

Expte. “Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Ciudad de Buenos Aires”, sentencia de fecha 3/7/2002.

Voces: Acción de amparo. Asistencia médica. Derecho a la salud. Hospital. Responsabilidad del Estado.

1ª Instancia. - Buenos Aires, julio 3 de 2002.

Considerando:: I) A fs. 1/18 se presenta el doctor G. P. en su carácter de apoderado de la Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, promoviendo acción de amparo prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires a efectos que se arbitren los medios conducentes a hacer cesar la actitud omisiva y lesiva al desarrollo de la actividad laboral de los profesionales médicos gremialmente representados por la actora que desarrollan su actividad en el Hospital General de Agudos Teodoro Alvarez, en condiciones de seguridad que aventen el riesgo legal de incurrir o ser imputados de mala praxis médica, y el derecho a la preservación de la salud y a un adecuado y oportuno diagnóstico y tratamiento de los usuarios del servicio de salud del referido nosocomio.

Señala que la actitud omisiva y lesiva indicada se refiere a la omisión en que ha incurrido el Gobierno demandado, al no arbitrar los medios conducentes a la rehabilitación del normal funcionamiento del área de histopatología del Hospital General de Agudos Teodoro Alvarez.

Funda su pretensión en el derecho a la preservación de la salud derivado del derecho primario y fundamental a la vida, el que señala reconocido tácitamente en la Constitución Nacional y expresamente reconocido por el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y por el art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires.

Argumenta que la entidad gremial de la que es apoderado tiene legitimación activa para iniciar el presente proceso, señalando que se trata de una Asociación Profesional regida por la ley 23.551, con personería gremial otorgada, que según su Estatuto cumple como fines la defensa de la Salud Pública, la defensa de los intereses gremiales que engloba la responsabilidad médica, el trabajo médico y la ética profesional.

Relata que hasta el mes de agosto de 1998, el Hospital General de Agudos Teodoro Alvarez ha contado con tres empleados histotécnicos.

Que a partir de esa fecha, en razón del fallecimiento de uno de estos empleados y del pase de servicios por razones de salud del otro, el área de Histotecnólogos, vio reducido su plantel de los tres empleados habituales a uno solo.

Agrega que hasta el mes de octubre de 2001, la Asociación Cooperadora del Hospital Alvarez brindaba al servicio un apoyo técnico extrahospitalario. Luego a partir de esa fecha, cuando el Gobierno de la Ciudad no permitió más la recaudación de la Cooperadora, la ayuda brindada por ésta se vio restringida hasta cancelarse finalmente.

Sostiene que en razón de los hechos detallados, actualmente la situación dentro del hospital se ha tornado francamente crítica, lo que se agrava como consecuencia de la crisis por la que atraviesa el país, en virtud que mucha gente que en tiempos mejores pudo utilizar servicios privados de salud, se ve obligada hoy a recurrir al hospital público.

Explica que la función del técnico en histología está dada por la preparación, reconocimiento y orientación para el diagnóstico microscópico de las muestras que han sido extraídas a los pacientes (biopsias). En este sentido puntualiza, de acuerdo a lo que surge del acta notarial que acompaña, que la labor específica consiste en sacar del procesador mecánico, retirar los tacos que han hecho los médicos patólogos, luego lo incluyen para dar lugar al taco de parafina, se procede con los cortes, hay que desparafinarlos en una estufa, se tiene que colorear en una batería, una vez montado en el vidrio y coloreado lo tienen que colocar por encima el cubre objeto, numerarlo con lápiz de diamante correlativo con el número que ya tiene.

Una vez realizado ese procedimiento, señala, se entrega el taco al médico patólogo para el examen microscópico, que tiende al reconocimiento de la patología del paciente, ya sea de carácter maligno o no, para su posterior derivación al profesional médico encargado de la realización del diagnóstico y tratamiento para el restablecimiento o curación del paciente.

Agrega que por los fines que persigue el análisis histotécnico corresponde que aquél se realice en tiempo oportuno y hábil.

Siguiendo en el relato de los hechos, señala que hay trescientos noventa y cuatro pacientes cuyos estudios se encuentran pendientes de procesamiento por parte de histotécnicos. Agrega que, el número de tacos pendientes, son de setecientos treinta y uno, puesto que un paciente tiene más de un taco.

