

Poder Judicial de la Nación

Expte:3223/02 " A. V Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL S/
AMPARO"

///nos Aires, 27 de FEBRERO de 2004.

Y VISTOS: los presentes actuados, hallándose los mismos en condiciones de sentenciar, de los cuales;

RESULTA:

1. Que a fs. 21/34 se presentan los Sres. A.V, C.M, por derecho propio y el Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante Cels), promoviendo acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional -Ministerio de Salud de la Nacion-, a fin de que se condene a la demandada a que tome todas las medidas pertinentes para restablecer y garantizar la entrega continua e ininterrumpida de los medicamentos que requieran tantos los Sres. A.V, C.M, y todas aquellas personas que padecen HIV, para continuar sus tratamientos sin interrupción alguna en razón de la enfermedad que padecen.

Adujeron que la causa que motivó el inicio de la presente acción es que se encuentra interrumpido el regular suministro de drogas incluídas en el Programa Nacional de Lucha contra el S.I.D.A. Es, en base a ello, que sostienen que la pretensión se limita a que el PEN implemente de forma efectiva e integral la política que él mismo ha diseñado para garantizar el acceso al tratamiento para combatir la enfermedad de todas las personas que lo padecen (en el caso que se de estricto cumplimiento a la ley 23798).

Para fundar la procedibilidad de la acción,

aporta prueba documental en respaldo de la pertinencia de la prescripción de la medicación solicitada y artículos periodísticos de donde surge la inexistencia actual, en distintas jurisdicciones del país, de diversos medicamentos imprescindibles para combatir el SIDA. Sostienen que la situación reseñada es lo que ha llevado tanto a los actores individuales como las demás personas que padecen esta enfermedad a interrumpir sus tratamientos, circunstancia que pone en grave peligro la salud y la vida de ellos.

2. Que a fs. 35/7 se admite la viabilidad de la acción de amparo impetrada, requiriéndose del Poder Ejecutivo Nacional el informe previsto en el art. 8 de la ley 16986. Asimismo, se hace lugar a la cautelar peticionada ordenándosele al Estado Nacional -Ministerio de Salud de la Nación- le haga entrega a los amparistas y a todas las personas que padecen H.I.V, los medicamentos indicados por el profesional tratante en forma constante y regular con ajuste a sus respectivos requerimientos médicos y hasta tanto se dirima el amparo deducido. También se puso de resalto que -prima facie- era formalmente admisible el amparo colectivo, debido que el HIV se trata de una enfermedad de alto contagio que pone en riesgo la salud y la vida de la comunidad toda.

3. Practicadas las diligencias pertinentes, el Estado Nacional contesta a fs. 87/94 el traslado del art. 8 de la ley de amparo y manifiesta que no existe un caso judicial dado que el amparista no tiene lesionado, restringido, alterado o amenazado en forma actual e inminente derecho constitucional alguno, por acto u omisión ilegítima y manifiestamente arbitraria de autoridad

pública. Es por ello que solicita que se declare la inadmisibilidad de la presente acción de amparo.

4. Que, a fs. 490/4 contesta el traslado de fs. 87 y solicita el dictado de la sentencia.

CONSIDERANDO:

I. Que, como primera medida corresponde individualizar el derecho que se considera vulnerado. Al respecto, es importante destacar que en el caso que nos ocupa, lo constituye el derecho a la salud, entendiéndose éste como un derecho civil fundamental del ser humano (conf. causa n° 3/52950 "B.M.E s/ Amparo" del Juz Crim y Corr. de Transición Nro. 1, Mar del Plata; publicada en J.A número especial de bioética nro 6166 del 3/11/99 con nota de Carlos A. Ghersi). Asimismo, reviste carácter valorativo multidimensional, ya que además de valor fundamental de la persona, pues hace a su dignidad, es también un valor social y económico, ya que se halla inescindiblemente ligado al desarrollo y producción de una sociedad (conf. Luis R. Carranza Torres; Derecho a la salud y medidas cautelares, El Derecho 20/02/04).

Por estas razones el derecho a la salud está incluido como uno de los derechos humanos básicos, y ha sido recogido en nuestra Constitución Nacional, por la doble vía de los derechos implícitos y de los tratados internacionales constitucionalizados. Sobre este punto es válido resaltar que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional, aún los de naturaleza implícitas, no sólo son una mera declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino también es un compromiso por el cual el

propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y cumplirlas (conf. doctrina antes citada).

Al respecto, es oportuno destacar que, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por intermedio de su Observación General N°14, ha establecido que "el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos....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.... Por lo tanto el derecho a la salud debe entenderse como un disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud".

Siguiendo con lo dispuesto en dicha Observación, en esta se sostiene que "los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance de todos, incluyendo los grupos socialmente desfavorecidos".

Analizada que fuera la importancia que recibe el derecho a la salud en doctrina, es de destacar que el SIDA es una dramática realidad mundial, que en la actualidad conviven con el virus o con la enfermedad, según informe de ONUSIDA (Programa Conjunto de las Naciones Unidas) y la OMS, 36 millones de personas y desde el comienzo de la misma se conocen 21,8 millones de personas muertas.

II. Que el amparo es un proceso sumamente simplificado en sus dimensiones temporales y formales, pues la finalidad fundamental de la pretensión que constituye su objeto consiste en reparar, con la mayor premura la lesión de un derecho constitucional (Conf. Palacio L. E.,

Derecho Procesal Civil tomo 7 pag. 137; CNCCFed. Sala I, causa 30.317/95).

