

Buenos Aires, 17 de diciembre de 1996.

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

Considerando:

1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo promovido por R. E. B. y dejado sin efecto el acto administrativo dictado el 4 de octubre de 1993 por el que se había dispuesto el pase del actor a retiro obligatorio. Asimismo, el a quo dispuso la convocatoria de una nueva junta médica a fin de que se evaluara -en las condiciones que fijó el fallo- el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 312, inc. c, del decreto 1866/83. Contra ese pronunciamiento, la Policía Federal Argentina interpuso el recurso extraordinario (fs. 162/175), que le fue concedido (fs. 190).

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

3º) Que para decidir del modo en que lo hizo,

-//-

-//- la cámara tuvo en cuenta que el actor había sido sometido -sin su consentimiento- a la reacción de Western Blot, lo que -a juicio del a quo- constituía una violación del derecho constitucional al respeto de la privacidad y una transgresión a la ley 23.798; desde esta premisa, entendió que los resultados del examen obtenido de esa manera no podían constituir fundamento legítimo del acto administrativo impugnado; añadió, por último, que las medidas adoptadas por la Policía Federal respecto del agente en lo relativo al otorgamiento de la licencia por enfermedad, a la disponibilidad y ulterior pase a retiro obligatorio, constituían actos discriminatorios que conducían a su marginación laboral con claro menoscabo de su dignidad.

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

-//-

-//-

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

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

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

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

-//-

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

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

Los exámenes o análisis clínicos que la Policía Federal efectúe para constatar la buena salud del personal a fin de decidir su ascenso, involucran el ejercicio de una actividad discrecional que, en principio, no admite revisión judicial (Fallos: 250:393; 261:12; 267:325; 272:99, considerando 11; entre otros).

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

10) Que la ley 23.798 -que declara de interés na-

-//-

-//- cional la lucha contra el SIDA- no restringe en modo alguno el marco de razonable discrecionalidad con que cuenta la Policía Federal para evaluar la salud física de sus dependientes.

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

A los fines indicados, la norma en examen prevé - entre otras cosas (art. 1º)- la detección obligatoria del virus en determinados casos (vgr. arts. 5º, 7º y 9º), lo que supone, evidentemente, prescindir del consentimiento individual. Ahora bien, dado que la inteligencia de las leyes debe efectuarse procurando no sólo la armonización de sus precep-

-// -tos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 287:79; 288:416 y 308:1118), no cabe inferir que los casos aludidos configuren una enumeración de carácter taxativo que le impida a la demandada imponer aquella medida respecto de su personal con fundamento en los principios y normas que rigen el empleo público (Fallos: 181:290, ver pág. 296).

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

Con apoyo en tales principios, debe entenderse que el art. 6° del anexo I del decreto 1244/91 -reglamentario de la ley 23.798- que establece que "El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de éste..." no condiciona el poder de policía estatal (arts. 5°, 7° y 9° de la ley) ni implica una restricción a la facultad que tiene la demandada de ponderar la salud de sus agentes (art. 312,

-// -

-//- inciso c, del decreto 1866/83) sino que delimita el ámbito de actuación del médico en la relación particular que éste mantiene con su paciente. Ello concuerda con la obligación genérica que la ley 17.132 -relativa al ejercicio de la medicina- impone a los profesionales en punto a "Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse" (art. 19, inc. 3°).

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

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

Para ello es preciso tener en cuenta, en primer término, que la incorporación a la carrera policial supone el sometimiento voluntario a las normas que rigen la institución (Fallos: 261: 12 y 303: 559); es decir, que quien ingresa o desea ser promovido acepta - espontáneamente- que la demandada acceda a su privacidad en la medida necesaria para evaluar sus aptitudes. Cabe agregar que la relación de sujeción especial que mantienen los agentes con la Policía Fede-

-//-ral implica algunas restricciones al derecho a la intimidad de aquéllos en beneficio de los fines propios de la institución [vgr. arts. 535, incisos p) y u), entre otros, del decreto 1866/83]. En suma, a raíz de ese tipo de vínculo los agentes no gozan de un ámbito de privacidad equiparable en su extensión al que tiene cualquier particular.

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

Desde esta perspectiva, es admisible que al llevar a cabo dicha evaluación, la Policía Federal indague sobre aquellas patologías que puedan comprometer, de un modo cierto y ponderable, el desempeño de la función (doctrina de Fallos: 313: 1333, considerando 11). Con particular referencia al SIDA, no existen dudas sobre la secuela que produce el virus en un alto porcentaje de infectados (conf. "AIDS and the Law", Wiley Law Publications, Editorial Staff Editors, segunda edición, año 1992, pág. 199 y sgtes.), lo que se traduce,

-//-



-//- tarde o temprano, en la imposibilidad de que el portador que padezca manifestaciones del síndrome cumpla con su trabajo.

