



# *Responsabilidad del Estado Municipal en la provisión de medicamentos*



**Abel Ángel Puime**

## INDICE

I. RESUMEN.....	Pág. 7
II. ABSTRACT.....	Pág. 8
III. OBJETIVOS	
III.I. Objetivo General.....	Pág. 9
III.II. Objetivos Particulares.....	Pág. 9

## CAPITULO I: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. Introducción.....	Pág. 10
2. La responsabilidad del Estado y sus funciones.....	Pág. 10
3. Enfoque histórico.....	Pág. 12
4. La responsabilidad civil. Presupuestos.....	Pág. 15
5. La responsabilidad por hechos y actos administrativos.....	Pág. 19

## CAPITULO II: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

1. Introducción.....	Pág. 26
2. La responsabilidad patrimonial del Estado en la visión del Código Velezano...Pág. 26	
3. La responsabilidad patrimonial del Estado en la visión del CCCN.....	Pág. 29
4. Responsabilidad patrimonial del Estado: de Derecho Civil, de Derecho Administrativo.....	Pág. 30
5. La responsabilidad patrimonial del Estado a la luz de la Ley 26.944.....	Pág. 31

6. Caracteres de la responsabilidad estatal. Presupuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita.

- a. Responsabilidad del Estado: objetiva y directa.....Pág. 33
- b. Imputación de la conducta.....Pág. 44
- c. Reparación.....Pág. 45
  - i. Daño cierto.....Pág. 46
  - ii. Imputabilidad.....Pág. 46
  - iii. Nexo causal.....Pág. 46
- d. Falta de servicio.....Pág. 48
- e. Ausencia del deber de soportar el daño. Sacrificio especial.....Pág. 49
- f. Exención de responsabilidad.....Pág. 50

7. La falta de entrega de medicamentos configura la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.....Pág. 50

8. Plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios.....Pág. 53

9. La restitución: Criterio para establecer la medida de la indemnización.....Pág. 53

10. El requisito del reclamo administrativo previo.....Pág. 54

11. El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.....Pág. 54

12. El Estado debe responder por sus obligaciones en materia de salud.

- a) Posibilidad de exigir a órganos del Estado el cumplimiento de sus obligaciones a través del control judicial.....Pág. 55
- b) Caso jurisprudencial: “Campodónico de Beviacqua”.....Pág. 59
- c) Cuando el Estado no entrega medicamentos... ¿se presenta una mera inactividad material administrativa? ¿se constituye la figura del abandono de persona? ¿se trata del abandono de un deber?..... Pág. 67

### CAPITULO III: DERECHO A LA SALUD

1. Introducción.....	Pág. 74
2. Derecho a la salud...un acercamiento a su definición.....	Pág. 74
3. Obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud.....	Pág. 78
4. Organización del sistema de salud en nuestro país.....	Pág. 79
5. El mandato constitucional de preservar el derecho a la salud como derecho humano fundamental.....	Pág. 80
6. El Sistema Nacional de Seguro de Salud.....	Pág. 81
7. Programa Médico Obligatorio (PMO).....	Pág. 87
8. Programa Remediar.....	Pág. 89
9. Sistema Nacional de Trazabilidad de Medicamentos. ....	Pág. 95
10. La utilización de medicamentos por su nombre genérico.....	Pág. 97

### CAPITULO IV: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MUNICIPAL EN LA PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS

1. Introducción.....	Pág. 101
2. La estructura en materia de salud pública en la ciudad de Tandil.....	Pág. 101
3. Obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud.....	Pág. 102
4. La implementación de la trazabilidad de medicamentos.....	Pág. 106
5. La responsabilidad del Estado en la entrega de medicamentos.....	Pág. 107
6. Conclusiones finales.....	Pág. 115

**TABLA BIBLIOGRÁFICA**

1. LEGISLACIÓN.....Pág. 117

2. DOCTRINA.....Pág. 118

3. JURISPRUDENCIA.....Pág. 121

**Agradecimientos:**

*A mi compañera de la vida, Rosana, quien con su compañía y paciencia me brindo su constante apoyo, así como disfruto y sufrió con cada logro o desacierto obtenido.*

*A mi madre y mis hermanos, quienes a su manera me acompañaron en el camino transitado en la carrera.*

*A las Dras. Marcela Fernández Rosso y Silvia Bernardoni, quienes contribuyeron enormemente a nutrir con sus saberes y experiencias este trabajo.*

*Y a mis amigos y compañeros de facultad, quienes me alentaron para que persista en la elección del “Derecho” realizada, con el fin de poder en el futuro contribuir con mi humilde granito de arena en el arte de la puesta en práctica de la búsqueda de justicia.*

**RESUMEN**

Los medicamentos resultan necesarios para tratar las distintas patologías que afectan a las personas, y sin lugar a dudas forman parte del derecho a la salud. Se procura desde este trabajo demostrar que cuando los medicamentos no pueden ser adquiridos por las personas porque no cuentan con los medios económicos necesarios o se encuentra superada su capacidad de previsión, o cuando tampoco los mismos pueden ser facilitados por una obra social, es deber del Estado proporcionar los mismos.

Y para ello se analizará, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad que posee el Estado, partiendo por su configuración a través de sus presupuestos, pasando por la responsabilidad patrimonial del mismo, hasta llegar a dilucidar todo lo concerniente a la responsabilidad que tiene un Estado, en este caso municipal, en todo lo relativo al derecho a la salud.

Analizaremos cómo está organizado el sistema de salud en nuestro país a través del Sistema Nacional de Seguro de Salud, así como los avances dados en la materia, como resultado ser el establecimiento del Programa Médico Obligatorio que enmarca al régimen de asistencia obligatoria para todas las obras sociales del sistema, la Ley 25.649 de Utilización de Medicamentos por su Nombre Genérico, hasta el establecimiento y puesta en marcha de ciertas políticas por parte del Ministerio de Salud de la Nación como resulta ser el Programa Remediar, hasta llegar a la posibilidad de exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones en materia de salud a través del control judicial, a la eventual configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita cuando no provee medicamentos, y a verificar si la responsabilidad del Estado puede extenderse más allá de la provisión de los psicofármacos, para llegar así a establecer a nivel municipal, la inexcusablemente obligación que tiene el Estado, en su rol garantista, de asegurar el derecho a la salud, con los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad, y en este caso, en lo atinente a la provisión de medicamentos que el mismo realiza de manera directa a los ciudadanos de un distrito, partido o jurisdicción.

## ABSTRACT

Medications are necessary to treat the different pathologies that affect people, and undoubtedly are part of the right to health. It is sought from this work to demonstrate that when medicines can not be purchased by people because they do not have the necessary economic means or are out of their capacity for foresight, or when they can not be facilitated by a social work, it is the duty of the State provides the same.

For this purpose, the State's responsibility will be analyzed from a legal point of view, starting from its configuration through its budgets, passing through the patrimonial responsibility of the same, until arriving at elucidating everything concerning the responsibility that has A State, in this municipal case, in everything related to the right to health.

Analyze how it is organized health system in our country through the National System of Health Insurance, as well as the progress made in the field, as turned out to be the establishment of Compulsory Medical framing the scheme compulsory for all social work system, Law 25.649 Drug Utilization by its generic name, to the establishment and implementation of certain policies by the Ministry of Health of the Nation as it turns out the Remediar, up to the possibility of require the State to fulfill its obligations in health through judicial review, to the eventual configuration of tort liability of the State for unlawful activity when not provide drugs, and check whether the State's responsibility may extend beyond the provision of psychoactive drugs, to reach to establish at municipal level, the inexcusable obligation of the State, as guarantor role, to ensure the right to health, with the resources needed to cope with the disease, and in this case, as it pertains to the provision of medicines that it made directly to the citizens of a district, party or jurisdiction manner.

## PALABRAS CLAVES / KEYWORDS

*Derecho a la salud - Responsabilidad del Estado - Sistema de salud - Rol garantista del Estado – Provisión de medicamentos*

*Right to health - State Responsibility - Health System - Garantista role of the State - Provision of drugs*



## **OBJETIVOS**

### **Objetivo General:**

Analizar al derecho a la salud, desde su recepción constitucional, pasando por la normativa establecida en la materia, para garantizar la satisfacción del mismo a la población por parte del Estado Municipal, con enfoque en el análisis de gestión en lo atinente a la labor realizada por el Sistema Integrado de Salud Pública del Municipio de Tandil, con especial énfasis en todo lo concerniente a la provisión de medicamentos a la población del distrito.

### **Objetivos Particulares**

- Identificar los lineamientos básicos de la responsabilidad del Estado en los concerniente a lo patrimonial, contractual y extracontractual
- Analizar el contenido, los elementos y los aspectos principales del derecho a la salud.
- Analizar la recepción de la responsabilidad estatal en el marco de normas internacionales existentes en la materia.
- Analizar la aplicación de la jurisprudencia de órganos judiciales en lo relativo a garantizar el derecho a la salud a la población por parte del Estado.
- Identificar los lineamientos básicos de la responsabilidad en el marco controversial por parte de los distintos estratos jurisdiccionales del Estado, particulares y organizaciones que lo integran.
- Identificar y analizar las posturas doctrinarias con respecto a los alcances del derecho a la salud, y el rol garantista que debe cumplir el Estado en lo atinente a la provisión de medicamentos.

## CAPITULO I

### LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

#### **1. Introducción.**

El propósito del presente capítulo es dejar en claro la evolución y la consiguiente variación dada a lo largo del tiempo en materia de legislación, doctrina y jurisprudencia, en torno a la responsabilidad del Estado, recorriendo para ello, diferentes posturas ideológicas que hacen a la reseña histórica de la misma, para pasar luego a la configuración de la responsabilidad civil mediante el conocimiento de sus presupuestos, y su distingo por la responsabilidad por los hechos y actos administrativos dados en la Administración Pública.

#### **2. La responsabilidad del Estado y sus funciones.**

La responsabilidad del Estado constituye uno de los pilares donde se asienta el Derecho Administrativo, como rama del Derecho Público, y se configura sin dudas, como un garante de las posibles extralimitaciones del poder.

Para comenzar a desandar la temática, resulta necesario conocer que existe una relación entre el estado de derecho y el principio de responsabilidad del Estado, los cuales definiremos para entender uno y otro.

Puede entenderse al estado de derecho como la subordinación o sometimiento del Estado al Derecho, de modo que cuando uno de los órganos estatales provoque un daño a un administrado surja el deber inexcusable de resarcirlo.

El estado de derecho surge por oposición al estado absolutista, en el cual la figura del rey se encontraba por encima de los ciudadanos y era quien ejercía el poder, pudiendo decidir, ordenar y establecer cuestiones sin límites de ninguna clase.

El estado de derecho, supone que el poder surge del pueblo, quienes eligen a sus representantes para el ejercicio del gobierno.

Con el desarrollo del estado de derecho, surge la división de poderes, en las figuras del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, garantizando así que la justicia resulte autónoma, y el legislativo se configure en el limitador del ejecutivo en ejercicio.

El estado de derecho se sustenta sobre la base de ciertos pilares básicos:

- a) El respeto al ordenamiento jurídico por parte de todos los estamentos del Estado;
- b) La existencia de una garantía en torno al respeto a los derechos y libertades fundamentales de todo individuo. Cuando dichos derechos y libertades quedan enmarcados en la ley, el estado de derecho los garantiza;
- c) La actuación de todos los componentes del gobierno así como la de los funcionarios que componen la administración pública, quedan sujetos al ordenamiento jurídico establecido;
- d) La separación del Estado en los tres poderes fundamentales.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo podríamos decir que el estado de derecho se conceptualiza como el conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones del Estado con los administrados, de las relaciones entre los órganos de Estado y de aquéllos con otras personas jurídicas, como así también de la organización y funcionamiento del Estado.

En un sentido amplio, el derecho administrativo se corresponde con el conjunto de normas del derecho privado y del derecho público que se aplican a la administración en su gestión de los servicios públicos en sus relaciones con los particulares.

En un sentido restringido, el derecho administrativo se extiende exclusivamente a las normas que resultan normalmente aplicadas por las jurisdicciones administrativas.