Que, en el caso en estudio hay una doble consideración del derecho a la salud; la cual se ve reflejada en dos tipos de situaciones jurídicas diferenciables; aquellas en las que una persona reclama atención o tratamiento individual, y aquellas en las que el representante de un grupo o clase de personas reclama una acción de alcance colectivo. Sobre este punto es dable poner de resalto que la salud admite una tematización de carácter colectivo; ello es así dado que hay casos -como el que nos ocupa- en el que concurre muchos factores que hacen que puedan afectar potencialmente la salud de toda la población, motivo por el cuál la planificación y prestación de servicios, así como las necesidades sanitarias deben ser consideradas en términos colectivos.

Que, asimismo, es importante destacar respecto del amparo colectivo instaurado que, la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos facultados para accionar en este tipo de procesos, legitimando al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones, en este último caso en la medida en que los actos u omisiones invocados como manifiestamente arbitrarios, ilegales o inconstitucionales, lesionen o amenacen los derechos a cuya promoción o consecución tiendan concretamente, dentro de las finalidades específicas de su creación.

Que, por otra parte es condición para que el amparo -individual o colectivo- sea viable, el hecho de que no le hayan brindado lo requerido en momento oportuno, ya

sea en forma individual por los actores o por cualquier persona que padezca esta enfermedad. Demostrado este extremo, se justifica la deducción de la acción de amparo.

Ello así, en tanto no existe otra vía para reparar el agravio producido con la urgencia del caso, pues el art. 43 de la Constitución Nacional -conforme la reforma del año 1994- introdujo una modificación trascendente en lo que hace a la acción de amparo, destinada a darle un dinamismo propio, despojándolo de aristas formales que fueran obstáculo al acceso inmediato de la jurisdicción cuando está en tela de juicio garantías constitucionales (cf. Palacio, "La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994", LL del 07.09.95).

De este modo el amparo, es garantía constitucional, y es por ello que toda hermenéutica ha de tener como norte el sentido protector de dicha garantía, a través de una interpretación previsoras que deberá asignar al amparo el más alto alcance posible, con miras a la efectiva protección de los derechos fundamentales en crisis (conf. Adolfo A. Rivas "El amparo e intervención de terceros" en J.A 24/12/97).

III. Que en este orden de ideas es menester recordar que ya en 1984 el Poder Legislativo había aprobado la Convención de los Derechos Humanos (JA 1994-B- 1615), cuyo art. 25 parágrafo 1º impone a los Estados partes la obligación de legislar el amparo en los siguientes términos: "...toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que lo 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 ejercicios de sus funciones oficiales.". De esta manera, la reforma constitucional de 1994 incluyó -con claro propósito de cumplir con el Pacto Internacional- el art. 43 de la CN.

En este sentido, es válido resaltar que las normas constitucionales no son retóricas, ni declaración fraseológica, sino derechos de la constitución con fuerza normativa (conf. Germán Bidart Campos "Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad" Ed. Ediar, Bs. As, 2000 pag. 16 y sig.).

Es así como luego de las manifestaciones antes vertidas, se puede concluir que que la viabilidad del amparo depende que no exista otro medio judicial más idóneo para la protección del derecho conculado, en cuál se debe demostrar (sin necesidad de mayor prueba o debate) que la ilegitimidad o arbitrariedad imputada al acto sea manifiesta y que el hecho del empleo de otros remedios judiciales impliquen demoras o ineficiencias que neutralicen la garantía originando, de esa manera, un daño concreto y grave al damnificado (conf. Gelli, María A. " La Silueta del amparo después de la Reforma Constitucional" LL 1995-E-978).

Asimismo es válido resaltar que el art. 43 de la CN debe ser interpretado de manera razonable; es decir, que no desproteja los derechos esenciales pero que tampoco se consagre al amparo como única vía judicial, dado que de lo contrario este remedio excepcional puede engendrar la falsa creencia de que cualquier cuestión

litigiosa tiene solución por esta vía, o que mediante ellas es dable obtener precipitadas declaraciones de inconstitucionalidad.

IV. Que, en este estado es menester analizar la legitimación de los accionantes.

En primer lugar la legitimación de A.V. y C.M. surge en forma nítida de la documental aportada con el escrito de inicio, la cual por otra parte no fue negada por la contraria y hacen de prueba suficiente para reconocer la legitimidad para iniciar la presente acción.

En segundo término se debe analizar si el Cels se encuentra legitimado activamente para petitionar en esta acción.

En este sentido, el Cels, según su estatuto (ver fs. 13/20), es una Asociación que tiene como objetivo -entre otros- la "defensa de la dignidad de la persona humana, de la soberanía del pueblo, del bienestar de la comunidad" con la facultad de "promover o ejecutar acciones administrativas y judiciales destinadas a procurar la vigencia de estos principios y valores, asumir la representación de personas o grupos de afectados en causas cuya solución suponga la defensa de aquéllo, y...bregar contra las violaciones, abusos y discriminaciones que afecten derechos y libertades de las personas y de la sociedad por razones religiosas, ideológicas, políticas"

Ello así, la expresión dignidad humana presupone la defensa del derecho a la vida que engloba el derecho a la salud, cuyo cuidado constituye uno de los pilares fundamentales de todo ser humano; y, siendo facultad de la demandante promover acciones judiciales

Poder Judicial de la Nación

destinadas a "procurar la vigencia" de este principio, no cabe sino el reconocimiento de su legitimidad activa para peticionar en estas actuaciones. A lo que cuadra añadir que, resultando público y notorio la incidencia que el SIDA tiene en nuestra sociedad así como la circunstancia denunciada respecto a la interrupción de entrega de medicamentos del Programa, al interponer esta acción no ha ejercido más que el derecho que le asiste para accionar en cumplimiento de unas de las finalidades de su creación.