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

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

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

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

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

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

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

-//-

-//- la ley 23.054, de jerarquía constitucional).

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

ES COPIA

DISI-//-

-// - DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que confirmó la de primera instancia que había hecho lugar a la demanda de amparo deducida contra la Policía Federal Argentina y, además, dispuso a cargo de esta última el cumplimiento de diversas medidas, la vencida interpuso el recurso extraordinario federal, que fue concedido.

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

-// -

-//- dad.

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

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

La aceptación de la propuesta de la demandada -//-

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

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

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

6º) Que, según lo expuesto, corresponde evaluar si la demandada, en uso de las prerrogativas establecidas por la ley 21.965 y su decreto reglamentario 1866/83, estaba -//-

-//- facultada para efectuar los tests que determinan la afección o no del virus del HIV en el actor. Dicho de otro modo, se trata de determinar con toda precisión si el examen psicofísico previsto en esas normas para acceder a un ascenso, puede abarcar -sin condicionamiento alguno- los que detectan la existencia de aquel virus en la sangre humana.

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

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

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

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

-//-

-//- un ascenso, según doctrina del Tribunal, se muestra razonable (Fallos: 307:1821 y sus citas).

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

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

La regulación normativa indicada -que no es sino una reglamentación del art. 19 de la Constitución Nacional- reconoce una esfera de inmunidad de coacción en la que el Estado no debe intervenir. Y también proscribela discriminación arbitraria, por lo que el acto impugnado -según se verá-, fruto de la violencia estatal al fuero íntimo del actor y determinante de su marginación infundada del servicio activo, se erige en la síntesis más acabada de aquellos desaciertos.

Desde esa óptica, han de examinarse los agravios

-//-



-//- de la demandada.

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

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

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

-//-

-//-miento legal, importa una solución de excepción.

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

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

Es amplia la discrecionalidad que otorgan las normas en juego para la consecución de tales objetivos; empero, como ya ha sido dicho, esas prerrogativas no autorizan -de modo alguno- a la claudicación de las instituciones. Admitir la marcada esfera de discrecionalidad que los entes administrativos suelen detentar no implica aceptar que éstos actúen desvinculados del orden jurídico. Y si la realidad viviente

-//-

-//- al momento del dictado de las normas policiales no exigió al legislador restricción alguna para la indagación de la salud del agente, la realidad sobreviniente a la aparición del SIDA impuso el dictado ley 23.798, cuyas normas exigían una armónica coordinación con aquéllas.

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

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

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

-//-

-//-no (Fallos: 314:1531, voto en disidencia del juez Fayt).

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

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

De tal modo, a la absoluta desaprensión por lo establecido en la ley 23.798, se suma una comprensión de la ley 21.965 sólo dirigida a disponer el retiro del actor, con afectación del mandato constitucional según el cual el trabajo, en sus diversas formas, ha de gozar "de la protección de las leyes" (art. 14 bis). Y ese proceder, que supone tanto como empujar al actor a la segregación, es manifiestamente contrario a los arts. 5, 11 y 24 de la Convención aprobada

-//-

-//- por la ley 23.054, de jerarquía constitucional. Corresponde, pues, dejar establecido con todo énfasis que toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus H.I.V. no afecten concretamente las aptitudes para el trabajo -o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente- importa una conducta irracional y discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos.

12) Que, por último, es reprochable que la demandada haya dejado transcurrir casi un año entre el momento de la detección de virus, esto es, el 26 de octubre de 1992 (fs. 26, expte. 384-02-000015-93) y la decisión de otorgar licencias al actor, que se concretó a partir del 23 de septiembre de 1993 (fs. 3 y 7, expte. 10157230). Ese otorgamiento genérico de licencias -de la forma en que surge de autos- no da satisfacción a lo establecido por las normas pertinentes en punto al deber de información de la afección y sus características a quien la padece. También en este aspecto, se han pasado por alto las diversas disposiciones que establecen de manera minuciosa el modo en que aquélla debe ser suministrada (leyes 15.465, 23.798 y su decreto reglamentario). Y lo reglado sobre el punto -obvio es decirlo- merecía especial atención, dado su íntimo correlato con el espíritu de la ley, que declara de interés nacional la prevención y la adopción de medidas tendientes a evitar la propagación de la enfermedad (art. 1º, ley 23.798).

