



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, 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





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

FEDERAL 12

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 del cuerpo humano, así como también, el desarrollo de políticas que permitan el fortalecimiento de las



capacidades nacionales para abordar, con eficacia y eficiencia, la donación y trasplante de células, tejidos y órganos.

Argumenta que la citada resolución no proscribire la inscripción de extranjeros en las listas de espera de órganos y tejidos sino que regula su inclusión, garantizando las condiciones de justicia que no alteren la accesibilidad al trasplante de los habitantes de nuestro país, independientemente de su nacionalidad.

Asimismo, explica el sistema de puntaje MELD/PELD, vigente desde el año 2005, y señala que se utiliza en la Argentina para la asignación de hígados de donantes cadavéricos para trasplante, con el objetivo de ubicar a los pacientes en función de su gravedad y riesgo de mortalidad durante la espera de un órgano, a través de la escala numérica que varía de 6 a 50. Indica que se trata de un índice "pronóstico" utilizado para valorar la gravedad de la cirrosis hepática, que se correlaciona con la mortalidad en lista de espera a tres meses y que se utiliza para priorizar a los pacientes, ya que su determinación no está condicionada por valoraciones subjetivas. Añade que el incremento de puntaje refleja la mayor gravedad de la situación clínica del sujeto.

Destaca que en el actor se encuentra inscripto en la lista de espera en atención a la medida ordenada en autos y que, conforme el cuadro clínico, el paciente no está en una situación de urgencia que amerite la excepcionalidad a la normativa vigente, oportunamente peticionada, toda vez que un puntaje menor a 15 (como en el caso), no constituye una situación clínica de urgencia para trasplante hepático.

V. A fs. 107 se ordenó el informe al Hospital Garrahan ofrecido por la parte actora, a efectos de que informara el estado de salud actual del niño, el que fue cumplido a fs. 112/114.

A fs. 120/125 dictamina la Sra. Fiscal Federal y propician que se declare inaplicable en autos lo normado en el art. 1º de la resolución nro. INCUCAI 342/2009 y se ordene inscribir al menor en la lista de espera para asignación de órganos cadavéricos.

VI. Cabe recordar que el art. 43 de la Constitución Nacional establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad





Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 12**

o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley.

Se trata de un remedio procesal excepcional, sólo utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías legales aptas, pelagra la salvaguardia de derechos fundamentales, requiriéndose para su apertura circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad o ilegalidad manifiestas que configuren la existencia de un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta acción urgente y expedita (*Fallos* 297:93; 298:329; 299:185; 300:200 y 1231; 306:1253).

El instituto en examen supone la necesidad urgente de restablecer derechos esenciales afectados, por lo que requiere una decisión más o menos inmediata. De ahí que se vea desvirtuada por la introducción de cuestiones cuya dilucidación requiere un debate más amplio y no alcanza con aceptar elementos de juicio necesariamente parciales en virtud de la limitación de posibilidades probatorias del proceso y que, además, ponen de manifiesto la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, calificación ésta que, por definición, es la que no requiere ser demostrada por pruebas extrínsecas (confr. Sala II in re: “Schiaffino, Adolfo c/ E.N. – DENAA- s/amparo ley 16.986” del 13-11-12).

La admisibilidad de la acción prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional no exige el agotamiento de la vía administrativa, sino que la existencia de medios judiciales más idóneos, descarta la vía expedita y rápida, salvo que la existencia y el empleo de los remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía.

Y, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otras vías judiciales 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 305:307, 311:208; 3320:1339 y 2711).

VII. Sentado lo expuesto, cabe indicar que la Dirección Científica Técnica del INCUCAI informó, en su oportunidad y ante su requerimiento, al Hospital Juan P. Garrahan –mediante la nota 36/2015, cuya copia obra a fs. 11- en referencia a la solicitud de ingreso a la lista de espera hepática para el paciente O.C., B. de nacionalidad boliviana, que de



acuerdo a lo establecido en la **resolución INCUCAI nro. 342/2009 art. 1º** “...únicamente podrán inscribirse en la lista de espera para la asignación de órganos y/o tejidos cadavéricos, aquellos extranjeros que revistan el carácter de “residentes permanentes”, formalmente otorgado por la Dirección Nacional de Migraciones y que no se encuentren incluidos en las listas de espera de su país de origen”.