### 3. Enfoque histórico.

Para comprender un poco más el concepto de responsabilidad del Estado, debemos entender que la misma ha denotado, con la evolución del tiempo, distintos matices en cuanto a su configuración, constituyéndose prácticamente desde sus comienzos en un problema para con los particulares.

Así existen diversos períodos en lo que a responsabilidad del Estado podemos hablar:

1. Irresponsabilidad del Estado. Esta teoría predominó durante la primera mitad del siglo XIX.

Este período se fundamenta en tres principios fundamentales:

- a) El Estado soberano, prohíbe o niega su igualdad con el individuo, al cual considera un súbdito en las relaciones que los acerquen.
- b) Es impensable que ese Estado soberano, que es un reflejo del derecho organizado, pueda violar ese mismo derecho.
- c) Los hechos que realizan los funcionarios, nunca pueden considerarse como hechos del Estado. Deben ser atribuidos personalmente a ellos como si obraran en nombre propio (Bielsa R., 1933).

2. Evolución hacia la responsabilidad estatal. El concepto de irresponsabilidad, tanto del Estado como de sus funcionarios, comienza a ceder lentamente. Esta evolución se ve reflejada, en diversas clasificaciones, a saber:

➤ Clasificación según el sujeto pasivo de la responsabilidad: esta clasificación se enfoca en el sujeto pasivo de la responsabilidad, es decir, en quién responde por los daños ocasionados a los particulares. Y claramente aquí podemos considerar tres etapas:

- 1- irresponsabilidad del Estado y sus agentes;
- 2- responsabilidad de los agentes, pero no del Estado;
- 3- responsabilidad de ambos.

- Clasificación en etapas sociológicas: está desarrollada en cinco épocas:
1. Época primitiva - desde los orígenes de la Humanidad hasta Roma -. Todo el peso del daño debía ser soportado por el perjudicado, sin que éste tuviera la posibilidad de reclamo alguno.  
En esta época no pueden concebirse principios de responsabilidad del Estado, porque aún éste no existía como unidad jurídico-política. Estamos ante la presencia de un “soberano” que responde únicamente ante la divinidad.
  2. Época teológica - Europa a partir de la Edad Media -. A partir de esta etapa el Estado se concibe como unidad jurídico-política y se prevé que pueda perjudicar a particulares. Pero, así y todo, se llega al resultado de la irresponsabilidad, vale decir, que el Estado sigue siendo irresponsable, pero por la concepción político-religiosa de la soberanía. Es decir, que la soberanía tenía un origen divino; Dios ha investido con el poder público al Rey, quien ejerce la soberanía delegada directamente por Dios. Por lo tanto, el monarca responde únicamente ante Él por sus actos de gobierno.
  3. Época Estatista - Siglo XVIII, Humanismo -. Con la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, se provoca el reemplazo de la soberanía de origen divino, por el de la soberanía popular. Pero este cambio, no resultó ser del todo suficiente, ya que en la misma Revolución Francesa, se engendra la gran contradicción, puesto que los nuevos gobernantes se atribuyen la omnipotencia y la infalibilidad de los monarcas del Antiguo Régimen.
  4. Época de Indecisión: Esta época se ve reflejada en nuestro país, con la redacción del Art. 1.112 C.C.: “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este

Título” (de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos).

A pesar de éste artículo, la doctrina y la jurisprudencia contribuyeron a impedir que en nuestro país, se construya un sistema de responsabilidad del agente estatal.

5. Época Intermedia: en esta época se comienza a admitir la responsabilidad del Estado por los actos de sus agentes y por los suyos propios, es decir, que, al resultar violado un derecho individual, debe haber siempre una indemnización; y si el culpable no la puede dar, debe ofrecerla la sociedad.

La posible insolvencia del agente público para afrontar las reparaciones exigibles, no puede perjudicar al damnificado. El Estado, responsable de los servicios, es quien debe responder por dichas reparaciones (Gordillo A., 1967).

“Así es, como en el siglo XX, las relaciones entre los individuos y el Estado sufren un cambio radical, dando lugar al advenimiento real del estado de derecho y de su consecuencia primordial cual es, el principio de legalidad, a través de un hecho trascendente que consistió en el abandono de la época del Estado Irresponsable.

Ahora paralelamente resulta posible afirmar que no se puede hablar de límites o de autolimitaciones si aquél para quien se impusieron se halla autorizado, luego, a transgredirlos, sin que sufra consecuencia disvaliosa alguna. Y aun cuando así resultare, no cabría la concepción de legalidad sin responsabilidad. Por lo que en definitiva podría decirse que no cabe la idea de un estado de derecho sin la existencia de un Estado responsable” (Reiriz María G., 1969).

La problemática de la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdiccional de los administrados, constituye uno de los puntos esenciales del Derecho Administrativo.

Cuando el Estado dicta un acto antijurídico, existirá la posibilidad de impugnarlo en sede administrativa (procedimiento administrativo) o sede judicial (derecho procesal administrativo). Pero, además, resulta necesario indemnizar el

perjuicio ocasionado, haciendo efectiva la responsabilidad pecuniaria del funcionario autor del daño y del Estado.

La responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse juntamente con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no sólo de indemnizar el daño, que por lo general lo efectiviza el Estado, sino también de castigar al verdadero responsable de aquél, que en la mayoría de los casos, resulta ser el funcionario que lo cometió.

La inexistencia en torno a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos termina significando en la práctica, otorgarles lisa y llanamente, impunidad para seguir cometiendo los mismos errores y/o daños, y de ahí la importancia que tiene para la vigencia de los derechos individuales.

Sin dudas el problema de la responsabilidad del Estado nunca debería considerarse separadamente del problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos intervinientes.

#### **4. La responsabilidad civil. Presupuestos.**

Con el fin de ir desarrollando todo lo relacionado con la responsabilidad del Estado, resulta conveniente otorgar un manto de claridad a una serie de conceptos, que seguramente, nos ayudaran a comprender más cabalmente la temática.

✚ Tal como sostiene Cassagne, “existirá *responsabilidad del Estado* cuando un particular sufra un daño, moral o material causado por el mismo. El Estado resulta ser una persona jurídica integrada por sus órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial); y cuando dichos órganos causan un daño a los particulares, ya sea en su persona como en su patrimonio, la responsabilidad será del Estado y la sanción siempre resultará pecuniaria” (Cassagne Juan C., 1998).

Respecto del concepto de responsabilidad, ya el C.C. Velezano sostenía la existencia de tres tipos:

- ✓ La precontractual, procede cuando la responsabilidad surge de una conducta previa a la celebración del contrato.

- ✓ La contractual, procede cuando la responsabilidad surge de la ejecución o el incumplimiento del contrato.
- ✓ La extracontractual, procede cuando la responsabilidad surge de la relación entre el Estado y los administrados, ya sea por una función administrativa o de actos de tipo legislativo o judicial.

Puede entenderse como aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente (de mutuo acuerdo) contraída, sino de una conducta de alguno de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado. Y pueden surgir de una actividad legítima o ilegítima.

Los “presupuestos” o "elementos constitutivos de la responsabilidad civil" pueden ser identificados como aquellas condiciones de existencia necesaria y suficiente para configurar el nacimiento de la obligación de reparar. Los presupuestos de la responsabilidad por daños son “los elementos que integran el supuesto fáctico condicionante de consecuencias jurídicas con motivo de la producción de perjuicios” (Zavala de González, 1999).

Y para que se configure tal responsabilidad civil, hace falta la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1. Existencia de un daño cierto y concreto: el daño es la lesión antijurídica a intereses jurídicos espirituales y patrimoniales. Es antijurídico porque el que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva), más que por que la conducta sea contraria a derecho.  
Tal como lo establece el Art. 1.739 CCCN, el daño debe ser: cierto, susceptible de apreciación pecuniaria; subsistente, y propio de quien lo reclama.
2. Imputabilidad del daño al Estado al cual se halla incardinado el órgano que lo produjo: que presente un mínimo de reconocibilidad exterior, en relación con los fines de la Administración, o con los demás órganos de ella (Legislativo y Judicial). Es decir, que sea posible esperar que el Estado actúe en determinado sentido. Si es falta personal responde



directa y exclusivamente el empleado. Tampoco se aplica para concesionarios, contratistas, escribanos en ejercicio de función administrativa, ya que no integran la estructura de la Administración. Son personas jurídicas que actúan per se, a su cuenta y riesgo.

3. La existencia de un factor de atribución, entendido como el fundamento que permite atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar el daño causado, se refiere a la omisión antijurídica que se produce en la medida que sea razonable y posible esperar que el Estado actúe en determinado sentido, conforme a un mínimo de reconocibilidad exterior, como resulta ser la falta de servicio.

La noción de falta de servicio, adoptada del derecho francés, se produce cuando el servicio no funciona, funciona mal, atrasado o demasiado tarde. Cassagne entiende que esta omisión se genera por el incumplimiento de una obligación legal, expresa o implícita.

4. El nexo adecuado de causalidad entre el daño y el accionar estatal: en Derecho Civil se usa el criterio de causalidad adecuada, según el grado de previsibilidad, conforme a la experiencia y al curso natural y ordinario de las cosas. La jurisprudencia no es uniforme en este punto, a veces ha aplicado el criterio de la causalidad directa e inmediata y en otras, el de la causalidad adecuada.

Es importante destacar que el nexo causal no se excluye si el daño fue causado por un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, a lo sumo se podrá exonerar parcialmente a la Administración.

✚ *Actividad legítima*: significa que los actos estatales tienen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico vigente.

Los presupuestos para que proceda la responsabilidad son:

- daño cierto,
- relación de causalidad,
- y que no exista deber jurídico del administrado de soportar dicho daño.

✚ *Actividad ilegítima*: tiene como presupuesto el cumplimiento irregular o defectuoso de la función administrativa o ella es ejercida con irracionalidad o injusticia, por la cual el Estado debe responder.

El funcionamiento defectuoso puede darse tanto por acción como por omisión estatal. Es por eso que, la indemnización debe ser integral porque no es justo constreñir a los particulares a que se hagan cargo de todas las consecuencias disvaliosas que provienen del ejercicio irregular de la función administrativa.

✚ *Daño*: consiste en el perjuicio que sufren los administrados en su persona o en sus bienes.

✚ *Falta grave*: el Estado es responsable por daños causados por servicios públicos irregulares o defectuosos.

✚ *Falta de servicio*: procede cuando el agente que realiza la función comete con dolo o culpa una falta que excede la falta de servicio. Aquí el funcionario es el responsable frente a los administrados y no el Estado.

✚ *Error judicial*: procede en los casos en que los magistrados judiciales emiten resoluciones contrarias a la normativa vigente, provocando un daño que debe ser reparado.

La “responsabilidad civil” puede entenderse como la obligación de indemnizar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia.

Así desglosando dicha definición podemos entender por:

- a) Daño material (pecuniariamente apreciable);
- b) ilegítimamente causado u ocasionado (antijuridicidad);
- c) con dolo, culpa o negligencia (por parte del sujeto que lo cometió).

De esta manera, todo daño que no reconoce por origen una conducta culpable y antijurídica no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e

inevitable, asimilable casi al “caso fortuito” o a la “fuerza mayor” (Rodotá Stefano, 1964).

Así cuando nos referimos a la “responsabilidad” del Estado debemos considerar, en sentido amplio, que ella existirá toda vez que una persona que ha sufrido un daño —material o moral— causado directamente por el Estado, el que deberá ser indemnizada por él. No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando.

En ciertas ocasiones, se podrá exigir que la conducta dañosa sea culpable, y en otros no; en tanto, en algunos casos deberá existir el daño apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral.

### ***5. La responsabilidad por hechos y actos administrativos.***

La responsabilidad extracontractual por hechos y actos administrativos suele constituirse en la más importante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños.

En este tipo de responsabilidad se han planteado muchos problemas de distinta índole, derivados en su mayor parte del hecho de que se ha querido partir de la aplicación de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad extracontractual.