Del tal manera, la prédica del resguardo de la salud de terceros y del propio afectado queda vacía de contenido, ya que es de una total inconsecuencia con el acto impugnado que durante aquel período de silencio el agente

-//-

-//- haya resultado apto para la función, y su afección, inofensiva para sí mismo y los terceros. Ello supone una desaprensión ética y legal particularmente reprobable, porque en la especie se encuentra en juego -nada más ni nada menos- que el derecho a la vida, preexistente a toda legislación positiva y que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.

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

ES COPIA

DISI-//-

-//- DENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

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

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

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

2º) Que el actor impugnó la decisión administrati

-//-

-//- va en examen, con fundamento en los siguientes argumentos:

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

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

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

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

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

Y, en segundo lugar, ordenó que la Junta de Calificaciones de la Policía Federal Argentina produzca un nuevo dictamen -sobre la base del informe médico ordenado en el

-//-



-//- párrafo anterior- a lo fines de considerar si el demandante se encuentra en condiciones de ser ascendido de grado.

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

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

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

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

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

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

-//-

-//-

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

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

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

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

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

El 26 de octubre de 1992 una muestra de sangre del actor fue sometida -sin su previo consentimiento- a un test de HIV denominado Western Blot. Este análisis estableció que el demandante era portador del virus de inmunodeficiencia

-//-

-//- adquirida (HIV positivo). No se probó en autos si el actor fue informado, en ese entonces, del resultado de dicho test.

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

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

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

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

-//- ción normal para acceder al servicio ordinario" (fs. 84 y 90).

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

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

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

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

En este sentido, debe indicarse que el planteo reseñado en el apartado "a.1" del considerando 4º no puede prosperar.

En efecto, jurisprudencia firme de esta Corte prevé que -en principio- la decisión atinente a si existen, o no, vías ordinarias eficaces para la tutela de los derechos invocados por medio de amparo, no puede ser revisada en la instancia extraordinaria. Ello es así, excepto que se configure un supuesto de arbitrariedad o violación de derechos o garantías constitucionales.

Este principio jurisprudencial se funda en que la

-//-

-//- decisión aludida en el párrafo anterior, involucra cuestiones procesales o de hecho que, por regla general, deben ser evaluadas por los tribunales de grado (Fallos: 287:160; 293:459; 303:1217; voto de los jueces Petracchi y Bossert in re V.103.XXV "Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ amparo", de fecha 6 de junio de 1995).

En consecuencia, el agravio "a.1" aludido debe ser desestimado, porque -por un lado- el recurso extraordinario en examen no ha sido concedido con base en la arbitrariedad (confr. fs. 190/190 vta.), ni la apelante ha interpuesto recurso de queja con tal base; y -por el otro- la recurrente ni siquiera ha alegado que la decisión impugnada en autos viole derechos o garantías constitucionales.

También debe rechazarse el agravio indicado en el apartado "a.2" del considerando 4°.

En efecto, el argumento fundado en que el tema debatido en autos requiere una mayor amplitud de debate y prueba, sólo es una mera aserción genérica de la recurrente; un argumento postulado en abstracto.

En razón de que la apelante no planteó este agravio con referencia a las circunstancias concretas de esta causa, no puede ser admitido (Fallos: 266:271).

8°) Que, a raíz de lo resuelto en el considerando anterior, corresponde ahora abordar el fondo de esta causa.

Está probado en autos que la sangre del actor fue sometida al test de HIV, sin que se le solicitara su consentimiento previo. Sobre esta base fáctica, es claro que tres son los problemas que esta Corte Suprema debe resolver en este pleito:

a) si la Policía Federal Argentina está legalmente -

//-

-//- obligada, o no, a solicitar el consentimiento del actor antes de que su sangre sea sometida al test de HIV;

b) si la Policía Federal estuviera obligada a solicitar dicho consentimiento, debe determinarse -a la luz de la ley 23.798- si tal consentimiento puede prestarse de manera implícita por la persona a ser sometida al test HIV. O si, por el contrario, tal consentimiento debe ser expreso;

c) cuáles son las consecuencias jurídicas -en el marco de la Policía Federal Argentina- originadas por el hecho de que un integrante de esta institución se niegue a ser sometido al test de HIV.

9º) Que se abordará a continuación el problema "a" esbozado en el considerando anterior.

Con tal fin, es necesario interpretar la ley federal 23.798 que regula la "Lucha contra el Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida". Esto hace aplicable al caso la línea jurisprudencial que prevé que cuando se encuentra en discusión el alcance que cabe asignarle a normas de derecho federal, esta Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos 308: 647, consid. 5º y sus citas).