Por más, cabe remitirse a lo decidido por la Exma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Mignone Fermín S/ Acción de Amparo" el 9 de abril de 2002, en la cuál le ha reconocido a la aquí accionante legitimidad para demandar representando derechos de incidencia colectiva -como lo es el HIV- (conf. voto de los Dres. Petracchi y Fait, considerando 6; del Dr. Bossert considerando 11 y ss y Dr. Boggiano considerando 2).

Como consecuencia de lo expuesto cabe reconocerle a Cels la legitimación activa para deducir el presente amparo (conf. *Conf. Corte Fed. Sudo I, caso 12.113 de del 17.12.02*). v. Que, en cuanto a la procedencia de la acción instaurada, se puede aseverar que en autos ha quedado plenamente acreditado -sin necesidad de mayor prueba y debate-, la falta de entrega oportuna de los medicamentos que forman parte del Programa de Lucha contra el SIDA y la obligación que tiene el Estado Nacional para garantizar ese tratamiento.

Ello así debido que el Estado Nacional al sancionar la ley 23798 declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA, incluyendo las patologías derivadas, como

así también las medidas tendientes a evitar su procreación.

Es así como ha mediado la asunción de una obligación por parte del Estado Nacional, lo cual indica que si la misma resulta incumplida, o cumplida de manera no indicada por la ley, o resulta que no ha sido cumplida en en tiempo oportuno, estas circunstancias permiten la instauración de la acción. Sobre este punto, es válido aclarar que el no cumplimiento con las obligaciones asumidas resulta plenamente demostrado en autos, para ello basta remitirse a la innumerables cantidad de intimaciones cursadas a lo largo del proceso a raíz de distintos incumplimientos por parte de la accionada, así como los nuevos actores que fueron incorporándose al proceso en virtud de la medida cautelar colectiva otorgada.

Que, por otra parte, en este amparo el Cels no solicita que se instrumente una determinada política sanitaria, siquiera que se legisle en virtud de lograr que todos las personas que padecen HIV reciban del Estado Nacional la medicación necesaria para afrontar el tratamiento, sino por el contrario, la acción por ellos interpuesta, se limita a petitionar que se arbitren los medios necesarios para que el Estado Nacional cumpla con lo que él mismo se obligó.

Es más, corresponde resaltar que la demandada no ha acompañado documental alguna de la cual surja que estuvieran brindando en forma continua e ininterrumpida con la entrega de la medicación requerida por los médicos tratantes, para la continuidad de los tratamientos a los que están sometidos los amparistas. Ello permite concluir que ese actuar puede ocasionarle serios

riesgos a la salud de las personas que padecen este virus

En otras palabras, no es extraño que la accionante haya recurrido a tal vía procesal, si el ESTADO NACIONAL no le proporcionó en tiempo oportuno la atención solicitada, afectando de esa manera derechos fundamentales de raigambre constitucional, en el caso el derecho a la salud, hecho éste explícitamente prohibido por todos los tratados de Derechos Humanos que enumera nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22.

Por ello, atento que los actores por derecho propio y el Cels han actuado en ejercicio de los derechos que les asiste, resulta totalmente conducente la vía intentada. Añádese que el SIDA es una enfermedad que impacta socialmente como una cuestión médica, psíquica, social, económica y además jurídica (conf. Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional n°24 pag. 168), motivo por el cuál la elección de otra vía traería aparejado que se ponga en riesgo la salud de toda una comunidad, hecho éste que justifica la interposición de la acción.

A esta altura del relato, entiéndese oportuno destacar que la necesaria tramitación administrativa previa requerida a los fines de procurar la adquisición de las drogas específicas, no puede constituirse en obstáculo a la disposición de la medicación en cuestión, dado el retardo verificado de los organismos de control en la actividad que le es propia, máxime cuando lo que se encuentra en juego es la vida de la comunidad toda.

Sentado lo expuesto, cabe también destacar, que la

acción de amparo juega como alternativa principal y no subsidiaria, de manera directamente operativa, para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales (conf. La Ley Pcia. de Buenos Aires 2002 n°4, Mayo, conf. Juz Crim Corr de Trans. N° 1, Mar del Plata "F.E.B.s/ amparo" del 30.10.2001, pag. 408), por lo que la vía intentada es procedente para la defensa de los derechos que se encuentran en juego.

VI. Que, previo a ingresar al análisis de los argumentos vertidos por las partes en apoyo de su posición, corresponde dejar sentado cuales serán los parámetros para el estudio del tema.

En primer término, es válido aclarar, que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre los que se encuentra el de preservar la salud, no necesitan justificación alguna, sino por el contrario, la restricción que se haga de los mismos, debe ser justificada.

En tal sentido, se debe remarcar que es importantísimo y fundamental dar una atención sanitaria acorde a las necesidades de los amparistas, ello así debido que la salud es un "sustratum" indispensable para el ejercicio de sus derechos, es una precondition para la realización de los valores de vida, para que puedan vivir, a pesar de su afección, de la mejor manera posible (conf. Juz. Crim. y Corr. n°1, Mar del Plata, 13.9.99 "B.M.E S/amparo; La Ley Prov. De Buenos Aires, año 2000- nro. 3 pag. 334).