Señala que el 90% de los 394 protocolos médicos, se registran plazos de demora superiores a los médicamente recomendables para obtener un diagnóstico realizado en tiempo hábil y oportuno (que serían de 7 a 12 días) y que más del 70% registran un atraso cercano o superior a un mes y medio de solicitado.

Argumenta sobre los derechos que se encontrarían conculcados y sobre la procedencia de la acción y el rol de los jueces.

Acompaña prueba documental y ofrece prueba testimonial que se produce a fs. 538/551; informativa al Hospital General de Agudos Teodoro Alvarez e informativa ofrecida, que no se produce y que a criterio del tribunal resultan inconducentes para la resolución del presente caso.

II) A fs. 519/528, se presenta la demandada y contesta demanda, en virtud de lo dispuesto en el art. 8° de la ley 16.986.

Luego de realizar una negativa pormenorizada de las cuestiones y hechos alegados por la actora, señala los siguientes razonamientos que, a su entender, tornan inadmisibles la presente acción de amparo: a) que atento la designación de la agente Cristina Pasaron, para cubrir el cargo de histotécnico, la cuestión debatida en autos devino abstracta; b) que no existe omisión manifiestamente ilegítima por parte de la demandada, en razón que no existe una norma que le imponga al órgano administrativo, el deber jurídico de designar en un cargo a un agente; c) que no existe derechos subjetivos lesionados; y, d) que no se acreditó la ineptitud de las vías o remedios judiciales o administrativos ordinarios.

Argumenta la demandada sobre el sistema de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expresando que la salud no se asegura por las prestaciones individuales que se realizan en un único hospital, puesto que la Ciudad cuenta con treinta y tres hospitales, trece de ellos son Generales de Agudos y el resto especializados; debiéndose agregar a ese número centros asistenciales, centros de salud y centros médicos barriales.

Señala que la ciudad cuenta con una Red de Anatomía Patológica y que existen diferentes variantes para asegurar el derecho a la salud.

Expresa que la actora no puede atribuirse la defensa de los intereses de la comunidad y en lo atinente a la mala praxis, señala que el médico cubre su responsabilidad al emitir la orden para los análisis y su asentamiento efectivo en la historia clínica.

Por último, reflexiona acerca de la división de poderes y los actos de administración del ejecutivo.

III) Para resolver la cautela que también se requirió con el escrito de inicio, como medida para mejor proveer, me constituí en el Hospital de Agudos, Teodoro Alvarez, el 7 de marzo de 2002. (ver fs. 486)

IV) En primer lugar trataré el agravio de la existencia de otras vías para la pretensión que esgrime la actora.

Considero que la apreciación de la existencia de otras vías necesariamente está vinculado a la idea que éstas resulten idóneas para la defensa de los derechos constitucionales que peligran y que requieren una respuesta del órgano judicial.

Por ello y en atención a los derechos que se sostienen peligran -la salud del universo de personas que se atienden en el hospital-, y la circunstancia que se invoca -excesiva demora en el análisis de biopsias de setecientos treinta y un tacos de trescientos noventa y cuatro pacientes- y en atención a que tal como fue constatado por este tribunal al constituirse en el hospital, éste contaba al iniciarse esta acción con sólo un personal histotécnico, constituyen a mi entender razón suficiente para sostener que la acción de amparo resulta la vía más idónea para el análisis de la protección que se requiere.

En este sentido, Calogero Pizzolo en cita de Miguel Angel Ekmekdjian, señala que "la existencia de 'vías paralelas' no puede ser obstáculo a la procedencia del amparo, si la utilización de ellas trajera aparejada una frustración a los derechos presuntamente lesionados o bien un daño grave e irreparable...la existencia de vías paralelas no justifica el rechazo del amparo, dado el carácter sumario y expeditivo de éste, cuyo objetivo es justamente la reparación inmediata del derecho lesionado" (autor citado en "Revista Argentina de Derecho Constitucional", N° 3 -Año II-2001, Ediar, mayo 2001, en artículo "La exigencia de un recurso 'eficaz, sencillo y breve' en el bloque de constitucionalidad federal", p. 105/106, en cita de Ekmekdjian, "Tratado de derecho constitucional", Depalma, Buenos Aires, t. IV, p. 51)

V) En cuanto a que el presente amparo ha devenido en abstracto, cabe referir, que mediante Resolución del Subsecretario de Servicios de Salud N° 350 del 21 de marzo de 2002 se estableció la comisión de servicios de la agente Cristina Pasaron, procedente del hospital Muñiz, para que se desempeñe por el término de un mes, los días jueves, en el Hospital Teodoro Alvarez.