El Código Civil Velezano exigía para la configuración de tal responsabilidad, el modo de actuar de quien producía el daño, esto es, si el mismo era producido por una conducta negligente o culposa, para que pueda dar lugar a responsabilidad. Algunos autores y hasta fallos contemplaban en ocasiones que el Estado, como persona jurídica que es, no actúa con “culpa,” por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas. Sin embargo, este argumento fue fácilmente desechado teniendo en cuenta que el Estado actúa a través de órganos que son desempeñados por personas físicas, cuya voluntad, manifestaba dentro del ámbito de sus funciones, se imputa al Estado considerándose como suya propia, o sea, que en definitiva, el Estado puede perfectamente actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos.

Y el otro ítem de configuración, se relacionaba en establecer si se trataba de una responsabilidad “directa” e “indirecta”, recordando para ello que la responsabilidad “directa” es la que corresponde a una persona por un hecho propio; mientras que la “indirecta” es la que se corresponde a un superior por el hecho de un empleado o dependiente suyo.

Pero más allá de lo expuesto, los criterios existentes para determinar cuándo el Estado será responsable “directamente” o “indirectamente” resultan ser más variados. Si nos basamos en la distinción entre lo que se constituye la figura del funcionario y el empleado, veremos que: los “funcionarios” representan la voluntad del Estado, son *órganos suyos*; mientras que los “empleados,” por realizar actividades materiales de ejecución, son sus *dependientes*. De esta forma resulta la distinción entre responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta (por el hecho de un dependiente).

En nuestro país, no existe en la legislación una distinción entre funcionarios y empleados, esto es, entre personas que decidan en representación de la voluntad estatal, y personas que ejecuten esas decisiones en relación de dependencia; hemos visto también que todos los agentes del Estado, sea cual fuere su naturaleza, jerarquía o función, asumen el carácter de *órganos* del Estado. De esta forma si todos los agentes del Estado son *órganos suyos*, entonces la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes *será siempre directa*, no pudiéndose nunca dar la hipótesis de que por los hechos de tales personas pueda el Estado tener responsabilidad indirecta. Como vemos, la falta de distinción entre funcionario y empleado excluye la posibilidad de fundar en ella la distinción entre responsabilidad directa o indirecta de la administración, pero permite, en cambio, afirmar que dicha responsabilidad será siempre directa, en razón de ser siempre *órganos propios* del Estado los que actúan en su nombre (Gordillo A., 2013).

Nuestro ordenamiento jurídico impuso al Estado el deber de resarcir los daños ocasionados a las personas en su actuación como poder público y por su actividad extracontractual ilegítima recién a partir del fallo “Tomás Devoto y Cía. S.A. c/ Gobierno Nacional s/daños y perjuicios” (1933).

Se admitía, con anterioridad, que el Estado fuera declarado responsable cuando actuaba como persona de derecho privado, previa interposición de un reclamo administrativo.

Con el caso “Tomás Devoto”, los hechos que dieron lugar al caso bajo examen fueron los siguientes: agentes estatales se hallaban arreglando unas líneas telegráficas del Estado. Para cumplir con esa tarea encendieron un brasero sin poner los cuidados necesarios, por lo que las chispas que se desprendieron del mismo provocaron un incendio que se extendió a los campos, cuya explotación se encontraba a cargo de la firma Tomás Devoto y Cía. S.A..

La Corte condenó al Estado por los daños ocasionados a la actora en base a la obligación de reparar que tiene todo aquel que ocasiona un incendio por su culpa o negligencia y que tal obligación o responsabilidad se extiende a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño, apoyándose expresamente en los Arts. 1109 y 1113 C.C.. Omite toda referencia al Art. 43 del mismo texto legal en su redacción primitiva que implicaba un obstáculo para admitir la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños que por su culpa o negligencia provocaren sus empleados en razón de la explotación de un servicio público.

En el fallo Devoto la CSJN condenó al Estado a resarcir los daños que ocasionaran sus dependientes en ejercicio u ocasión de la función pública, por aplicación del Art. 1113 C.C..

En el año 1938, con el caso Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires, la CSJN funda la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima con la falta de servicio, del derecho francés, diciendo que “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en las condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsables por los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”.

Aunque como bien señala Cassagne también padece un defecto, la invocación del entonces vigente Art. 1113 C.C. y la consecuente construcción de la responsabilidad indirecta que suponía una suerte de presunción de culpa del Estado por la responsabilidad en la elección de los agentes que desempeñan funciones públicas.

Recién en 1984, la jurisprudencia da un vuelco definitivo con el caso “Vadell Jorge Fernando c/Provincia de Buenos Aires s/Indemnización”.

Nuevamente la CSJN echa mano a la teoría de la falta de servicio para fundar la responsabilidad estatal, aunque ahora de naturaleza objetiva, con fundamento en el Art. 1112 C.C., que resulta de aplicación subsidiaria.

Y no sólo le da esta nueva interpretación al 1112 C.C, sino que además declaró inaplicable el Art. 1113 C.C., por considerar que la responsabilidad indirecta que consagra esta norma, no se ajusta a la responsabilidad estatal que tiene lugar en el escenario del Derecho Público, ya que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado, realizada para el desenvolvimiento de las entidades de las que depende, ha de ser considerada propias de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.

Lo importante radica pues, en el desplazamiento de culpa como factor de atribución, y en consecuencia, ya no será necesario acreditar la culpa del autor del daño como tampoco individualizar al agente. Sólo será menester probar el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio para que quede configurado el factor objetivo y de este modo permitir que se atribuya la responsabilidad directamente al Estado.

Por el contrario, la norma que proyecta el deber del Estado de indemnizar por su actividad extracontractual ilegítima nace de la concepción de la Teoría Trialista en cuanto a su elaboración que realizaron los jueces integrando a veces una carencia histórica de normas y otras una carencia dikelógica de las mismas.

La carencia histórica supone la ausencia de norma, mientras la carencia dikelógica se refiere a la existencia de una norma que es gravemente injusta para el caso considerado. La Dikelogía es la ciencia de la Justicia, cuyo nombre proviene de la diosa griega Diké.

Según la teoría trialista los encargados de hacer funcionar las normas desarrollan cuatro tareas bien diferenciadas: interpretación, determinación, elaboración y aplicación.

Sin dudas uno de los momentos más importantes del funcionamiento de las normas es el de la interpretación, que consiste en una comparación entre el sentido actual de la norma conforme lo aprecia la colectividad y la voluntad de su creador en el

momento de su creación, y cuya finalidad es la adaptación de la norma a la voluntad de su autor.

En el fallo Devoto, la Corte Nacional impuso al Estado resarcir los daños ocasionados por el incendio de un campo provocado por la negligencia de dos empleados del telégrafo. Allí la CSJN sostuvo que en virtud del Art. 1113 C.C. correspondía responsabilizar al Estado por los actos ilícitos –en el caso se trato de actos negligentes– de sus dependientes.

“Desde la entrada en vigencia en 1871 del Código Civil, y antes de la reforma que introdujo la ley 17.711, carecía de norma alguna de la que pudiera derivarse la responsabilidad del Estado por sus actos o hechos ilícitos.

Regía en aquel tiempo, el Art. 43 C.C. que impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos y cuasidelitos de sus empleados, que establecía: “no se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.

La responsabilidad en el derecho común era entonces esencialmente subjetiva; se fundaba tradicionalmente en el principio de la culpa y de la imputabilidad y, además, en el daño jurídico” (Bielsa R., 1933).

El derecho de daños se miraba desde la óptica del autor del daño, era necesario probar la culpa de quien realizaba el daño. Así en el caso del Estado, al igual que en las demás personas jurídicas, siendo la voluntad una ficción legal, no hay posibilidad que concurran la culpa o el dolo que justifican la imputación de responsabilidad.

Esto variará en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma de la ley 17.711 que introducirá el esquema de la responsabilidad objetiva; y el derecho de daños será visto desde la víctima, sin preguntarse tanto quien es el autor del hecho dañoso sino quien debe soportar el daño. Todo ello basado en razones de solidaridad social y justicia distributiva (Nicolau Noemí L., 1986).

De la sola *interpretación* no podía entonces concluirse, como lo hizo la Corte en el caso Devoto, que el Estado debía indemnizar los daños ocasionados por sus dependientes en ejercicio o en ocasión de sus funciones.

La CSJN en el precedente Devoto, consideró *disvalioso* hacer aplicación del Art. 43 C.C. y eximir de responsabilidad al Estado Nacional por los daños ocasionados por dos empleados al producir el incendio del campo. Es decir, que la solución legal era injusta porque obligaba a los propietarios del campo incendiado a cargar con el perjuicio.

De igual modo no podía surgir la atribución de responsabilidad del Estado por sus hechos o actos ilícitos del Art. 1112 C.C., ya que éste sólo establece la responsabilidad de los funcionarios públicos. El mismo establece: “los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones que le están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de éste título”.

“La doctrina mayoritariamente, y gran parte de la jurisprudencia, han hecho decir a este artículo lo que no dice. Sostienen que del Art. 1112 C.C. surge el factor objetivo de atribución de responsabilidad: la *falta de servicio*” (Cassagne Juan C., 1998).

Bielsa, en su crítica al fallo Devoto, nos dice “la culpa del funcionario está establecida en el Art. 1112 C.C....pero la responsabilidad del funcionario no es, según el Código Civil, la de la Administración Pública. Cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es responsable y no la Administración Pública” (Bielsa R., 1933).

El Estado podía ser responsabilizado por la aplicación del Art. 1113 C.C. conforme ha sido modificado por la reforma de la ley 17.711. Así el Estado debe resarcir los daños que “...causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado...”. Pero ello es insuficiente para responsabilizarlo por los actos anónimos o derivados del factor de atribución denominado *falta de servicio*.

Para Cassagne la falta de servicio implica que no se cumplió “...de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del



servicio. Dejar sin resarcir los daños ocasionados en los casos de falta de servicio – aunque no exista de culpa del funcionario ni riesgo de la cosa –, importaría para el particular tener que soportar un sacrificio especial contrario la garantía de igualdad ante las cargas públicas. Y a su vez, ello implicaría la afectación de derechos subjetivos ingresados al patrimonio de los particulares que conforman el derecho de propiedad reconocido por el Art. 17 C.N. que estatuye la propiedad es inviolable y prohíbe la confiscatoriedad” (Cassagne Juan C., 1998).

## CAPITULO II

### LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

#### **1. Introducción.**

En este capítulo recorreremos el camino de la responsabilidad desde la óptica patrimonial, pasando por lo expresado en el Código Velezano, conociendo lo que hoy contempla el Código Civil y Comercial de la Nación, y abordando lo explicitado por la Ley 26.944 – Responsabilidad Estatal, hasta llegar a la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita ante la desatención del derecho a la salud de la población, como puede ser la falta o el mal suministro de medicamentos, y la producción de daños que de ello podría devenir.

#### **2. La responsabilidad patrimonial del Estado en la visión del Código Velezano.**

La responsabilidad del Estado no ha sabido tener un ordenamiento jurídico, una regulación específica que la sistematice. Por tal motivo, ante la existencia de una clara dispersión de normas constituyéndose en un laguna normológica, el sistema de responsabilidad estatal tuvo que elaborarse recurriéndose a la tarea de la integración judicial, en la medida que comenzaban a proyectarse desde el plano fáctico de la realidad social casos concretos hacia el plano jurídico del proceso, originándose así una enriquecedora jurisprudencia de la CSJN.

La integración citada está constituida por la elaboración, tarea que se analiza científicamente dentro del estudio del funcionamiento de las normas, cuando justamente existe una carencia de las mismas, la determinación, la interpretación y la aplicación.

El sistema de responsabilidad estatal se construye entonces abarcando la órbita contractual y la órbita extracontractual, en este último ámbito, incluyendo tanto a la responsabilidad por la actividad lícita (deber de indemnizar) como a la responsabilidad por la actividad ilícita (deber de responder), ante las acciones u omisiones de los agentes, empleados o funcionarios públicos que ocasionaban un daño

en el ejercicio o en ocasión de sus funciones, a una persona que de administrado pasa a ser víctima o damnificado.