En segundo lugar, se entiende conveniente aclarar, que la protección de los derechos civiles no se

Poder Judicial de la Nación

agotax en obligaciones de abstención por parte del Estado Nacional, sino que se exige además conductas positivas, tales como reglamentación -destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos- (conf. "El Derecho a la Atención Sanitaria como Derecho Exigible" de Victor Abramovich y Christian Courtis publicado en La Ley Suplemento de Derecho Administrativo del 25/06/01).

En tercer lugar cabe recordar que, al sancionarse la ley 23798, estamos en presencia de un pacto existente entre los gobernantes y la Sociedad, quedando los primeros obligados por las consecuencias futuras de las decisiones adoptadas. Por ello y toda vez que ha mediado un reconocimiento por parte de la Administración Pública sobre la injerencia e importancia que tiene el tema en la comunidad, el Poder Judicial se encuentra habilitado para hacerle cumplir a los órganos con decisión política de aquello que se comprometieron por medio de una ley (conf. LL 1998 -F- "La protección de la salud como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se ha comprometido" de Eduardo Martehikian). Ello así debido que la función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho, debiéndose atenderse antes que a un criterio formalista a la vigencia de los principios que ampara la Constitución Nacional, y que surgen de la necesidad de proveer al bien común, considerando éste como el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible, tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más pleno y más fácil de su propia perfección (conf. CNFed. Contenc.

Administrativa, Sala IV "Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo").

En cuarto lugar, no debe perderse de vista que los derechos humanos deben erigirse en un valladar infranqueable e impermeable al Poder del Estado, limitando su actuar, para permitir de esta manera el reconocimiento y las garantías nacidas de los mismos; es por ello que los derechos fundamentales se presentan en la normativa como un conjunto de valores básicos, y al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas (conf. Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, nº 24, pag.167).

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en sus fallos "Velázquez Rodríguez c/ Honduras" y "Eriksson C/ Italia"- ha establecido la primera obligación de los Estados partes en la Convención de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. La obligación, de los estados partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona que sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Ahora bien, la obligación de garantizar 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; es por ello que el Estado Nacional debe respetar la salud de los habitantes por el cuál está impedido de tomar acciones directas que puedan tener impactos negativos en este ámbito, pero con el mismo rigor debe procurar a todos los habitantes un sistema adecuado que permita restablecer la salud. (Conf. El derecho 20/02/04 pag. 1/3 "Derecho a la Salud y Medidas Cautelares" de Luis R. Carranza Torres).

VII. Sentado lo expuesto, corresponde ingresar al estudio de las normas aplicables para la resolución del caso de autos.

Al respecto es válido aclarar que se comenzará por un estudio del tratamiento que la Constitución Nacional le da al derecho a la salud, prosiguiendo con la normativa vigente para el caso específico -Ley 23798-, para luego estudiar que tratamiento le brinda el legislador al derecho a la salud ante un estado de crisis, como es el presente; para finalmente ahondar en un estudio de razonabilidad de la decisión tomada por el PEN por la cuál interrumpe la entrega de medicamentos a personas con HIV.

Que, en punto a nuestra Carta Magna, es importante destacar que la voluntad del Constituyente en la reforma de 1994 fue la de proteger la salud de los habitantes de la Nación Argentina, es por ello que de un tiempo a esta parte, la Legislatura -a fin de cumplir con la manda constitucional- ha tratado de ponderar por medio de diferentes normas la protección del derecho a la Salud. Esto es relevante, porque como se dijera en el considerando anterior, la obligación del Estado no se agota en una

prestación negativa, sino también positiva, entendiéndose ésta como la realización de normas para proteger derechos a los que se llama fundamentales (como ser el derecho a la vida y la salud).

De lo expuesto se puede observar que el Poder Legislativo cumplió con su obligación de prestación positiva creando las normas que garantizan el derecho a la salud; pero esto implica que, además, se debe proceder la aplicación efectiva de éstas ya que de lo contrario, la letra de los textos de derechos humanos internacionales, la Constitución Nacional y la legislación vigente se transformaría en letra muerta.

Siguiendo con lo ordenado en la Constitución Nacional, no debe perderse de vista que, la nueva normativa incorporada -con jerarquía constitucional- a partir de 1994, da una nómina de tratados internacionales de Derechos Humanos, de las que se pueden extraer la obligación del Estado de garantizarle la salud a todos sus habitantes, ya sea de manera primaria o subsidiaria.

Ello así debido que estos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de las personas, 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. 4, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, del art.24, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y

Poder Judicial de la Nación

cuidados especiales que se les deben asegurar.

Cabe destacar que ese último tratado reconoce, 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.

De esta manera queda demostrado, toda la preocupación del Constituyente por que el Estado legisle en busca de proteger la vida de las personas en general. En esa línea argumental -que es la emandada de nuestra CN y de la Jurisprudencia uniforme respecto de este tema- se puede afirmar que no es razonable poner en riesgo la integridad física de las personas al no brindarle la medicación necesaria para hacer frente a su dolencia. Más, cuando el motivo para esa negativa son justificaciones carentes de argumentación jurídica basadas en un mero rigorismo formal que tiene escondido un claro fin económico.