Luego por Resolución del Secretario de Salud N° 437 del 26 de abril de 2002, se estableció el pase en comisión de servicio del Dr. Juan Giongrande y la agente Haydeé Paderne, por el término de un año, a partir del 2 de mayo de 2002.

Considero que estas comisiones de servicio por tiempo determinado, no resuelven el tema de fondo planteado; cuales son las necesidades operativas del hospital de Agudos -Servicio de Patología-, que determinan para una correcta prestación de servicios de salud por parte del Estado local, contar con los cuadros suficientes para la detección y posterior tratamiento de sus pacientes.

En ese entendimiento, este tribunal dictó una medida cautelar innovativa hasta que se dicte sentencia definitiva en esta causa.

Por lo expuesto considero que las designaciones en comisión por el término de un año, no

resuelven el fondo de la cuestión. Más aún, la única histotécnica que en la actualidad presta funciones en las dependencias del mencionado hospital, no podría usufructuar licencias ordinarias o extraordinarias, puesto que al término del plazo fijado para el desempeño del profesional designado recientemente, no existiría otro histotécnico que la reemplace en su labor. Qué cabría entonces exigirle a los pacientes?, que esperen los resultados de una biopsia, de la que puede depender su vida, hasta tanto la histotécnica se reincorpore a su trabajo?, o cabría exigirle a ella que no tiene derecho como agente del Estado local a un tiempo de descanso legalmente reconocido porque no tiene reemplazante? El análisis de la situación, desde diferentes perspectivas (laborales, salud, responsabilidad médica) desemboca siempre en la necesidad de arbitrar mecanismos, no solamente normalizadores temporalmente para la resolución del presente caso, sino que eviten problemas futuros; cuando el proceso normalizador culmine.

VI) En cuanto a la argumentación de la demandada que no existen en el caso derechos subjetivos vulnerados de la amparista, cabe argumentar que la legitimación activa en el amparo no circunscribe a la protección de los denominados derechos subjetivos.

En efecto, hace tiempo que se viene gestando y materializando en reformas legislativas, el reconocimiento de la ampliación de la legitimación activa. La realidad impuso al derecho una vez más, la revisión de sus conceptos y la admisión de los llamados derechos de incidencia colectiva.

Recordemos que antes de la reforma constitucional de 1994, aunque los derechos de incidencia colectiva no encontraban una explícita recepción en su texto, el art. 33 del Texto Fundamental, pudo haberse considerado la llave de acceso para la ampliación a otra generación de derechos distintos a los previstos expresamente por el constituyente en 1853.

En este período, la ampliación de la legitimación activa a personas distintas a los afectados directos reconoce, en nuestra doctrina judicial algunos casos aislados de tribunales de primera instancia. Cabe recordar en este sentido la causa "Kattan Alberto y otro c. Poder Ejecutivo Nacional (Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo N° 2 de la Capital Federal, del 10 de mayo de 1983). No obstante ello, y tal como lo ilustra Quiroga Lavié, no se registraron en esta época sentencias de segunda instancia, y menos aún de la Corte Suprema, legitimadoras del derecho de la sociedad, en cabeza de cualquiera de sus miembros para la protección del patrimonio o los derechos públicos que le concernían. (v. obra "La reforma de la Constitución". Explicada por los miembros de la Comisión de Redacción. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 136).

En este orden de ideas, en la última reforma del texto constitucional nacional, se incorpora como garantía constitucional a la acción de amparo. El primer párrafo de ese artículo recoge la doctrina tradicional de la protección de los derechos subjetivos. El segundo párrafo, introduce la defensa de intereses colectivos, e intereses legítimos, explícitamente.

Esto ha llevado a la doctrina, y recojo las palabras del autor que vengo citando "a ubicarnos en el campo de las acciones de clases (de las class actions en el sistema americano), que pueden ser iniciadas por individuos pertenecientes a un sector afectado en general por una ley o un acto administrativo de carácter general, 'pero lo hacen no sólo en beneficio propio sino de todo el sector o grupo de pertenencia en que encuentra incluido'" (Humberto Quiroga Lavié, op. cit. p. 154 -las comillas simples no están en el texto original-).