Tal marco jurisprudencial evolutivo de la CSJN puede llegar a constituirse de la siguiente manera:

1. Respecto de la actividad ilícita: A partir del año 1933, con el caso “Devoto”, se comienza a dejar atrás la otrora postura de la irresponsabilidad estatal fundada en la interpretación del art. 43 del antiguo Código Civil, y la Corte reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado, aunque fundada en una concepción subjetiva e indirecta, por aplicación de los Arts. 1109 y 1113 C.C.. Este criterio sufre una parcial alteración, en el año 1938, con el caso “Ferrocarril Oeste”, donde la responsabilidad estatal sigue manteniéndose bajo una concepción subjetiva e indirecta, pero ahora fundada en los arts. 1112 y 1113 C.C..  
Recién cuando el Alto Tribunal falla el caso “Vadell, Jorge Fernando c/Provincia de Buenos Aires s/Indemnización” (1984), la responsabilidad estatal pasa a tener una concepción objetiva y directa, fundada exclusivamente en el Art. 1112 C.C., bajo la figura de “falta de servicio”.
2. Respecto de la actividad lícita: se destaca la emisión por parte de la Corte del caso “Laplacette” (1943), con la doctrina del sacrificio especial; el dictado del fallo “Columbia” (1996), con la doctrina de la ausencia del deber de soportar daños; y la resolución del fallo “Sánchez Granel” (1984), el reconocimiento del lucro cesante en la órbita contractual.
3. Respecto de la responsabilidad por la actividad lícita: es aquella que permite que el Estado indemnice algún daño ocasionado no obstante haber sido su actividad regular, habrá de recurrirse a la dimensión dialéctica. Se aplica un criterio de justicia distributiva (consideraciones de solidaridad social) para permitir -a veces hasta por cuestiones humanitarias- indemnizar en estos casos, algo inconcebible en el derecho privado. En la órbita extracontractual, han procedido reparaciones en casos tales como la revocación de un acto administrativo regular (por razones de oportunidad, mérito y conveniencia), o cuando se prohibió una actividad, o en

casos de ocupación temporánea, requisiciones, servidumbres, órdenes represivas y expropiaciones, siempre que se imponga un sacrificio especial al damnificado y exista un daño cierto.

4. Respecto de la responsabilidad por la actividad ilícita (o ilegítima) y por el hecho (ilícito): es aquella en la que la responsabilidad del Estado (deber de responder) es siempre directa y objetiva, y puede originarse tanto por las acciones u omisiones de los agentes, empleados o funcionarios públicos que ocasionen un daño en el ejercicio/ocasión de sus funciones.

Las acciones pueden haber sido ocasionadas en cualquier órgano del poder de Estado, así en el Poder Ejecutivo (actuación de la policía con armas de fuego), en el Poder Legislativo (la sanción de una ley inconstitucional) o en el Poder Judicial (error judicial), como así también las omisiones, en el Poder Ejecutivo (omisión a las obligaciones de seguridad, la falta de servicio), en el Poder Legislativo (omisiones inconstitucionales respecto del resguardo de derechos sociales) o en el Poder Judicial (servicio defectuoso, falta de servicio).

Respecto al hecho ilícito (vicio o riesgo de las cosas), se ha hecho responsable al Estado en casos tales como la caída de árboles, mampostería, existencia de pozos en las calles o veredas rotas, caída de ascensores, colisiones de autos oficiales, muelles averiados, etc.

En cuanto a los presupuestos que componen a la teoría general de la responsabilidad patrimonial estatal pública, (recordando que los factores de atribución siempre serán objetivos), la CSJN en diversos fallos ha dicho que son los siguientes:

- a. Imputación jurídica de la acción u omisión del funcionario al Estado: se aplica la teoría del órgano, es una imputación directa, siempre que haya sido en ejercicio u ocasión de la función.
- b. Daño resarcible: la consideración de la extensión del resarcimiento no es sencilla. En la actividad lícita la reparación es limitada; mientras que en la actividad ilícita se busca la integralidad de la reparación, en la medida que el daño sea cierto, actual y subsistente.
- c. Conexión causal: la causalidad debe ser directa, inmediata y exclusiva. Se aplica la teoría de la causalidad adecuada y la previsibilidad del daño.

Así lo estableció la CSJN en el caso “Tejedurías Magallanes S. A. c/ Administración Nacional de Aduanas s/daños y perjuicios” (1989).

- d. Ausencia del deber jurídico de soportar el daño: Así lo estableció la CSJN en el caso “Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/Banco Central de la República Argentina” (1992).

Finalmente, resulta remarcar respecto del sistema de responsabilidad patrimonial estatal público, lo relativo a la jurisdicción y la competencia judicial.

En algunos casos, la jurisdicción puede ser federal, tramitándose la causa por responsabilidad del Estado en un juzgado federal contencioso-administrativo o uno civil (según la naturaleza del acto o hecho); en otros, puede ser la ordinaria, donde en las provincias, ante el hecho ilícito generado por el riesgo o vicio de una cosa utilizado por el agente público, el caso se resolverá en los tribunales civiles.

### ***3. La responsabilidad patrimonial del Estado en la visión del Código Civil y Comercial de la Nación.***

El CCCN se refiere de manera expresa a la responsabilidad del Estado. Lo realiza dentro del Libro Tercero: “Derechos personales”, Título V: “Otras fuentes de obligaciones”, Capítulo 1: “Responsabilidad civil”, Sección 9ª: “Supuestos especiales de responsabilidad” en los Arts. 1.764 y 1.765.

El Art. 1.764 CCCN se titula “Inaplicabilidad de normas” el que dispone: “Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria”.

El título que hace referencia el art. 1.764 CCCN se denomina “Otras fuentes de las obligaciones” y el Capítulo 1 del mismo se titula “Responsabilidad Civil”.

Con todo ello, se interpreta casi literalmente que no se aplicarán en materia de responsabilidad del Estado las disposiciones referentes a la Responsabilidad Civil.

Por si la exclusión de estas normas no fuera clara, el Art. 1.765 CCCN titulado “Responsabilidad del Estado” dispone: “La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Es decir, no sólo excluye las normas referidas a la responsabilidad civil para aplicarlas a la responsabilidad del Estado, sino que, reenvía directamente a las normas jurídicas del derecho administrativo para aplicarlas en materia de responsabilidad del Estado.

#### ***4. Responsabilidad patrimonial del Estado: de Derecho Civil, de Derecho Administrativo.***

En el ámbito de vigencia del derecho interno, la reparación que debe satisfacer el Estado cuando fuera declarado responsable por la realización de un acto o hecho dañoso al patrimonio de los particulares o el incumplimiento de un contrato puede obedecer a una relación de derecho civil o de derecho administrativo.

Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil (bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales) la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado que en nuestro país se hallan en el Código Civil.

Se trata de una responsabilidad directa, basada principalmente en la noción de culpa, serán aplicables el Art. 43 C.C. y las disposiciones de los Arts. 512 y 1109 C.C., según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual.

Para Pizarro, “la función de la responsabilidad civil está encaminada al restablecimiento del equilibrio original que se ha roto a partir del hecho dañoso, por lo que la obligación de resarcir tiene una finalidad eminentemente reparadora” (Pizarro, Ramón D., 2006).

“En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aun cuando pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad, el Art. 1112 C.C., que nada tiene que ver con la responsabilidad del agente público, como erróneamente han pretendido algunos sectores de la doctrina y se advertía en cierta jurisprudencia de nuestros tribunales. A esta clase de responsabilidad la denominamos de derecho administrativo” (Cassagne Juan C., 1998).

### ***5. La responsabilidad patrimonial del Estado a la luz de la Ley 26.944.***

La ley 26.944, fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 8 de Agosto de 2.014. El proyecto fue elaborado en consonancia con el Proyecto de modificación del Código Civil para regular, específicamente, la responsabilidad del Estado.

De esta manera el Ejecutivo modificó lo actuado por la Comisión Redactora y estableció que este cuerpo normativo, por ser de derecho público, debía independizarse del código de fondo.

Resulta importante hacer notar que a la ley no se la mencione como de responsabilidad “civil” del Estado, ya que a diferencia de los funcionarios públicos que tienen responsabilidad civil, penal, disciplinaria y política, aquél solo tiene un solo tipo de responsabilidad que es la de carácter patrimonial.

El Código Civil y Comercial de la Nación en sus Arts. 1.765<sup>1</sup> y 1.766<sup>2</sup>, hace expresa mención de la responsabilidad del Estado así como la del funcionario y del empleado público.

El Código sienta el principio de que los funcionarios públicos son responsables en forma personal por ejercicio irregular de sus funciones.

La Ley 26.951 establece en su Art. 9 que "la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen".

Sin embargo el principio de responsabilidad del funcionario público y del empleado, que prescribe la primera parte del Art. 1.765 CCCN, se esteriliza por la segunda parte, que dice que estará regida por el derecho administrativo. Así el esbozo del mencionado artículo resulta claramente inconstitucional.

---

<sup>1</sup> **Art. 1765. Responsabilidad del Estado.** La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

<sup>2</sup> **Art. 1766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público.** Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Cada jurisdicción administrativa tendrá sus propias normas de responsabilidad civil, lo que es contrario al Art. 75, inc. 12, C.N., por ser materia delegada al Congreso de la Nación.

Parecieran no haber dudas de la intención del Poder Ejecutivo respecto del rechazo a la aplicación del Código Civil a la responsabilidad del Estado, es este Art. 1.766. Ahora debería contemplar la posibilidad de aplicar, de manera residual, el Código Civil, para los casos que se susciten en una jurisdicción administrativa, una provincia o un municipio, no tenga normas de responsabilidad del Estado.

Probablemente resulta justo lo que se quiso evitar. Las lagunas del ordenamiento no pueden ser llenadas por el Código Civil, si se trata de responsabilizar al Estado. En otros casos, por más que a primera vista pareciera que tanto el nuevo código como la ley 26.944 no lo permiten, no quedará otro remedio que no sea recurrir a las normas del Código Civil por analogía, a fin de no incurrir en denegación de justicia, como puede darse en el caso de que un trabajador estatal quiera plantear que la reparación por un accidente laboral resulta inconstitucional por insuficiente y por ende optar por la reparación civil. Así probablemente deberá acudir a las reglas del Código si alegara que el accidente de trabajo ocurrió por el riesgo o vicio de la cosa, pues no hay normas en la Ley 26.944 que definan cuándo una cosa es de tal forma, riesgosa o viciosa.

El Art. 1.766 CCCN sólo menciona al Estado, pero guarda silencio respecto del funcionario y del empleado.

La Ley 26.951 expresa en el Art. 1º, 2º párrafo, "las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria", sin mencionar a los funcionarios.

Cabe concluir entonces que la prohibición de aplicar subsidiariamente el Código Civil es sólo para la responsabilidad del Estado pero no para la del funcionario.

Lo notable y, a su vez, lo que más se le critica a esta ley es que, no puede concluirse si, ante un caso concreto, el Estado debe indemnizar al sujeto pasivo del hecho dañoso pues los supuestos de reconocimiento son tan generales que, en realidad, más allá de plasmar la línea jurisprudencial y doctrinaria mayoritaria, siempre nos encontraremos ante una cuestión de interpretación para conocer si un daño es materia de resarcimiento.



**6. Caracteres de la responsabilidad estatal. Presupuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita.**

**a) Responsabilidad del Estado: objetiva y directa.**

Con la aparición de la Ley 26.944, pueden verse los rasgos distintivos que como principios generales ha incorporado, y su diferenciación con el régimen del derecho común.

Mediante el detalle de los artículos que la componen, podemos desglosar los conceptos claves que hacen al conjunto de la responsabilidad estatal.

Así el Dr. Julio Isidro Altamira Gigena<sup>3</sup>, en un análisis sintético de la misma, sostiene:

**Art. 1º: “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas.**

**La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.**

**Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.**

**La sanción pecuniaria es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.”**

Prescribe el Art. 1º que la responsabilidad del Estado es *objetiva y directa* y, en los Arts. 3 y 4, se establece la imputabilidad material de la actividad al órgano estatal. Desde esta perspectiva, estos vocablos tipifican el sistema de la responsabilidad del Estado y, por tanto, constituyen *caracteres esenciales* de la misma, que la diferencian de los contenidos de la responsabilidad del derecho común.