Sobre este punto, entiendo oportuno destacar que el objetivo preeminente de la Constitución Nacional, según lo expresa el Preámbulo, es lograr el bienestar general, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Es así como la declaración de derechos efectuada en la misma, no sólo es una declaración de voluntad del Estado, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un

compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas. De esta manera, los "derechos sociales", establecidos en el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, entre los que se encuentra el derecho a la salud, no constituyen para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado Nacional cuando éste hubiera organizado el servicio (conf. CNCont. Adm. Federal, Sala IV "Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social S/ Amparo").

Asimismo, no debe perderse de vista que tanto el derecho a la vida, como el derecho a la salud y la integridad psicofísica ya se encontraba reconocido con anterioridad a la reforma constitucional, estos derechos se inferían de una interpretación dinámica y axiológica de nuestra Constitución histórica. Al respecto, es válido aclarar, que luego de la reforma introducida en 1994, éste derecho surge de todos los pactos internacionales incorporados al art. 75 inc. 22 de la CN.

De esta manera, se puede observar que desde la constitución histórica del 53/60 se protegía este derecho y ello se vió reafirmado por los constiuyentes de 1994 con la inclusión de los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22), en los cuales en todos se hace expresa defensa del derecho a la vida.

Conclusión de lo expuesto, el derecho a la salud es un corolario del propio derecho a la vida y a la integridad física de toda persona humana.

Es así que, no sólo se debe ser muy cuidadoso en los principios y valores que deben inspirar el diseño

de un sistema justo de salud, principios y valores respetuosos de la dignidad inherente al ser humano (conf. "Los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos" pag. 19, Ed. Serban Unesco 1985), sino que también se debe hacer hincapié con esmero en un real derecho de acceso a ese sistema de salud que garantice el ejercicio efectivo del derecho constitucional de salud.

En orden a lo reseñado y dado el bien jurídicamente tutelado que se encuentra en juego, cabe señalar que cuando la constitución contempla la protección de la vida y la salud lo hace sin condicionamiento alguno, el que, de otra manera pudiera implicar un agravamiento o no atención del damnificado.

Lo expuesto lleva a analizar los términos de la presentación de fs. 130/1 efectuada por el Ministerio de Salud en la cual señala que " se debe tener en cuenta que la estabilización de la situación económica y financiera del país desembocará en la disponibilidad de presupuestos adecuados para la adquisición en tiempo y forma de los insumos requeridos por los pacientes al Programa Nacional". Esta manifiestación no hace más que corroborar el incumplimiento en tiempo y forma de las entregas de medicación del Programa en flagrante contradicción con lo preceptuado por los principios constitucionales ya analizados.

VII. Así las cosas corresponde ingresar al estudio de lo dispuesto por la ley 23798, sin perderse de vista que, previo al dictado de esta ley ya el decreto 385/89, había dejado entrever la preocupación del ESTADO para el tratamiento del HIV.

Ello así debido que por el decreto 385/89 se constituyó la Comisión Nacional de Lucha contra el SIDA en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social Nacional, cuyas funciones -entre otras-, son la de proyectar estrategias de nivel político sanitario para la prevención y control de la infección por HIV, la de coordinar tareas de organismos gubernamentales afectados directamente o indirectamente al tratamiento del problema y la de contribuir, a través de las entidades que la conforman, a la difusión de la información y educación para la salud (conf. "Responsabilidad del Estado por contagio de SIDA en establecimiento asistencial" Fernando Alfredo Sagarna; LL. Pcia. de Buenos Aires, año 1998 n°11).

Este decreto no hace más que demostrar que desde antes de la sanción de esa ley ya había toda una voluntad por parte del Estado Nacional en el tratamiento de este tema, el cuál se ve reforzado por la sanción de la ley 23798, la cuál declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA como así también las medidas para evitar su procreación; es por ello que se debían desarrollar programas destinados al cumplimiento del tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación (ver arts 1, 3 y 4 de la ley antes citada). De esta manera observamos que el propósito que inspiró el dictado de esta ley fue la protección de la salud pública, de modo que la problemática de dicha enfermedad y su posterior tratamiento y control no puede ser dejado sin efecto, suspendido y vuelto a instaurar -con los riesgos que ésto insume a los portadores del virus- según le convenga al Poder Ejecutivo.

A esta altura del relato, es dable

puntualizar, que la ley 23798 presenta como característica su generalidad; éste es un problema típico de las normas que regulan derechos humanos (conf. pag. 12 "El Derecho a la Atención Sanitaria como Derecho Exigible" de Abramovich y Courtis, publicado en la Ley Suplemento Derecho Administrativo 25/6/01), dado que se trata de normas con el mayor nivel de generalidad del orden jurídico. Esta característica permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad a instrumentos normativos cuya modificación es notoria, ofrece a los órganos encargados de especificar el contenido de los derechos un margen de elección compatible con la prudencia y necesidad de evaluación oportuna que requiere la decisión (conf. doctrina antes citada). De lo expuesto se deduce que de la generalidad que aquel posea, no se puede deducir la imposibilidad absoluta de señalar casos en que el derecho resulta violado.

En este orden de ideas, es oportuno recordar que la creación de la norma, al decir de Cossio, se refiere a los modos de ser del derecho, pero no crea el objeto (véase Cossio, Carlos " La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad" pag. 282 Abeledo Perrot, 1964).