Más aún, cuando entramos en el análisis de la temática en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la redacción del art. 14 resulta más amplia que la del texto nacional, en cuanto a los legitimados activamente para iniciar la acción. (ver al respecto el comentario de Julio De Giovanni al artículo 14, en la obra "La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires", Geema,

Buenos Aires, 1997, p. 111/112). Sabsay y Onaindia van más allá, señalando que cuando el texto de la Constitución de la Ciudad alude a "cualquier habitante", se está reconociendo a las acciones populares para la defensa de los derechos de tercera generación ("La Constitución de los porteños", Errepar, Buenos Aires, 1997, p. 70)

En síntesis, no encuentro óbice en que la Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, haya intentado esta acción de amparo en lo que respecta a su legitimación activa. Es claro que no estamos en presencia de un derecho subjetivo vulnerado, sino que viene la actora a esta sede a solicitar la protección de los derechos, que según su Estatuto, constituye sus fines; condensados en el artículo 3° de su Estatuto, que se encuentra agregado a autos a fs. 483.

En este sentido, que vengo relatando, se expresa el Procurador General ante la Corte en el fallo "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional- s/amparo ley 16.986" (22 de febrero de 1999), cuando en el punto VIII de su dictamen señala que: "Estimo oportuno aclarar que, conforme surge de los estatutos de los amparistas... tienen por objeto la lucha contra el SIDA y, en consecuencia, están legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado... 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...".

VII) La demandada también cuestiona que no existe omisión manifiestamente ilegítima de su parte, en razón de que no existe una norma que le imponga al órgano administrativo, el deber jurídico de designar en un cargo a un agente.

No coincido con lo sostenido por el apoderado del Gobierno de la Ciudad, en razón de las consideraciones que haré.

El art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sienta, al igual que la garantía nacional, que la acción de amparo procede contra todo acto u omisión de autoridades públicas, facultando al juez a declarar la inconstitucionalidad de oficio de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.

Tengo para mí, que estamos ante una omisión de la autoridad pública. Germán Bidart Campos ha señalado que: "en vez de declararse inconstitucional una norma en la que se funda la omisión, se podrá declarar inconstitucional a la omisión porque tal omisión constitucional 'se funda' en el deber (incumplido) que otra norma superior ha impuesto" ("Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Tomo VI, La reforma constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 317).

Cabe entonces analizar en qué normativa se fundaría la omisión de la autoridad pública.

Si bien es cierto que no existe una norma expresa que indique la cantidad de histotécnicos que deben prestar funciones en un servicio de patología determinado de un centro hospitalario de Agudos de la Ciudad, es más cierto aún, que la Ciudad, como parte del sistema federal de gobierno, se ha obligado al respeto de todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen, agregando que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos (art. 10, CCABA).

La Constitución Nacional recogió innominadamente el derecho a la salud en el art. 33 de su texto. Además, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional -art. 75, inc. 22-, entre ellos, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y, art. 12 inc. d) del

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Desde la Ciudad, en el Título dedicado a las Políticas Especiales, se prevé un capítulo destinado a regular el derecho a la salud. El art. 20, segundo párrafo de la CCABA dispone: "El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad".

A su vez, el primer inciso del art. 21 señala con relación a la Ley Básica de Salud, (cláusula que ya ha sido reglamentada) que la Ciudad conduce, controla y regula el sistema de salud y que financia el área estatal que es el eje de dicho sistema.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado -remitiendo al dictamen del Procurador General- en la causa "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/amparo ley 16.986", del 1º de junio de 2000 (La Ley, 2001-B, 126) que: "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'". (ver tercer párrafo del apartado X, del Dictamen del Procurador General de febrero de 1999 -las comillas simples me pertenecen-).

Más aún, en el voto de los ministros Moliné O' Connor y Antonio Boggiano, aludiendo a un caso resuelto por el más Alto Tribunal, en donde se condenó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a suministrar a una menor el servicio de internación en terapia intensiva, se señaló que: "la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado nacional de inversión prioritaria". (consid. 11)

El mismo criterio mantuvo la Corte en los autos "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas-" del 24 de octubre de 2000 (La Ley, 2001-C, 32).