También cabe subrayar que esta Corte Suprema no puede examinar en este pleito si la ley 23.798 es constitucionalmente válida. Ello es así porque la recurrente no realizó tal planteo de inconstitucionalidad; el cual, por lo demás, tampoco pudo haber sido realizado por la apelante pues el Estado Nacional no está legitimado para plantear la inconstitucionalidad de normas que él mismo dicta (Fallos: 134: 37; 284:218; 296:723, consid. 4º; 303:1039; 307:630, consid.

-//-

-//5°; 311:1237).

10) Que diversos artículos de la ley 23.798 establecen en qué casos no es necesario el previo consentimiento de una persona, para que sea legalmente posible determinar si ésta es portadora, o no, del virus HIV. Estos supuestos son los siguientes:

a') Es "[...] obligatoria la detección del virus [HIV] y de sus anticuerpos en la sangre humana destinada a transfusión, elaboración de plasma u otros de los derivados sanguíneos de origen humano para cualquier uso terapéutico (art. 7, primera parte). También es "[...] obligatoria [...] la mencionada investigación en los donantes de órganos para trasplante [...]" (art. 7, in fine);

b') "Se incorporará a los controles actualmente en vigencia para inmigrantes que soliciten su radicación definitiva en el país, la realización de pruebas de rastreo que determine la autoridad de aplicación para la detección del HIV" (art. 9°);

c') "El Poder Ejecutivo establecerá [...] las medidas a observar en relación a la población de instituciones cerradas o semicerradas, dictando las normas de bioseguridad destinadas a la detección de infectados [...]" (art. 5). "Las autoridades de cada una de las instituciones [cerradas] proveerán lo necesario para dar cumplimiento a las disposiciones de [la ley 23.798]" (art. 5° del decreto 1244/91, que reglamenta la ley 23.798).

11) Que la esbozada estructura de la ley 23.798 - consistente en determinar en qué supuestos no es necesario el consentimiento previo aludido- permite inferir la siguiente

-//-

-//--te conclusión: que el propósito de quienes redactaron dicha ley fue el de establecer, como regla general, que es necesario el consentimiento previo de una persona, para que sea legalmente posible determinar si ésta es portadora del virus HIV.

En efecto, sería un sinsentido que la ley 23.798 precisara en qué casos no exige el consentimiento previo, si la regla general de la ley fuera que tal consentimiento no es exigible.

Esta tesis se ve confirmada por la norma que expresamente exige que debe solicitarse el consentimiento a las personas que integran "grupos en riesgo", antes de que éstas sean sometidas al test de HIV (conf. art. 6º, del decreto 1244/91, que reglamenta la ley 23.798). Efectivamente, si este principio rige en el caso particular de las personas que forman parte de los "grupos en riesgo", con más razón debe regir respecto de aquellas personas que no integran tales grupos.

12) Que, por otro lado, también parece claro que el principio general de la ley 23.798 (indicado en el primer párrafo del considerando anterior) es aplicable al caso de autos. Ello es así, pues el sub lite no puede ser subsumido en ninguna de las tres hipótesis de excepción -en las que no es legalmente necesario el consentimiento previo- señaladas en el considerando 10.

En efecto, el supuesto "a'" es impertinente en el caso, porque la sangre del actor -que fue sometida al test de HIV- no estaba destinada ni a la transfusión, ni a la elaboración de plasma, ni otros derivados sanguíneos para algún uso terapéutico. Tampoco se trata el caso en examen de un supuesto de donación de órganos para trasplante.

De igual modo, no es aplicable a este pleito el supuesto "b'" supra indicado, pues el actor no es un -//-



-//- inmigrante que haya solicitado su radicación definitiva en el país.

Finalmente, debe también descartarse el supuesto "c'" aludido, porque nada hay en el texto legal, ni en la nota que acompañó al proyecto de ley, que permita sostener que la Policía Federal Argentina es una "institución cerrada", en los términos de la norma transcripta.

Por las razones expuestas, corresponde concluir que la ley 23.798 impide que la Policía Federal Argentina someta la sangre del demandante al test de HIV, salvo que éste lo consienta previamente.

13) Que debe abordarse ahora el agravio esbozado en el apartado "b)" del considerando 8°.

La ley 23.798 prevé que debe ser interpretada "teniendo presente que en ningún caso pueda: "[...] afectar la dignidad de las personas [...], [ni] incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina [...]" (conf. art. 2, ley 23.798).

Del lenguaje de estas normas se desprende que uno de los propósitos de quienes redactaron esta ley, fue el de proteger los derechos señalados en el párrafo precedente. Propósito que se logra, entre otros medios, por vía del requisito del consentimiento previo mencionado supra.