Siguiendo esta línea de estudio, en cuanto al objeto y fines que poseía la creación de la norma, es oportuno recordar que ésta veía al SIDA como un importante problema de salud, por el daño que provoca tanto de morbilidad (números de personas que a su vez transmiten la enfermedad) como en mortalidad (personas que mueren como consecuencia directa o indirecta por las secuelas que ésta deja).

Este daño de enfermedad y muerte es producido por una patología que tiene diagnóstico sencillo (dado que se puede detectar por un simple estudio de sangre) y un tratamiento que iniciado en tiempo oportuno y sin incumplimiento o retrasos en la entrega de los cocteles pueden proyectar una esperanza de vida mayor a las personas que lo padecen. Es por ello que los seres humanos portadores de HIV necesitan ~~en forma urgente~~ que se haga entrega de los medicamentos actualmente indicados para tratar esta enfermedad y las que deriven de la misma, como así también de las drogas que deban ser utilizadas en forma combinada.

Además, no debe perderse de vista, que en la ley en estudio, sus discusiones parlamentarias y el decreto reglamentario, tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo dejan en claro cuales van a ser sus políticas respecto de este tema y en consecuencia donde se centra su preocupación, al punto que puede desprenderse de una interpretación armonica del dictado de la ley que la misma tienen por objetivo primero y prioritario asegurar el acceso de todos los habitantes de la Nación a los Servicios de Salud, entendiendo por tales al conjunto de los recursos y acciones de carácter promocional, preventivo, asistencial, y de rehabilitación.

De esta manera es más que evidente, que el Estado Nacional ha desarrollado y meritado de forma expresa la política conducente a fin de garantizar el acceso a la medicación y el tratamiento integral y adecuado de todas las personas que contraigan HIV.

VIII. Que, siguiendo esta línea de

Poder Judicial de la Nación

razonamiento queda demostrado que el Estado Nacional ha tomado medidas de acciones positivas a fin de tomar intervención en un problema, que atento la gran capacidad de contagio que tiene, lo ha preocupado y lo ha llevado a legislar al respecto.

Esas medidas de acciones positivas, en general tienen por fin garantizar la igualdad de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los hechos. El Estado al tomar esta decisión, por medio de la ley 23798, no ha hecho más que cumplir con lo emanado de nuestra Carta Magna, dado que ella en su art. 75 inc. 23, contiene disposiciones referidas a la igualdad y otra a la seguridad social; y regula las acciones de prestación positiva, que el Estado Nacional ha decidido asumir por medio del dictado de la ley, por ello el hecho de no cumplimiento con lo que él mismo se obligó mediante la sanción de aquella norma, no sólo trae como consecuencia un obrar incoherente (al sancionar y obligarse con algo que luego no cumplirá), sino que también generaría responsabilidades en el campo del derecho internacioonal.

Por otra parte, es menester resaltar, que no se agota la tarea de la demandada con entregar los medicamentos una vez que exista una orden judicial, sino que debe asegurar la continuidad del tratamiento y su regularidad, ello así porque el Estado Nacional esta obligado a proveer la salud pública. Esto, en el caso de marras, se ve agravado por la propia decisión política del Estado, canalizada a traves de la ley en estudio, en cual se ha obligado debido al importante problema de salud que

provoca el SIDA.

De esta manera se puede aseverar que es insoslayable el deber del ESTADO NACIONAL de hacer entrega a todo habitante de la Nación Argentina en forma gratuita, regular, constante de la medicación que requiera para tratar su dolencia, toda vez que de lo contrario, importaría la afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas.

Párrafo aparte merece el hecho de someter la entrega de medicamentos a un trámite administrativo que lejos de ser sencillo, informal y caracterizado por la celeridad, trae aparejado una demora que no se pueden traducir en un perjuicio a la salud y en un eventual riesgo de la vida de las personas que padecen HIV. (conf. CSJN en autos "Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional", 2000/06/01, La Ley, 2001-B. 126; CNFed. Civ. Com., Sala III, 2002/9/17 AC, M.J.A. c. Instituto Nac. De serv. Sociales para Jubilados y Pensionados y otros).

Que de la compulsión de la documentación agregada a fs. 349/372 resulta que la demandada ha incurrido en incumplimientos específicos en orden a la implementación del denominado Plan SIDA, extremo éste que se ve corroborado con las numerosas presentaciones individuales (fs. 233/4; 236/8; 300/5; 306/9; 322/5; 332/5; 381/3; 415/7; 419/24; 429/32; 439/40 y 454/9), las que dan cuenta que los portadores de HIV pertenecientes al Programa no reciben los suministros correspondientes.

IX. Que, corresponde ahora ingresar en el estudio si ha mediado responsabilidad del ESTADO, para ello ha de atenerse (conf. lo ha realizado la CSJN en el Fallo

Poder Judicial de la Nación

"Campodónico de Beviacqua c/ Secretaría de Programas de Salud s/ amparo" del 24.10.2000) a dos factores: el carácter de garante del sistema integrado de salud que el Estado ha asumido a partir del propio postulado de la ley y la conducta anterior del Estado, ello debido que hasta antes de la interposición de la acción venía dando cumplimiento a esa obligación.

Respecto del primer punto en análisis la jurisprudencia ha entendido que le incumbe al ESTADO, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad, lo que comprende entre otros, prueba de diagnóstico, asistencia y tratamiento profesional, suministro de medicamentos y tratamiento hospitalario.