Gustavo Caramelo Díaz ha señalado que: "La responsabilidad positiva del Estado le impone reconocer el derecho a la salud y promoverlo por medio de políticas adecuadas; intervenir activamente en la prevención y control de enfermedades..." ("Revista Argentina de Derecho Constitucional", N° 4 -Año II-2001, Ediar, en artículo "La Salud en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", p. 245/246).

Por todo lo expuesto, considero que existe un deber del Estado local con relación al derecho de salud, cuya inobservancia le traería aparejada responsabilidad. No se trata el caso de la injerencia del poder judicial en la órbita del poder administrador tendiente a la designación de un empleado público; sino que estamos ante una omisión del poder administrador, que es a mi criterio a todas luces inconstitucional, puesto que no respeta, por estar en juego la salud pública, la Constitución nacional, los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, y la Constitución local.

VIII) Se ha constatado a través de la sustanciación de la presente causa, los hechos invocados por la parte actora, a través del acta notarial agregada (fs. 19/23); la inspección ocular realizada por el juzgado (fs. 486), y las declaraciones testimoniales (fs. 539/551).

Considero que la omisión en la que incurrió la demandada, resulta inconstitucional por no observarse diligencia en la prestación del servicio de salud. Ello es lesivo, puesto que el derecho a la salud, tiene íntima relación con el derecho a la vida (ver apartado X del Dictamen del Procurador General en la causa "Asociación Benghalensis").

Si bien de acuerdo con lo manifestado por los agentes médicos que prestan servicios en el área de patología, se han venido arbitrando los medios conducentes para la detección de

tumores malignos, atendiendo a la urgencia del caso, recurriendo al auxilio de los servicios de patologías de otros hospitales, e inclusive a contratar a través de la cooperadora del hospital, personal capacitado, la magnitud del retraso y de la labor de la que dan cuentas los antecedentes agregados a la causa, producen en mí el convencimiento que la omisión es lesiva de derechos constitucionales fundamentales.

No olvidemos también, la dignidad de las personas, con derecho a un tratamiento oportuno, que no puede depender de circunstancias, que son solucionables, no así, la muerte de una persona.

Sobre la relación del derecho de salud con otros, en especial con la dignidad de la persona, resulta interesante la posición de Gustavo Caramelo Díaz cuando dice que "la amplitud del concepto positivo de salud adoptado en el ámbito local nos indica que las cuestiones vinculadas con ella no se encuentran limitadas a la sección que en la Constitución está expresamente dedicada al tema, pues se trata de una noción compleja, que se sustenta sobre un fino entramado de principios y de derechos que operan de un modo tal que, quitado o alterado uno de los soportes, cimbra toda la estructura". (op. cit. p. 240)

IX) También es cierto que el poder judicial no puede interferir en la órbita de otro órgano de poder del Estado, es por ello que la presente sentencia no señalará el modo en que la administración atienda a la provisión de un personal histotécnico para el Hospital General de Agudos Teodoro Alvarez. Nunca ha sido intención del tribunal, decidir en ese sentido.

Será la Administración que decidirá el mecanismo para arbitrarlo, limitándose la juzgadora a ordenar la inmediata asignación con carácter definitivo de un personal histotécnico para el Servicio de Patología del Hospital General de Agudos Teodoro Alvarez.

Por todo lo expuesto, normas legales y jurisprudencia citadas, fallo: I) Haciendo lugar a la acción de amparo por omisión, interpuesta por la Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires, ordenando que en forma inmediata -antes del término de la comisión de servicios efectuada- se asigne, a través de los mecanismos que la Administración considere corresponder, un histotécnico, para que se desempeñe con carácter definitivo en el Servicio de Patología del Hospital General de Agudos Teodoro Alvarez. II) El nombramiento definitivo tendrá que ser comunicado y acreditado en sede de este juzgado dentro de las cuarenta y ocho horas de efectuado. III) En atención a que la acción de amparo incoada tuvo como objeto la omisión de la autoridad pública, se imponen costas a la vencida. Se regulan los honorarios de los profesionales intervinientes de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6º, 10, 36 y 47 de la ley 21.839 de los letrados de la parte actora: Guillermo Enrique Pagura y Yamila Rosa Pagura, en conjunto en la suma de pesos setecientos (\$700) y de los doctores R. M., D. Z. B., M. W. y A. E. P., apoderados de la demandada, y los doctores J. R. y N. O. J., en su carácter de patrocinantes, en conjunto la suma de pesos trescientos (\$300). - Fabiana Schafrik.