Pero al no conceptualizar cada uno de estos vocablos, la falta de explicación de la terminología utilizada no permite su aprehensión por parte de aquél que no ha transitado por el derecho público. En efecto, tanto la doctrina administrativista como la jurisprudencia de la CSJN la utilizan con un determinado contenido mientras que, en otras disciplinas, estas palabras pueden tener significados y alcances diferentes.

---

<sup>3</sup> Abogado, Notario, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Fac. de D. y C.S. de la Universidad Nacional de Córdoba desde 1995.

La responsabilidad del Estado es amplia y se refiere a todos los daños que sean consecuencia de su actividad o inactividad.

En otras palabras, comprende los daños ocasionados por los hechos y actos, así también por las omisiones, y esta parte se la puede vincular con lo que la doctrina denominó los daños provocados, ya sea, por una no prestación o por una prestación irregular del servicio y, por ello, el afectado puede accionar: solicitando la prestación omitida o deficientemente prestada o reclamar la reparación de los perjuicios derivados de la conducta no realizada o realizada deficientemente.

En consecuencia la ley se refiere a la obligación de indemnizar el daño patrimonial causado por culpa o negligencia e incluso por dolo de la persona que lo cometió.

La evolución del reconocimiento de la responsabilidad estatal tuvo su origen en la falta personal del agente del Estado que producía el daño (Aberastury, Pedro, 2007).

“La posibilidad de extender esta falta personal al Estado fue el origen de esta rama del derecho y la encontramos en la noción francesa de “détachable”, es decir, recortada de tal forma del servicio sobre el que se ha realizado el comportamiento reprochable que, sin entrar a apreciar el funcionamiento mismo de la administración, se reconoce que el obrar del agente ha sido el perjudicial.

Así puede considerarse que este recorte se da tanto en forma material (en caso que ocurra la falta fuera del momento en que se cumple el servicio) como psicológica, en la medida que se pueda constatar que la conducta no se condice con las prácticas administrativas normales” (Lombard Martine, 2001).

“En nuestro país, judicialista por antonomasia, este conflicto de competencias no tuvo mayor aplicación pues no contamos con tribunales administrativos de la administración que resuelvan en forma definitiva un determinado conflicto” (Aberastury Pedro, 2005).

Sin embargo, adquirió relevancia, por la recepción del derecho administrativo francés en nuestro derecho, pero con connotaciones y significados propios, en tanto ello posibilitó el control de la CSJN y de los tribunales inferiores a todo tipo de actos, emanados de los otros poderes.

**Art. 2º: “Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:**

- a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado, expresamente por ley especial;**
- b) cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.”**

**Art. 3º: “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:**

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;**
- b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;**
- c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;**
- d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado. La omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.**

El primer requisito necesario para hacer procedente una acción de responsabilidad estatal es probar la existencia de un daño que debe ser cierto y actual, pues de lo contrario la demanda no va a prosperar. Es por todos, conocido, que el daño es una lesión antijurídica a intereses patrimoniales o espirituales, ¿ahora esto permite o incluye la indemnización por daño moral?

En principio podemos decir que el inciso a) del Art. 3º no impide la reparación del daño moral o extrapatrimonial; los incisos b) y c) siguen la jurisprudencia en general; y el inciso d) que se refiere a la responsabilidad por omisión, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han considerado procedente porque estamos en presencia de una omisión antijurídica, o sea, de una responsabilidad estatal por obrar ilegítimo.

Se ha sostenido que existe responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado en ejercicio de sus funciones omite la realización de actos o de hechos que de haberse realizado hubieran evitado el daño.

**Art. 4:** *“Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:*

- a) daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;*
- c) relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;*
- d) ausencia del deber jurídico de soportar el daño;*
- e) sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.*

Con relación al inciso a) en cuanto requiere que el daño sea cierto es porque debe ser concreto, constatable y por eso se exige que lo pueda acreditar mediante prueba idónea por quien se dice afectado. No puede ser hipotético y menos aún conjetural. Tiene que ser actual no puede ser futuro, y se requiere que sea mensurable en dinero. Resultaría además posible reclamar el daño moral, que es extrapatrimonial y cuyo monto de reparación queda librado al árbitro judicial.

El inciso b) establece la necesidad de imputar jurídicamente los daños al Estado.

El inciso c) exige la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio. Esa relación de causalidad tiene que ser directa e inmediata entre el accionar lícito del Estado, como causa y el perjuicio al particular como efecto de esto.

En el inciso d) se requiere la ausencia del deber jurídico de soportar el daño, pues hay numerosos casos en que una persona debe tolerar ciertos daños sin derecho a indemnización, como es el caso de ejercicio del poder de policía que implica limitaciones lícitas a los derechos individuales. Puedo citar como ejemplos la obligación de vacunar a los niños, a los animales, combatir las plagas, supervisar periódicamente los ascensores en los edificios, etc.

Podemos mencionar como ejemplo todas las restricciones establecidas al derecho de propiedad por razones de urbanismo. Se trata de limitaciones generales que no otorgan derecho a indemnización, como puede ser la obligación en los barrios residenciales de dejar un metro, dos o tres para espacios verdes en donde deben existir jardines y, que por ello, el propietario de ese inmueble se ve obligado no solo a no

edificar en ese espacio si no a hacer un jardín y cuidarlo, lo que indudablemente le implicará gastos.

El inciso e) exige que el sacrificio especial de la persona dañada se diferencie del que sufre el resto de la comunidad.

Está claro que quien padece un daño especial tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que el Estado le ha ocasionado, partiendo de la base que ese perjuicio se ha generado en beneficio de todos. El problema se presenta cuando el daño se va extendiendo progresivamente hacia grupos grandes y no identificados de personas. A mayor cantidad de individuos afectados, menor sacrificio especial.

Si el daño abarca una gran proporción de la comunidad la cuestión se complica económicamente. La comunidad tiene fondos para pagarle a diez, a veinte, a treinta, o a un grupo reducido en proporción a su número total. Es económicamente impracticable cuando el perjuicio lo ha sufrido un gran número de personas. Aquí el problema se transformaría en una verdadera carga pública.

En consecuencia el problema de la reparación o indemnización de los daños se agudiza en la medida en que aumenta el número de afectados y ello puede traer como consecuencia un grave problema presupuestario e incluso la paralización de la obra pública.

***Art. 5: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima corresponde al valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tome en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancia hipotéticas. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.”***

La responsabilidad estatal por actividad legítima como regla general no prospera y solo por excepción puede hacerse lugar.

Estamos en presencia de una actividad legal de la Administración y si la misma produce daños de carácter general, no son indemnizables porque son o

constituyen limitaciones al ejercicio de los derechos individuales. Son daños necesarios que por el solo hecho de ser habitantes de una ciudad deben ser soportados.

Solo deben ser indemnizados aquellos daños que no son necesarios o que no constituyen consecuencias normales y, por ello, estamos en presencia de un sacrificio especial, desigual que no tiene porque el afectado tolerar sin la debida compensación económica, pues de lo contrario, se vulnera el derecho de igualdad ante la ley (Art.16 C.N.) y el derecho de propiedad (Art. 17 C.N.).

***Art. 6: “El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuyan o encomienden un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.***

Más allá de lo prescripto en este artículo, no debe dejarse de lado la idea de que las empresas concesionarias o contratistas de servicios públicos, no son otra cosa que particulares que se organizan como sociedades comerciales y que suscriben un contrato de concesión ya sea con el Estado nacional, provincial o municipal.

Si bien es claro que estas personas jurídicas no integran la Administración Pública, no son órganos del Estado y, por lo tanto, el daño que ellos hayan cometido con motivo de su actividad, en principio, no se puede imputar al Estado, deberá considerarse que existe responsabilidad estatal, en los casos en que las mismas por motivos de insolvencia, y en el ejercicio de esa actividad ocasiona daños y el afectado inicia el juicio para lograr la justa indemnización contra la empresa concesionaria y ésta es insolvente, el Estado hay evidentemente una responsabilidad del Ente de Control y, por ello, debe hacerse cargo de la parte de la condena que, debido a la insolvencia de la empresa concesionaria, no se ha podido cumplir.

Hay responsabilidad estatal porque hay una omisión manifiesta del órgano de control, ya que no solo debe controlar que la empresa concesionaria realice el mantenimiento y la inversión que contractualmente le corresponde, sino también supervisar y auditar permanentemente al concesionario para saber si está cumpliendo con todas sus obligaciones contractuales (pago de sueldos en tiempo y forma, de aportes jubilatorios, obra social, seguros al día, etc.).

Los únicos casos en que generalmente queda liberado de responsabilidad son en los supuestos de imprevisibilidad, de caso fortuito o de fuerza mayor.

Indudablemente que para poder liberarse el Estado de su responsabilidad deberá acreditar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario, la concesionaria puede pretender hacer valer la “exceptio non adimpleti contractus”, como podría suceder ante la falta de pago en tiempo oportuno por parte del Estado de cánones a los que se hubiese obligado contractualmente.

***Art. 7: El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita”.***

La doctrina administrativa y privatista, hasta el momento, se encontraba dividida acerca de cuál era el plazo de prescripción, ya que para unos se debía aplicar la prescripción decenal establecida en el Art. 4023 C.C., mientras que para otros la bienal para la responsabilidad extracontractual dispuesta en el Art. 4037 C.C.; y una tercera posición se inclina por la aplicación de norma de derecho público que la encontramos en la Ley de Expropiación que establece el plazo de 5 años.

Cuando el daño era consecuencia del incumplimiento contractual, habría que ir al Código Civil que fija 10 años, salvo que el contrato de derecho administrativo o una ley especial estableciera un término menor.

Ahora existen casos donde se manifiesta un margen a la duda en cuanto a la determinación si la responsabilidad es contractual o extracontractual. Así si, una persona víctima de un accidente en la vía pública lo llevan inconsciente a la guardia de una hospital y es intervenido quirúrgicamente de mala forma (mala praxis), la duda aquí que se plantea es, cuál es el plazo de prescripción, si aquí no hubo contrato, o cual es el plazo de prescripción cuando la responsabilidad estatal es extracontractual...

Quienes sostienen la aplicación decenal, el argumento sustancial en el que se basan radica en que la responsabilidad es de derecho público de ninguna manera puede ser considerada responsabilidad de carácter civil.

Los que afirman que por tratarse de una responsabilidad extracontractual la prescripción debe ser bienal se apoyan en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los que se pronuncian a favor de la prescripción quinquenal es porque en virtud de que la responsabilidad estatal es de carácter público por la que deben aplicarse los principios y normas del Derecho Administrativo, ya que tiene autonomía como rama del Derecho Público, por lo cual cuenta con su propio sistema de normas y principios.

Al no existir una norma de esta rama del derecho que expresamente se refiera a la prescripción de la acción de daños y perjuicios, había que recurrir a las pautas de extensión interpretativa por aplicación vía de la analogía de normas del Derecho Público y la que encuentran adecuada es la Ley de Expropiación.

En la reciente ley no se sigue ninguna de las tres teorías mencionadas, ya que se establece el plazo de 3 años, lo cual en principio parecería adecuado dado que el plazo general de 2 años para la responsabilidad extracontractual suele ser a veces breve teniendo en cuenta que el afectado es la parte más débil y, por ello, resulta injusto e inequitativo que caduque el derecho a la reparación por vencimiento del plazo.

En cuanto al inicio del cómputo del plazo de la prescripción, esto es, si se debe contar desde que se generó el hecho dañoso o desde que se conoce el hecho dañoso o desde que se puede actuar para pedir su reparación, como en los casos de privación de la libertad, el plazo comienza a computarse desde que fue absuelto, ya que es con la sentencia que desaparece la apariencia de licitud.

Para el caso del Estado, cuando caduca el contrato de obra pública y el ex contratista inicia un juicio contencioso administrativo y obtiene una sentencia que declara la invalidez del acto administrativo que dispuso la caducidad, será a partir de allí, de que la sentencia quede firme y haga cosa juzgada para que comience a correr el plazo de 3 años para iniciar el juicio de daños y perjuicios.