Es así como ante situaciones como la presente, en donde se encuentra superada la capacidad de previsión de los individuos o pequeñas comunidades, surge la obligación del ESTADO NACIONAL como garante primario del sistema de salud de proveer lo necesario a fin de asegurar por la regla de la solidaridad social, una cobertura asistencial, a todos los habitantes, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica; en aras de mejor asegurar el derecho a la vida, a la dignidad personal y al bienestar general, protegidos por el preámbulo y los arts. 33 y 42 de la Constitución Nacional y los pactos Internacionales que la integran.

De esta manera es evidente, la función rectora que ejerce el ESTADO NACIONAL en este campo y la labor que le compete al Ministerio de Salud y Acción Social como autoridad de aplicación para garantizar la regularidad de

los tratamientos sanitarios.

En referencia al segundo punto de análisis, cabe remitirse también a lo decidido por la Excm. Corte Suprema en los autos ya citados, en el cual sostuvo que en el cumplimiento de un derecho social limita la discrecionalidad estatal, de modo que, cuando la situación de hecho se mantiene y el nivel de la prestación correspondiente empeora, pesa sobre el Estado Nacional la demostración de razones de mejor protección de un derecho o de una necesidad justificable (Conf. "El derecho a la Atención sanitaria como Derecho Exigible" de Victor Abramovich y Cristian Courtis, LL, Suplemento Derecho Administrativo, Bs. As 25/06/01).

X. Que, corresponde en este estado de la cuestión, analizar que tratamiento le dió el Legislador a la entrega de medicamentos para HIV en un Estado de Emergencia como el que se encuentra decretado ahora en nuestro país.

Sobre este punto es importante destacar que, se le sigue brindando a las personas infectadas por el virus de HIV que poseen obra social, una cobertura del 100%.

Al respecto puede verse que el PMOEJ es concebido como régimen mínimo de prestaciones que las Obras Sociales deben garantizar, con ciertas limitaciones (ver considerando de la res. 930/2000 del Ministerio de Salud, actualmente modificada por Res. 201/2002). Empero, esta limitación en la cobertura no puede derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas, que tiene jerarquía constitucional (CS, Fallos 323:1339).

Que al respecto, no debe perderse de vista que el mismo Programa Médico Oligatorio de Emergencia (POME) -aprobado por res. 201/2002 en el marco de las atribuciones otorgadas por el dec. 486/2002 de Emergencia Sanitaria Nacional- prevé como objetivos generales mejorar el sistema de salud para evitar el impacto sanitario de la crisis socio económica, recomponer el acceso al medicamento y asegurar la continuidad de los servicios de Seguridad Social, en especial, respecto de los grupos más vulnerables.

De este modo, la actitud del ESTADO NACIONAL, constituyó una alteración y amenaza arbitraria y de ilegalidad manifiesta al derecho a la vida y preservación de la salud, en los términos de los arts. 14 bis, 16, 28, 31, 33, 42, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y no ha brindado en autos elementos legislativos, jurídicos o argumentativos para que esto fuera dejado de lado.

Es así como se puede concluir que el ESTADO NACIONAL, no puede utilizar como argumento una cuestión de emergencia para justificar la no provisión de medicamentos en tiempo oportuno y en contradicción a lo que él mismo se ha obligado.

XI. Que, corresponde ahora ingresar a el estudio del principio de "determinabilidad fáctica".

Desde esta perspectiva, fácticamente sólo existe un sujeto que tiene la posibilidad (en el caso el Estado Nacional) de respetar, garantizar o satisfacer el derecho que se ve violado en autos. Por ello cabe concluir que de acuerdo a los antecedentes del caso y lo normado en la ley, es obligación de la Administración Pública brindar lo requerido por el accionante en su escrito de inicio, y una decisión

contraría violaría el principio de solidaridad e igualdad, dado que las personas que posean beneficios sociales accederían a garantizar su derecho a la salud, mientras que las personas que no lo poseen verían vedado su derecho de gozar a una vida plena.

Ahora bien, en cuanto a este punto, es menester aclarar que para un adecuado funcionamiento del Plan no se cumple sólo con la yuxtaposición de los agentes que lo integran y los medios empleados, 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 con relación a cada paciente.

Ello así puesto que cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema, y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace en la faz de la prestación médica-asistencia como entrega de medicamentos, en la medida que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo o tornándolo más difícil, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quién tiene a su cargo la dirección del sistema y su contralor. Un ejemplo de desarticulación en el funcionamiento y aplicación del Plan Nacional está demostrado con la documental agregada a fs. 363/66 - que no ha merecido comentario por parte de la demandada- y en la cual una médica del Programa Control ETS/SIDA del Chaco informa las vicisitudes que deben afrontar.

XII. Corresponde ahora ingresar al estudio de la razonabilidad de la restricción impuesta por el ESTADO NACIONAL y lo ordenado en nuestra Carta Magna, así como la voluntad puesta de manifiesta por el legislador.

Poder Judicial de la Nación

Sometido el derecho vulnerado y la restricción ahora impuesta por el Estado Nacional a ese exámen, no parece haber mediado en el caso justificación de orden público, bien común, moral o salud, que justifiquen que el Estado Nacional no cumpla con obligaciones que él mismo ha asumido.

Ello así puesto que, justamente, el derecho que se encuentra violado es el derecho a la salud, razón por la cual la incidencia que éste tiene en la sociedad en su conjunto hace que sea el orden público el que se vea quebrantado en caso de no brindar una adecuada protección.