En efecto, no se advierte qué sentido tendría el requisito del consentimiento previo, si no fuera el de dar protección a tales derechos.

Dentro de este marco, parece claro que si se admitiera la validez del consentimiento previo implícito, se frustraría notablemente el aludido propósito del legislador. Efectivamente, es fácil imaginar los graves problemas proba

-//- torios y los equívocos que podrían originarse si se admitiera que el consentimiento implícito fuera legalmente válido. Nadie podría estar seguro si alguna vez, de algún modo, en algún lugar, consintió implícitamente ser sometido al test de HIV.

Por estas razones, debe concluirse que la ley 23.798 establece que la persona a ser sometida al test de HIV debe consentirlo de modo expreso. Es decir que, por regla general, no es válido el consentimiento implícito a ser sometido a dicho test. Y, por ello, debe rechazarse el agravio de la apelante reseñado en el considerando 4º, apartado "b".

14) Que corresponde examinar ahora el asunto esbozado en el apartado "c)" del considerando 10.

Este problema se aborda en autos porque de los hechos probados en las instancias ordinarias, se infiere que existen probabilidades ciertas de que el actor se negará a ser sometido a un nuevo test de HIV (ver consid. 6º, sexto párrafo). De este modo, si no se resolviera en el sub lite el problema de cuáles son las consecuencias jurídicas de tal negativa, un nuevo pleito probablemente se originará inmediatamente después de concluida la presente causa. Con el fin de procurar evitar dicho pleito, y teniendo en cuenta la relevancia de los derechos en juego, esta Corte considera necesario abordar la cuestión señalada en el apartado "c" del considerando 10.

Sobre este punto, debe indicarse que -en principio- la negativa de un integrante de la Policía Federal Argentina a ser sometido al test de HIV no origina consecuencia jurídica alguna.

Ello es así, porque, en el estado actual del -//-

-//- conocimiento científico, el riesgo de transmisión del virus HIV en la mayoría de los empleos es marcadamente bajo (conf. Charles D. Duran, "Mandatory testing of public employer for the human immunodeficiency virus: the fourth amendment and medical reasonableness", pág. 721, primer párrafo, Columbia Law Review, abril 1990, vol. 90, n° 3, 1990). Esto se debe a que el virus HIV no se transmite por el contacto que habitualmente se produce en la mayoría de los trabajos (conf. Doyle, Sean C., "HIV-Positive, equal protection negative", The Georgetown Law Journal, pág. 384, segundo párrafo, vol. 81, num.2, diciembre de 1992).

Sin embargo, la regla indicada en el párrafo tercero de este considerando, puede reconocer excepciones. Tal sería, por ejemplo, el supuesto en que la Policía Federal Argentina demuestre que se configuran -simultáneamente- los siguientes dos requisitos:

a) que por la índole de la tarea que desarrolla el policía que se niega a ser sometido al test de HIV, existen serios riesgos de transmisión del virus HIV a terceros, en la hipótesis de que éste fuera portador del dicho virus.

Este requisito "a" se considerará cumplido si la Policía Federal Argentina describe, con precisión, qué tipo de tareas realiza dicho integrante. Y, además, explica por qué tal tarea, en el supuesto de que dicha persona sea portadora del virus HIV, origina serios riesgos de transmisión del virus a terceros.

b) que la salud de los aludidos terceros no puede ser resguardada sino por el pase a retiro obligatorio de tal integrante.

Este requisito "b" se funda en el criterio de que

-//- determinadas restricciones a derechos fundamentales -como el derecho a trabajar aquí en juego- no deben extenderse más allá de lo estrictamente necesario para la obtención del fin que aquéllas persiguen (voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano in re D.346.XXIV "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus", de fecha 19 de octubre de 1995); ver, en análogo sentido, la jurisprudencia de la Corte norteamericana in re Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York 447 US 557, sqtes. 569 a 571 -1980- Posadas de Puerto Rico Associates, 478 US 328, 340 -1986- entre otros).

Si se cumplieran simultáneamente los dos requisitos indicados en este considerando, el derecho a trabajar del aludido integrante de la policía cedería frente al riesgo de contagio del virus HIV a terceros. Y, por ello, la Policía Federal Argentina podría pasar a dicho integrante a retiro obligatorio.

Por lo expuesto, se confirma la sentencia de fs. 140/144 vta. en cuanto ha sido materia de agravios, con la aclaración de que, si la Policía Federal decidiera practicar un nuevo test de HIV al actor, deberá atenerse a las pautas indicadas en este pronunciamiento. Costas a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Téstese el nombre del actor en las copias de este fallo que se den a publicidad, con base en lo dispuesto en el artículo 164 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.  
ES COPIA