***Art. 8: “El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucional que le sirve de fundamento”.***

Este artículo establece en forma clara y precisa que el tribunal competente es el de la jurisdicción contenciosa administrativa y, por ello, se modifica totalmente la tradición en el orden federal, porque algunas veces ha actuado la justicia en lo civil y en otras oportunidades la de lo contencioso administrativo.

En el orden provincial también sucedía exactamente lo mismo, ya que en muchas ocasiones primero se iniciaba el juicio contencioso administrativo con el objeto de lograr una sentencia que declarase la invalidez del acto administrativo perjudicial.

Con esta sentencia el afectado acudía a la sede civil e iniciaba el juicio de daños y perjuicios, ya que el tema a decidir era el monto de la reparación, pues la ilegalidad del proceder de la Administración ya había sido declarada por sentencia que había hecho cosa juzgada.

Esta norma permite que el afectado elija entre iniciar dos juicios, en el primero solicitando la invalidez del acto administrativo por vía contenciosa administrativa y en el segundo, en sede civil, pidiendo la reparación de daños y perjuicios que ese acto ilegal le ha ocasionado. Y a su vez la norma se pronuncia a favor de la jurisdicción contenciosa administrativa ya que la principal y mayor actividad de la Administración se desenvuelve en el ámbito del derecho público y este derecho es el derecho común del Estado.

Si el Estado por sus hechos o por sus actos ha ocasionado un daño el afectado tiene derecho a ser indemnizado y debe ser competente la jurisdicción contenciosa administrativa, toda vez que el derecho a obtener esa indemnización constituye un derecho público subjetivo de índole administrativo y regido, por ende, por el derecho público.

***Art. 9º: “La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo***

*en dolo, las obligaciones legales que le están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los dos (2) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los dos (2) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.*

El funcionario público tiene en materia patrimonial dos clases de responsabilidades: una contractual y la otra extracontractual.

La contractual resulta en referencia a los daños y perjuicios que ha ocasionado al Estado. Y con relación a la responsabilidad extracontractual, y a la responsabilidad del funcionario público, la misma puede ser como consecuencia de la actividad o de la omisión, siempre y cuando fuese en ejercicio de sus funciones.

Se exige de esta forma, no solo que la actividad sea realizada de manera irregular sino que además haya incurrido en dolo.

Del análisis de la norma se podría sostener que para liberar al Estado debe existir la certeza de que el funcionario obró de manera irregular, incurriendo en dolo y para ello es necesario que una sentencia judicial lo fundamente y dictamine.

En cuanto al término de prescripción, es de 2 años, lo que coincide con el art. 4037 C. C. y la jurisprudencia en general.

El plazo de prescripción comienza a correr desde que la sentencia que estableció la indemnización quedó firme y, por ello, hizo cosa juzgada.

***Art.: 10: “La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador”.***

Aquí se deja expresamente sentado el distingo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del Estado.

Esta ley se refiere exclusivamente a la extracontractual, ya que en cuanto a lo contractual será necesario dirigirse a las normas que regulan cada uno de los contratos: el de obra pública, el de suministro, etc.

Finaliza estableciendo que supletoriamente, y en el supuesto de ausencia de regulación en la ley del contrato que deba aplicarse, rigen los principios y normas establecidas en esta ley. De esta forma se excluyen por completo los principios y normas del derecho civil como fundamentación jurídica de la responsabilidad estatal.

La segunda parte establece que esta ley no se aplica cuando el Estado es empleador porque hay distintas normas que específicamente se refieren a la relación existente entre el Estado y el agente público.

***Art. 11: “Invitase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.***

El vocablo responsabilidad objetiva proviene del derecho español; es el derecho de los particulares a ser indemnizados por la lesión que sufran en sus bienes y derechos, por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos, con excepción de la fuerza mayor.

Así, si puede diferenciar la responsabilidad por actuación culpable o negligente de la responsabilidad objetiva sin falta, que comprende la responsabilidad por actos administrativos válidos, por la creación de situaciones de riesgo objetivo y por actos administrativos no fiscalizables (o no anulables) en la vía contencioso administrativa como principios generales que rigen la responsabilidad patrimonial del Estado.

Esta terminología ha sido adoptada por la CSJN, al establecer el principio de la responsabilidad objetiva en el caso “Vadell”, en forma concordante con la sentencia dictada en el caso “Ferrocarril Oeste” pero advirtiendo que la falta del servicio torna en innecesaria la identificación de la persona que ha actuado, es decir, en el derecho administrativo argentino la falta es impersonal por lo que la noción de dolo o culpa del derecho civil se traslada a la manera en que se debe cumplir el servicio. Tanto en el funcionamiento regular o irregular del servicio, no se valora subjetivamente la actuación del agente sino la prestación del servicio y, a partir de ello, se deberá apreciar si el daño causado al administrado es motivo de reparación.

De esta explicación surge que el vocablo -objetivo-, que caracteriza a la responsabilidad estatal, se distingue del sistema del Código Civil pues la noción de falta

que se hubiere producido en y/o en ocasión del servicio, ya no es más la conducta de una persona con su voluntad, sino la visión objetiva del servicio tal cual ha sido cumplido, regular en caso de responsabilidad legítima e irregular o defectuoso en caso de responsabilidad ilegítima, sin que esta explicación signifique relevar de responsabilidad al agente o funcionario que ha actuado con dolo o culpa.

#### **b) Imputación de la conducta**

“El Estado es una persona jurídica y su conducta se la puede imputar a través de la teoría del órgano: la adopción de esta teoría permite que esta imputación se la puede realizar, tanto cuando proviene de una conducta legítima o ilegítima con independencia de la persona física que lo ha generado por lo que se deben clarificar los mecanismos de imputación” (Perrino Pablo Esteban, 1999),

Es claro que los principios civilistas sirven de base para fundar, sin dificultades, la responsabilidad de los funcionarios, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, tanto frente a terceros como en relación a la administración por la existencia de un texto expreso, tal el Art. 1.112 C.C.; o aun, a falta de texto expresamente referido a los funcionarios, por aplicación de las disposiciones generales de la responsabilidad civil, pudiendo entenderse que para el caso del derecho público, dicha norma participa del carácter público.

Tanto en los precedentes Devoto y Ferrocarril Oeste, que permitieron la evolución de esta disciplina, como en el caso Vadell, que repitió el obiter de Ferrocarril Oeste, se independizó la imputación, en relación a quien realiza la conducta, del carácter objetivo de la falta, estableciendo que quien se compromete a prestar un servicio lo debe realizar adecuadamente.

“En cuanto a la imputación, significa determinar cuál es la persona generadora de la conducta que ha producido un daño. La Ley de Responsabilidad del Estado se aleja de la terminología que viene siendo utilizada en el derecho público pues, en lo que aquí interesa, pareciera que el legislador ha dado mayor relevancia en determinar de dónde proviene el daño que referir si el daño, en sí mismo y a pesar de su

existencia, es motivo de reparación. Por ello es que la doctrina ha realizado una diferenciación explícita entre imputación y atribución, en cuanto esta última significa considerar que nos encontramos ante un deber de reparar el perjuicio” (Aberastury Pedro, 2014).

De acuerdo con ello, a la hora de interpretar su significado, podemos señalar que, en la responsabilidad del Estado, el factor de imputación es directo, tanto en una situación que emerge de una conducta legítima como ilegítima, en la medida que no es necesario probar que existió una relación jurídica entre el agente y el Estado, a diferencia de la regla establecida en el Art. 1113 C. C., para alcanzar a la persona jurídica Estado pues lo que se constata es la prestación del servicio y en esto concordamos con lo dispuesto en los Arts. 3 inc. b) y 4 inc. b) de la ley.

Por lo tanto, en el derecho administrativo argentino, cuando se emplea la fórmula imputación directa, por oposición a la indirecta, nos estamos refiriendo a la conducta de la administración que genera un efecto disvalioso, con independencia a la actuación del agente que pudo haber intervenido. Cuando nos referimos a la falta de servicio, en realidad nos estamos refiriendo al factor de atribución, como fundamento o razón que determina la obligación de indemnizar el perjuicio causado y, en este supuesto, a diferencia de lo que sostiene la ley en cuanto reserva este último concepto, únicamente, a la falta de servicio por la prestación irregular del mismo.

Así la imputación es directa y la atribución es objetiva, aplicable tanto a los casos de una actuación legítima o ilegítima, ya sea por el normal o anormal funcionamiento del servicio

### **c) Reparación**

Los Arts. 3 y 4 de la ley establecen los requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal, tanto por actividad legítima como ilegítima.

Se sigue la doctrina jurisprudencial que, en forma pacífica, ha venido aplicando la Corte Suprema que establecen los requisitos de admisibilidad, similares a los del derecho común, tales como:

- a) daño cierto;
- b) imputabilidad a un órgano estatal;
- c) relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño.

A estos se les añade los propios del derecho público, que lo particularizan como tal, tal la existencia de una falta en el cumplimiento del servicio y la ausencia de deber jurídico de soportar el daño, en caso de actividad lícita.

**i. Daño cierto**

En relación al daño, la CSJN ha dicho siempre que debe ser cierto, es decir, concreto, susceptible de ser mensurable.

**ii. Imputabilidad**

En la responsabilidad por una actividad legítima del Estado, el daño que se infringe al particular, producido por un acto y/o ley, formal o material, por definición no puede encontrarse comprendida en una conducta culposa o dolosa por lo que al funcionario no le alcanza la responsabilidad por el daño ocasionado. El resarcimiento sólo podrá serle atribuido al Estado. Debemos mencionar que el Art. 4 inc. a) de la ley no hace mención a la falta de servicio pero si la establece para el caso de la actividad ilegítima.

En la falta de servicio, por su incumplimiento irregular, la imputación al Estado no significa excluir al agente que intervino ni la posibilidad de hacerlo mediante un título subjetivo (Gordillo A., 2013), o prohibir las acciones en su contra y/o a los terceros que tienen a su cargo brindar el servicio. Por tanto, la restricción establecida en el Art. 6 de la ley, debería considerársela como ilegítima pues afecta todo el sistema jurídico al contravenir el principio de unidad legislativa; no se puede relevar de culpa a quien ha actuado con ilicitud.

A su vez, es contradictoria con lo establecido en el Art. 9 en cuanto dispone que “La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen...”.

**iii. Nexo causal**

“El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro

modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa” (Bustamante Alsina, Jorge, 1983).

La ley dispone, para el caso de la reparación por actividad ilegítima, en el Art. 3 inc. c) “Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue”; mientras que para la actividad legítima, en el Art. 4 inc. c) “Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”.

De lo expuesto resulta que, en ambos supuestos, ha adoptado la teoría de la causalidad adecuada pero en el caso de la actividad legítima torna más exigente la demarcación del iter causal.

El nexo causal se interrumpe, en el derecho civil, en la medida que el daño es producto de una causa ajena o producto de una actividad negligente o culposa de la víctima y, en la medida que el reproche sea imputable totalmente a la víctima; por imperio de lo dispuesto en el Art. 1111 C.C., no corresponderá que sea resarcida, pero se acepta la culpa concurrente.

En este caso, no nos encontramos con actuación negligente o culposa de la víctima sino que de lo que se trata es de aleccionar cuando, en cierto tipo de actuación estatal, es necesario que la víctima haya actuado de tal manera que su conducta sea suficiente para destruir el nexo causal.

Para el caso de la responsabilidad por actuar legítimo, la valoración del nexo causal es más estricto en tanto lo que se requiere es que exista un concepto de inmediatez, donde la víctima no haya concurrido a su producción, pero no por ello cualquier interferencia tiene virtualidad para interrumpir el nexo causal; debe ser objeto de una ponderación razonable y proporcionada la

conducta de la víctima en relación a la interrupción del iter causal (Uslenghi Andrés, 2014).

#### **d) Falta de servicio**

El legislador se refirió a la falta de servicio, en el caso de la procedencia de la reparación por actividad ilegítima, englobando esta falta tanto en los casos de una acción o una omisión.

La falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación del Art. 1112 C.C. que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas" (Aberastury Pedro, 2014).

En tanto la ley toma a la falta de servicio extrayendo la noción de culpa, debiéndose encuadrarla tanto el cumplimiento regular como en el incumplimiento irregular del servicio en el que se puede ocasionar un daño que sea susceptible de reparación.

