismo de trasplante, práctica que –según afirma- promueve la iniquidad, la exclusión, la injusticia social y torna vulnerable los derechos humanos de los receptores nacionales.
Dice que la normativa ha sido dictada en sintonía con las
previsiones constitucionales, los tratados internacionales y la ley de Migraciones nro. 25.871 e insiste –con fundamento- en las recomendaciones internacionales, que cita, tendientes a incorporar, en los marcos regulatorios nacionales, normas que contribuyan a la erradicación del turismo de trasplante, el tráfico de órganos y la búsqueda de beneficios económicos con partes el cuerpo humano, así como también, el desarrollo de políticas que permitan el fortalecimiento de las “Principio de Efectividad” ordena a los organismos estatales a “...adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley” (art. 29).
XII. Por su parte, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -aprobada por la Argentina mediante ley
26.378- se establece que los Estados Partes tomarán "todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas", debiendo tenerse especial consideración por la protección del interés superior del niño (art. 7°, aps. 1 y 2).
XII. En el contexto descripto de derechos y garantías reconocidos y
tutelados de manera especial –tanto en los Tratados Internaciones citados como en la legislación nacional aplicable en la especie-, y considerando la obligación que pesa tanto sobre las autoridades administrativas como las judiciales de velar por el interés superior del niño (quien es este caso particular, también pose certificado de discapacidad emitido por la autoridad local atento la enfermedad hepática que padece), no cabe más que concluir que -en atención a su estado de salud que dan cuenta los informes médicos producidos en autos- no procede su exclusión de la lista de espera de órganos cadavéricos en las condiciones previstas en el art. 1º de la resolución INCUCAI nro. 342/2009, por ser un extranjero sin residencia permanente; sino que –por su particular condición-corresponde estar a las excepciones contempladas por la propia resolución en el art. 5º. Es que, la C.S.J.N. tiene dicho que “...Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que "manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, "A Theory of Justice", 1971, Harvard College)" (confr. Q.,C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” fallado el 24/04/2012).
En consecuencia y de conformidad con lo dictaminado por la Sra.
Fiscal Federal a fs. 120/125, corresponde hacer lugar al amparo interpuesto y ordenar la inclusión definitiva del menor accionante en la lista de espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos que al efecto lleva el INCUCAI en los términos del art. 5º de la resolución nro. 342/2009.
Por las razones que anteceden FALLO:1º)
Hacer lugar al amparo interpuesto y ordenar a la autoridad
demandada
la inclusión definitiva del menor accionante en la lista de
espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos.
2º) Las costas de esta instancia son a cargo de la vencida (art. 14
de la ley 16.986 y 68 del C.P.C.C.N.).
Teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida, así como
la calidad, eficacia y extensión de los trabajos desarrollados, de cara al resultado obtenido, regúlanse los honorarios de las Dras. xxxxyxxxx, letradas patrocinantes del actor , en la suma de pesos cinco mil ($ 5.000.-) a cada una de ellas (conf. artículos 6, 36 y ccdtes. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432).
El importe del Impuesto al Valor Agregado integra las costas del
juicio y deberá adicionarse a los honorarios cuando el profesional acreedor revista la calidad de responsable inscripto en dicho tributo (conf.Sala II in re: “Beccar Varela Emilio – Lobos Rafael Marcelo c/ Colegio Público de Abogados” del 16 de julio de 1996).
Para el caso de que el profesional no haya denunciado la calidad
que inviste frente al IVA, el plazo para el pago del tributo sobre el
honorario regulado, correrá a partir de la fecha en que lo haga. Regístrese, notifíquese a las partes y a la Defensora Pública Oficial en su público despacho. Oportunamente, archívese.

Firmado por: MACARENA MARRA GIMENEZ, JUEZ