Es dable subrayar que la regulación adoptada por el organismo de aplicación tuvo en cuenta las distintas declaraciones de organismos especializados -a los que hizo referencia en los considerandos de la resolución-, con el objeto de “...conseguir la autosuficiencia en la donación de órganos suministrando un número suficiente de órganos procedentes del país a residentes que lo necesiten o a través de la cooperación regional, destacando, además, que el tratamiento de pacientes que no pertenecen al país o jurisdicción se puede aceptar exclusivamente si no perjudica la capacidad de un país de ofrecer servicios e trasplante a su propia población”. Añadió que “...la inscripción de extranjeros en la lista de espera para la asignación de órganos y tejidos proveniente de donantes cadavéricos, debía circunscribirse a aquéllos que residan en forma permanente en el país, respetando preceptos constitucionales, tratados internacionales y lo normado en la ley de Migraciones Nº 25.871”

VII. Por su parte, de las constancias acompañadas surge que el menor, de nacionalidad boliviana, nacido el 17/01/2001, padece síndrome de BUDD Chiari, con indicación de trasplante hepático (vide. informe médico del Hospital J.P. Garrahan).

Asimismo, la Directora Asociada de Atención al Paciente del mentado hospital, informó al departamento de Restitución Internacional y Asistencia letrada del Consejo de Derechos de Niños, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que el paciente “...presentó episodios de descompensación severa, que puso en riesgo su vida, que requirieron internación en U.T.I., por este motivo se envía por segunda vez una nota a la Dirección Científico Técnica del INCUCAI, solicitando autorización para trasplante..” (cvonfr. Copia a fs. 13).

A fs. 138 obra el “certificado de discapacidad” otorgado por el Ministerio de Salud de C.A.B.A. por insuficiencia hepática y a fs. 141 consta la residencia precaria concedida con fecha 20/05/2015.





Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 12**

Finalmente, del informe obrante a fs. 133/134 del Cirujano infantil del mencionado hospital se informa "...paciente de 15 años., oriundo de Bolivia, con Sd de Budd Chiari y anticoagulante lupico circulante...con indicación de trasplante hepático debido a persistencia de fallo de síntesis hepática en lista del INCUCAI con MELD 16. Se rechazó pedido de asignación de puntaje adicional por vía de excepción...".

VIII. Sobre el tema en debate, es dable recordar en primer término que con relación al **derecho a la salud**, la C.S.J.N. tiene dicho que está íntimamente relacionado con el **derecho a la vida**, siendo este 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 (Fallos: 329:4918).

La tutela de este derecho es una manda consagrada por la Constitución Nacional, y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema; art. 12, inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1 de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; inc. 1°, del arto 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; como así también el arto XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Fallos: 330:4647, y causa CSJ 670/2006 (42-S)/CS1 "Sánchez, Elvira Norma c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro", sentencia del 15 de mayo de 2007).

El **derecho a la salud**, íntimamente relacionado con el **derecho a la vida**, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831;



310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, 338: 779).

IX. En el caso particular, no es posible soslayar que el derecho involucrado en autos atañe a **una persona menor de edad (niño) con discapacidad**, que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, así lo indicara la C.S.J.N. 000721/2007(43-A)/CSI recurso de hecho Asociación Civil para la Defensa en el ámbito federal e internacional de derechos c/I.N.S.S.J.P.", sentencia del 10 de febrero de 2015).

X. En tal sentido, cabe recordar la mediante la **Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849)**, aplicable respecto de "...todo ser humano menor de dieciocho años de edad..." (art. 1º), los Estados partes "...respetarán los derechos enunciados...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, sus padres o de sus representantes legales" (art. 2º, primera parte.).

Mediante su suscripción los Estados partes "...reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y...garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño" (art. 6º).

A ello se agrega que los Estados reconocen que "...el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad" así como su derecho a recibir cuidados especiales, comprometiéndose los estados a alentar y asegurar, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él" (art. 23). Asimismo, se hace expreso reconocimiento del derecho - del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la





Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 12**

rehabilitación de la salud (art. 24) y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27 .1).

Por último, en su art. 3º la Convención marca como principio rector que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

XI. En el plano nacional, la **ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes** establece que "Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño" (art. 1º, 2do. Párrafo). Agrega que "La convención sobre los Derechos del Niños es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad..." y que los derechos y garantías de los sujetos alcanzados "...son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles" (art. 2º, "aplicación obligatoria").

Entre los "Principios, Derechos y Garantías" (Título II), prevé –en primer término- el "derecho a la vida", afirmando que "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida" (art. 8º).

En punto al "Derecho a la Salud", dispone –en lo que aquí interesa- que "Toda institución de salud atenderá prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes...", previendo que todos ellos "...tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de su salud" (art. 14).

Asimismo, regula expresamente el "Principio de igualdad y no Discriminación", al disponer que sus disposiciones se aplicarán "...por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niños, sus padres o de sus representantes legales" (art. 28). Y, bajo el



“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. 7º, 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).





Poder Judicial de la Nación

**JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
FEDERAL 12**

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, regúlense los honorarios de las Dras. Luisina Lomonte y Ana María Corbalán, 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.