Así lo ensaya Pizarro cuando refiere al termino falta de servicio como “una mera culpa objetivada, edificada en derredor de un modelo de conducta que debería seguirse y del apartamiento de la efectivamente desplegada por el agente, cuya ponderación se realiza fundada en criterios de previsibilidad, atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar” (Pizarro, Ramón D., 2006).

La falta de servicio conforme los lineamientos elaborados por la jurisprudencia de la Corte y receptada en esta nueva normativa, es decir, como factor exclusivo de atribución de responsabilidad, importa el reconocimiento de un régimen de privilegio para el Estado.

Así lo entiende Pizarro, al señalar que “la doctrina de la falta de servicio ha sido pensada para acotar la responsabilidad del Estado, ajustándola a unos parámetros de diligencia objetivada (culpa objetivada, apreciada en abstracto), con cargas probatorias muy severas en cabeza del damnificado, cuyas dificultades crecerán en la medida en que sea más complejo el entramado causal que produjo el daño.



Resulta evidente que quien ha sufrido un daño a raíz de una acción u omisión estatal, ingresa en un terreno sumamente árido y complejo a la hora de probar la falta de servicio. Ello como corolario de una declamada naturaleza objetiva, pero que a la hora de su operatividad, revela su verdadera esencia: la de una culpa objetivada, cuya razón de ser radica en el apartamiento de un modelo de conducta.

En otras palabras, a la víctima le toca la peor parte, la de probar que el Estado se equivocó. Y para colmo de males, el error no puede devenir de una contrariedad con el orden jurídico valorado integralmente, sino que requiere, en el caso de las omisiones, de un mandato normativo expreso y determinado.

En este contexto, indudablemente el principio *alterum non laedere*, de raigambre constitucional, deviene seriamente cuestionado, porque no podemos ignorar que imponer a la víctima la prueba de una conducta culpable de la Administración, aunque teñida de una leve objetividad, implica desde el plano sustancial, y no sólo procesal, un fuerte límite en el acceso a la reparación. Es sin duda una responsabilidad objetivamente declamada, pero que se edifica y funciona basada en estándares de diligencia esperable, que son propios de esquemas de responsabilidad subjetiva” (Pizarro, Ramón D., 2013).

**e) Ausencia del deber de soportar el daño. Sacrificio especial.**

Tradicionalmente, se puede observar que la doctrina civilista puso el enfoque sobre la víctima a efectos de indemnizar el perjuicio causado.

Luego se avanzó hacia la teoría objetiva del riesgo, a efectos de que la víctima pudiera obtener su resarcimiento a través de la inversión de la carga de la prueba, por la utilización de la cosa que, de por sí, generaba riesgos, sin dejar de incluir la responsabilidad de la guarda de la cosa, es decir, sin alterar el concepto de culpa pero cuidando a la víctima para que pudiera ser indemnizada.

Para fundamentar la procedencia de la reparación, entre el deber de soportar el daño a consecuencia de una conducta legítima y la privación del derecho por un accionar legítimo de la administración, se han elaborado distintas teorías, y la ley ha adoptado por la denominada “teoría del sacrificio especial”, la cual apunta a constatar que el afectado ha sido objeto de un agravio desigual y excepcional, en comparación

con la de otros individuos, sobrepasando el límite de lo que el poder público puede “normalmente” imponer al individuo.

#### **f) Exención de responsabilidad**

La exención de responsabilidad, prevista en el Art. 2 de la ley, esto es, daños producidos por caso fortuito o fuerza mayor o por el hecho de la víctima o por un tercero por quien el Estado no debe responder, implica suprimir todo factor de imputación lo cual, en los hechos, significa que el Estado jamás responda si se lo interpreta con los alcances allí mencionados. Esto se encuentra respaldado a su vez por el Art. 6 cuando dispone que el Estado no debe responder ni aún en forma subsidiaria por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos.

Pero más allá de lo prescripto en ambos articulados, deberíamos inclinarnos por la posición expuesta ut supra por el Dr. Altamira Gigena, el cual sostiene que solo será así, en la medida que el órgano administrativo de control del Estado cumpla con su parte en cuanto a lo relativo al contralor que debe ejercer de todo aquel que ejerza la prestación de un servicio público, que en razón de verdad, nunca deja de ser potestad, y por ende, de responsabilidad estatal para con el administrado, pudiendo quedar liberado de responsabilidad solo en aquellos casos probados de imprevisibilidad, llámese caso fortuito o de fuerza mayor.

#### ***7. La falta de entrega de medicamentos configura la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.***

Teniendo en cuenta lo expuesto, se puede explicar claramente por qué la falta de entrega de medicamentos por parte del Estado a las personas que no cuentan con obra social o que aun teniéndola se ven imposibilitadas por otro motivo de proveerse los remedios, trae aparejada la responsabilidad extracontractual estatal por actividad ilícita.

Esta afirmación se puede hacer, toda vez que los presupuestos para que se configure dicha responsabilidad se presentan, como puede suceder aquí, en el caso concreto.

Así, el primer presupuesto que es, la imputabilidad material del hecho o acto administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones, se presenta cuando algún órgano del Poder Ejecutivo deniega la entrega de medicamentos a personas que se encuentren sin cobertura médica o que teniéndola, ésta no pueda cumplir con la entrega.

El hecho u acto administrativo generalmente provendrá de algún órgano o dependencia con tal responsabilidad. A nivel nacional, el Ministerio de Salud y Acción Social, a través de alguno de los Bancos Nacionales de Drogas dependientes de aquel resulta claramente el caso.

De esta manera ocurrió en el caso “Campodónico de Beviacqua, Ana c/Estado Nacional”, donde el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas denegó la entrega de medicamentos que venía haciendo a un menor con una enfermedad congénita, esgrimiendo que le correspondía al gobierno de la provincia en la que el chico residía y a su obra social (que estaba suspendida), realizar esa entrega.

Se configura de esta manera el primer presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita.

Con respecto al segundo presupuesto, la falta de servicio, se da en la irregularidad en el cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento, o por el funcionamiento defectuoso del servicio sea el incumplimiento derivado de acción u omisión.

Así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso antes citado, sosteniendo que teniendo en cuenta que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que enumera el Art. 75, inc. 22 segundo párrafo, de nuestra Carta Magna reconocen y amplían el concepto de derecho a la salud, a través de los cuales el Estado ha asumido compromisos internacionales explícitos en el sentido de garantizar ese derecho a todos los habitantes de la Nación.

El incumplimiento en éste caso es producido por parte del Ministerio de Salud y Acción Social. El Máximo Tribunal ha reafirmado en el mismo sentido en el caso “Asociación Benghalensis y otros v/Ministerio de Salud y Acción Social-Estado

Nacional s/amparo” el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga.

Este concepto de falta de servicio, prescinde de la noción de culpa, y hace responsable al Estado por los hechos, actos y/u omisiones que cometan los funcionarios pertenecientes a los órganos que lo integran, independientemente de que éstos hayan o no actuado de manera culpable. Entonces la responsabilidad estatal por sus actos u omisiones ilícitas resulta como directa y objetiva.

El tercer presupuesto para determinar la responsabilidad del Estado está constituido por la existencia de un daño en el patrimonio del damnificado, el cual puede ser actual o futuro, pero en todos los casos debe ser cierto, el daño que provoca la omisión en la entrega de medicamentos por parte del Estado a una persona que lo necesita para vivir y/o para mejorar su calidad de vida actual y hasta también futura, pues no sólo se ve impedida de tratar actualmente su dolencia, para poder reintegrarse a la vida sociocultural y laboral que llevaba antes de enfermarse, sino además, seguramente en un futuro la enfermedad sin tratamiento irá en un progreso de tinte negativo aislando a la persona cada vez más de una calidad de vida por lo menos de carácter aceptable.

Se puede a su vez categorizar el daño que causa el Estado con su actuación como apreciable en dinero, entendiéndolo tanto como un daño patrimonial (la persona no puede trabajar o en muchos casos se encuentra sin trabajo, y si está enferma tiene menos posibilidades para costear los gastos que le represente el hecho de salir a buscar trabajo), como a su vez configurarse como un daño moral.

Y como un cuarto y último de los presupuestos, Cassagne expresa “como configurativo y necesario para juzgar la responsabilidad del Estado en el ámbito extracontractual por actividad ilícita, se trata de la existencia de una relación de causalidad entre el hecho o acto administrativo y el daño causado al particular, y se puede afirmar que también se presenta en la hipótesis, ya que de la causa eficiente (falta de entrega de medicamentos) se derivan necesariamente las consecuencias dañosas (deterioro de la salud, daño patrimonial, moral, etc.)” (Cassagne Juan C., 1998).

### ***8. Plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios.***

Según el criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando no media vinculación contractual, el plazo de prescripción de la acción para demandar al Estado por los daños causados por hechos o actos administrativos de carácter lícito o ilícito es de dos años a tenor de lo dispuesto en el Art. 2562 CCCN.

### ***9. La restitución: Criterio para establecer la medida de la indemnización.***

En principio, todo comportamiento ilegítimo de los órganos del Estado en ejercicio de la función administrativa que provoca daños al particular, engendra la obligación de restablecer la igualdad.

Esa obligación se lleva a cabo a través de un acto de restitución -propio de la justicia conmutativa- que consiste básicamente en la igualación de las cosas aun cuando se está obligado a reparar también según la condición de las personas y de acuerdo a las circunstancias.

El particular puede pretender que la restitución consista en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si ello no fuera posible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También puede el administrado optar por la indemnización pecuniaria.

En lo que concierne al criterio para fijar la indemnización cabe señalar que deben resarcirse integralmente los daños, actuales o futuros, siempre que sean ciertos y no eventuales hipotéticos. Tratándose de la reparación de las consecuencias de los actos o hechos ilegítimos la indemnización debe ser integral y comprende todos los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), ya sea que deriven de una consecuencia inmediata o mediata, como el daño moral, cuando éste fuera procedente.

En el caso de acreditarse la existencia de dolo cometido por un órgano del Estado, la indemnización debe comprender también los daños provenientes de las consecuencias casuales cuando ellas debieron producirse según las miras del autor del hecho o acto administrativo, sólo que en tal caso se tratará de una falta personal del funcionario, porque aparte que no es dable suponer la existencia de ese dolo específico en los órganos del estado que actúan dentro de las funciones o en ocasión de las

mismas, no resulta justo que la comunidad cargue con este dolo especial del agente público.

#### **10. *El requisito del reclamo administrativo previo.***

El reclamo administrativo previo fue instituido por la Ley 3952 de demandas contra la Nación sancionada en el año 1900, para suplir el requisito de la “venia” o autorización previa que el Estado Nacional debía conferir para ser demandado judicialmente.

Esa venia o autorización debía ser efectuada por el Congreso de la Nación en orden a la facultad de arreglar la deuda pública asignada por el artículo 67 inc. 6°, de la Constitución Nacional de 1853.

Actualmente en la legislación nacional, la exigencia del reclamo administrativo previo se encuentra establecida en el artículo 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos - 19.549, fijándose las excepciones en el Art. 32 de la misma norma, que como consecuencia de la reforma introducida por la Ley 25.344 de Emergencia Económica han quedado reducidas a dos.

De entre ellas interesa señalar la contenida en el inc. b del Art. 32, pues en virtud de la misma el reclamo administrativo previo no es necesario cuando se reclaman daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual.

#### **11. *El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.***

Si bien los Arts. 1.765 y 1.766 CCCN, prescriben la regulación de toda la temática de la responsabilidad estatal y la de los funcionarios públicos por la legislación nacional y/o local, según corresponda, resulta de importancia lo concerniente a los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado, cuestión que resulta independiente de su regulación por el derecho civil o por el derecho administrativo.

El fundamento de la responsabilidad estatal "no es otro que el "Estado de Derecho" y sus postulados... Es de esos principios o postulados, que forman un complejo y que tienden, todos, a lograr la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público" (Perrino Pablo E., 2010).