En consecuencia, la actitud de demora asumida por el Estado en la entrega de los medicamentos que hacen al Programa Nacional lo torna no sólo irrazonable sino que va en contra de las expresas disposiciones de la Constitución Nacional y la ley 23.798.

XIII. Que, asimismo y con referencia al principio de solidaridad, no se vislumbra en el caso en qué modo puede afectar económicamente al Estado Nacional cubrir la medicación que requieren las personas adheridas al Programa, más cuando no se puede supeditar la salud pública a los vaivenes del mercado o a la espera de una mejora en la economía del país (ver informe del la Secretaría de Salud de fs. 131/3).

Que la normativa citada en los Considerandos que anteceden resultan aplicables en el caso, habida cuenta que, como se pudo observar ellos, constituyen estándares mínimos que el Legislador impone cumplir al Estado Nacional.

XIV. Que, tampoco debe perderse de vista que en

el caso de autos surge en forma fehaciente y concreta -sin necesidad de mayor prueba- que en la actualidad la medicación peticionada y la que marca la ley es la necesaria para que las personas que padecen HIV pueda hacer frente a su dolencia.

Por ello, y ponderando el actual estado de salud de los demandantes, no hacer lugar a la petición implicaría prescindir de la protección de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Nacional y los tratados Internacionales que forman parte de ella (art. 75 inc. 22 C.N).

Por último, a la luz del principio de justicia, en cuanto a la mejor protección a los valores en juego desde la perspectiva de los derechos de terceros y la sociedad en su conjunto, con particular referencia a una mejor distribución de recursos en salud, la solidaridad social y su incidencia en el derecho constitucional al acceso a la atención sanitaria, cabe seguir el criterio Italiano del fallo "Di Tella" del 20/05/98, en el que se dispuso que "el disfrute concreto del derecho fundamental a la salud no puede depender de las diversas condiciones económicas de cada uno de los destinatarios de la prestación" (conf. La Ley Provincia de Buenos Aires Nro. 9, Octubre 2001 pag. 1252 fallo Juz. Crim y Corr. N°1, Mar del Plata 25.05.01 "B.A s/ amparo")

Desde esta perspectiva, la cual vé al derecho a la salud como derecho humano fundamental, cabe recordar que en el Preámbulo de la O.M.S se afirma que "el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción

Poder Judicial de la Nación

de raza, religión, credo político, condición socioeconómico...". Esta filosofía reafirmada por la O.M.S en numerosos documentos posteriores, demuestra la necesidad de hacer frente a la petición del actor.

Se advierte por ello, que de no brindarse una respuesta jurisdiccional favorable, oportuna y eficaz, se incurriría en una omisión constitucional, en detrimento de la salud de los beneficiarios del Programa.

XV. Que, en virtud de las consideraciones precedentemente señaladas, deviene admisible la pretensión de los amparistas para que la demandada tome todas las medidas pertinentes para restablecer la entrega de la medicación que requiera el respectivo médico tratante en forma continua e ininterumpida, es decir sin suspensión alguna ya que lo contrario importaría en particular una conducta diferente a la dispuesta por la ley 23.798 y su reglamentación.

Que, una decisión en contrario importaría que el Estado Nacional prescindiera de la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y a los cuales se debe someter al momento de tomar todas sus decisiones (conf. arg. CNCIV Com Fed sala I, causa 3973/02 del 29.8.02, Sala II, causa 3912 del 20.8.2002), lo cual no es admisible, habida cuenta de que como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente al derecho a la vida, los restantes valores siempre tienen carácter instrumental.

XVI. De este modo, la acción debe prosperar, debiendo la demandada asumir las costas del presente juicio en razón del principio objetivo de la derrota (art. 68 del

rito), lo normado por el art. 14 de la ley 16986 y en tanto ninguna circunstancia se halla acreditada para morigerar tal criterio, puesto que de autos surge que fue menester que los peticionantes iniciaran el amparo a fin de obtener el reconocimiento judicial de sus derechos, de tal suerte que fue aquella conducta manifiestamente arbitraria y carente de fundamentos jurídicos de la accionada la que dio lugar a la promoción del amparo, circunstancia que resulta suficiente para imponerle las costas del trámite cumplido (art. 70 inc. 11 CPCC).

En razón de lo expuesto, citas constitucionales, legales, jurisprudenciales, los antecedentes del caso, el estudio de cada uno de los medios probatorios aportados por las partes y las argumentaciones efectuadas, RESUELVO: 1) Hacer lugar a la presente acción de amparo promovida por los Sres. AV y CM y el Centro de Estudios Legales y Sociales, en representación de todas las personas beneficiarias del Programa SIDA, con costas. 2) Ordenar al Estado Nacional que adopte todas las medidas necesarias para garantizar y restablecer la entrega continua e ininterrumpida de los medicamentos que requieran todas las personas beneficiarias del Programa SIDA y los amparistas A.V. y C.M., para continuar su sus respectivos tratamiento conforme las prescripciones médicas respectivas. 3) Teniendo en cuenta el mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada, régulanse los honorarios de la dirección letrada desempeñada por el Dr. Pablo Ceriani Cernadas en la suma de PESOS [REDACTED] y en PESOS [REDACTED] los de la representación a favor de la Dra. Julieta Rossi. 4)

Poder Judicial de la Nación

Regístrese , Notifíquese y oportunamente, ARCHIVASE.

A handwritten signature or scribble consisting of several overlapping, curved lines, possibly representing a name or initials, located in the upper right quadrant of the page.