Dentro de la línea garantista formada por los principios que componen el estado de Derecho el eje del fundamento constitucional se halla, en el principio de igualdad ante las cargas pública reconocido en el Art. 16 C.N., lo que no es óbice para reconocer otros fundamentos concurrentes o complementarios como los que surgen del Art. 19 C.N. ("alterum non leadere") o de la inviolabilidad de la propiedad (Art. 17 C.P.) por causa de utilidad pública. La obligación de reparar tiene, un fundamento en la justicia que, en definitiva, es una relación de igualdad.

Cuando se genera un daño por la actividad estatal se opera un desequilibrio, que no es justo que sea soportado en forma desigual por los habitantes. La retribución o compensación se rige, en principio, por las reglas de la justicia conmutativa (en proporción a la cosa) aun cuando puede haber también aplicación de los criterios de justicia legal (que impongan el deber de soportar una carga o daño en tanto ello sea razonable y no implique un sacrificio especial) o de justicia.

Por ello, el hecho de haberse eliminado de las normas del actual CCCN no necesariamente implica la inexistencia de responsabilidad del Estado cuyo reconocimiento se impone por encontrar sustento en la ley suprema (Art. 31 C.N.<sup>4</sup>).

Sin dudas no debe olvidarse que la responsabilidad del Estado reposa en fundamentos que emanan de la Constitución y de los Tratados Internacionales ni tampoco que el CCCN se aplicará por analogía. Pero, en el caso de que ello ocurriera, mediante alguna violación de tracto constitucional, el sistema jurídico operara como reactivo en química, y si la norma o regulación emanada degrada o suprime la responsabilidad estatal, el particular estará habilitado a accionar judicialmente en defensa de sus derechos para privar de efectos o invalidar cualquier norma o principio inconstitucional.

## ***12. El Estado debe responder por sus obligaciones en materia de salud.***

### **a) Posibilidad de exigir a órganos del Estado el cumplimiento de sus obligaciones a través del control judicial.**

---

<sup>4</sup> **Art. 31.**- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

En varios pronunciamientos dados por la CSJN, se ha vislumbrado una perspectiva en miras de dar respuesta a la problemática referida a la efectiva vigencia de los derechos humanos, apuntando a subsanar la grave contradicción que existe entre lo efectivamente establecido en la ley, y la realidad de los hechos que en ocasiones resultan violatorias a la misma.

Sostiene Bazán, que en nuestro ordenamiento jurídico suelen darse, como justificativo de tales transgresiones, ocasiones en que se padece “un grave contraste entre el exceso normológico (inflación de normas) y el defecto sociológico (carencia de realizaciones prácticas) (Bazán V., 1997).

Ese quiebre se presenta aún más complicado de superar si se limita la eficacia de las garantías previstas en los ordenamientos jurídicos sólo para aquellos supuestos en que la violación de los derechos se verifica a través de conductas positivas del Estado o de particulares, dejando de esa forma de lado el control de dicha violación por medio de omisiones.

“La falencia se presenta especialmente con relación a los denominados derechos económicos, sociales y culturales. Estas normas entre las que se puede encontrar el derecho a la preservación de la salud, deben su carta de presentación al constitucionalismo social plasmado en diversas constituciones de postguerra” (Bidart Campos, 2000).

“Dicho movimiento constitucionalista consagró una generación de derechos que se caracteriza principalmente porque el primer deber que tenía el sujeto pasivo –consistente en una actitud de abstención de conductas lesivas de los mismos- se le suman deberes positivos en cabeza del Estado.

Tras la introducción de ésta ideología en nuestra Constitución, resulta imperioso el reconocimiento de la fuerza normativa de la Carta Magna, y la consecuente adecuación o generación de garantías que permitan impulsar un control de las omisiones constitucionales, para exigir a los poderes el cumplimiento de sus obligaciones activas.

En consecuencia, la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infraconstitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de



particulares, se encuentran compelidos bajo la supremacía constitucional” (Sagües, 1999).

Nuestro sistema de control de constitucionalidad, no arbitra en el orden federal, una pauta legal que instrumente una tutela de ésta especie. Por su parte la jurisprudencia de la Corte no se había mostrado propicia a un control directo y amplio en el sentido referido.

Así y observando los diversos fallos del máximo Tribunal se pueden vislumbrar distintas posturas:

a) En una primera etapa, encontramos jurisprudencia negativa, en la que la Corte señaló que resultaba discrecional para el poder legislativo la reglamentación de las cláusulas pragmáticas, no existiendo un deber inmediato para hacerlo (Caso “Lobería” Fallos 115:92, y Caso “Ministerio Fiscal v. El director del diario “La Fronda” Fallos 165:258).

En algunos pronunciamientos sostuvo que éstas cláusulas son “meros enunciados verbales” (Caso “José Cantarini v. Acindar” Fallos 239:273), sosteniendo que “en definitiva la verdadera efectividad de lo que dice la Constitución depende de la actividad del legislador que reglamente el derecho (Caso: “Ekmekdjian v. Neustadt” JA 1989-II-377). A su vez también ha dicho que “no puede sustituirse al legislador en el establecimiento del régimen legal de la República” (Caso: Regodesebes Fallos 237:24).

b) En una segunda tendencia, que lleva al reconocimiento de la admisibilidad del control de constitucionalidad, aun cuando se trate de omisiones, la Corte reconoce la operatividad de las cláusulas constitucionales, de manera independiente a la existencia del andamiaje legal necesario para ponerlas en marcha.. La Corte ha señalado que ella tiene igual jerarquía que el Poder Ejecutivo y que el Congreso, y que ello la obliga en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces (Caso: Bonorino Perú, Abel y otros v. Gobierno Nacional JA-1986-I-95).

Además nuestro máximo tribunal ha recalado que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (Caso: Ekmekdjian, Miguel A. v. Sofovich, Gerardo y otros JA 1986-I-95).

Así es como la Corte permite que las omisiones inconstitucionales de los poderes del Estado en reglamentar los derechos consagrados en la Constitución sean suplidos por el Poder Judicial, que ordene la instrumentación de los mismos de manera operativa.

En virtud de lo expuesto hasta aquí, y avanzando al tema en concreto del derecho a la salud, y teniendo en cuenta que no basta con reconocer la operatividad de los preceptos constitucionales, sino que es necesario instrumentar un control que permita que se obligue a los órganos que por omisión, realicen aquellas obligaciones incumplidas, resulta acertado citar jurisprudencia positiva en ese sentido con varios fallos que rezan tal aplicabilidad.

Así en el caso “Viceconte Mariela v. Ministerio de Salud y Acción Social” (JA 1999-I-485), la Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal, sala 4°, resolvió que corresponde hacer lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenar al Estado que cumpla con el compromiso...(de) producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina”.

En el caso “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, expte.311-CA-1997, que resolvió la sala 2° de la Cámara Civil de Neuquén, dicho tribunal hace lugar a un amparo interpuesto por la defensora oficial de menores a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil, en virtud de que consumían agua contaminada con plomo y mercurio. Dispone la Cámara que “Condena al Poder Ejecutivo Provincial a realizar las siguientes medidas: 1) proveer, por el término de dos días, 250 litros de agua potable diarios por habitante; 2) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio; 3) determinar...si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes, y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación; 4) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación”.

**b) Caso jurisprudencial: “Campodónico de Beviacqua”.**

El hijo de la señora Ana Campodónico de Beviacqua nació en el año 1996 con una patología conocida con el nombre de enfermedad de Kostman o neutropenia severa congénita - patología que ataca la médula ósea disminuyendo las defensas inmunológicas -, y debía ser tratado con un medicamento especial, que no había podido ser cubierto por su obra social pues la empresa prestadora del servicio había suspendido el convenio que tenía con aquella, mientras que la familia del menor no tenía medios económicos como para afrontar el tratamiento, por lo que el remedio le había sido suministrado por el Banco de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación hasta principios de diciembre de 1998, fecha en que dicho organismo manifestó que entregaba el medicamento por última vez.

Frente a estos acontecimientos la mencionada mujer, con el patrocinio del defensor público oficial interpuso acción de amparo ante el Juzgado Federal de Río Cuarto, Córdoba contra el citado ministerio, para hacer cesar el acto lesivo que atentó contra los derechos a la vida y a la salud del menor garantizados por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

La demandada sostuvo en su defensa, que el niño tenía una enfermedad no oncológica, y que por ello no era obligación del Banco de Drogas Antineoplásicas entregar el medicamento sino que lo había hecho hasta ese momento sólo por razones humanitarias, y que la actora debía acudir a los servicios de su obra social, a cargo del Programa Médico Obligatorio para la protección de las personas que dependen del uso de estupefacientes según lo dispuesto por la Ley 24.455, o sino solicitar un subsidio en la Secretaría de Desarrollo Social pues el Estado sólo tenía responsabilidad subsidiaria en esa materia.

Entendió el magistrado que las razones dadas para suspender la asistencia al niño y hacer recaer la responsabilidad en la obra social o en la autoridad local (Provincia de Córdoba) resultaban incompatibles con las obligaciones primarias puestas a cargo del Estado Nacional como garante del sistema de salud y que el acto afectaba los derechos a la vida, a la dignidad personal y al bienestar general protegidos por la

Constitución Nacional (Preámbulo y sus arts. 33 y 42), y los tratados internacionales de derechos humanos del art. 75 inc. 22 de la misma.

El Juez de primera instancia ponderando los informes oficiales sobre la gravedad de la enfermedad, el certificado de discapacidad expedido por el Centro Nacional de Reconocimientos Médicos, y la imposibilidad de pagar el tratamiento que tenía la familia, hizo lugar al reclamo de la actora y ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social a entregar el medicamento, sin perjuicio de los trámites que la madre del niño pudiera realizar para que la provisión fuese efectuada por los organismos apuntados por la demandada.

Esta resolución fue apelada por la demandada, y la Cámara Federal la confirmó, agregando que el principio de actuación subsidiaria que rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, según reza la letra de la Ley 23.661, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica, y ello impone una intervención cuando se encuentra superada la capacidad de provisión de los individuos o pequeñas comunidades.

Agregando que la obra social de la actora (OSPEDYC) no está en condiciones de afrontar la cobertura regular de los medicamentos, ya que la Asociación de Clínicas y Sanatorios del Sur de Córdoba ACLISA ha suspendido el convenio con aquella por falta de pago de las prestaciones y la entidad Córdoba Farmacéutica Cooperativa Limitada rescindió el contrato en marzo de 1999 por lo que los afiliados a la mencionada obra social estaban sin cobertura médica y asistencial.

Contra este pronunciamiento del tribunal de segunda instancia, la demandada interpuso el recurso extraordinario, el cual por su denegación motivó la queja que luego pasó a examinar la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día 24 de Octubre del año 2000.

La vencida expone ante la Corte, que se agravia porque el fallo cuestionado trasladó indebidamente a la Nación la responsabilidad de atender la enfermedad del niño y en cambio liberó a la obra social y a la autoridad local de las obligaciones legales que pesaban sobre ellas, lo que sostiene, contradice el principio de actuación subsidiaria del

Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio y las facultades reservadas a las provincias en materia de salud, citando los Arts. 17, 18 y 121 de la C.N.

La recurrente dice también, que se ha omitido en la sentencia tener en cuenta la Ley 24.455 y el deber de la obra social de cumplir con el Plan Médico Obligatorio, afirmando que no existe sustento legal para obligar a actuar al Estado Nacional en defecto de aquella, y que la carga impuesta por el juez de primera instancia compromete los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud, de acuerdo con lo previsto en la Ley 24.156 de Administración Financiera, en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación debe proteger.

La Corte Suprema entiende que los recurrentes, no logran desvirtuar el juicio del *a quo* relativo al estado de desamparo asistencial en que dejaba al menor la decisión de interrumpir la medicación en razón de no contar con efectiva cobertura de su obra social, afirmando además que no resultan admisibles las objeciones relativas a la omisión de la Cámara de considerar la Ley 24.445, que incorporó entre las prestaciones que deben dar las obras sociales a sus afiliados, la cobertura para tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos derivados del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y la drogadicción, ya que el remedio necesario para tratar la deficiencia del sistema inmunológico del chico nada tiene que ver con los aspectos a que hace referencia esa legislación cuando incluye en el Programa Médico Obligatorio, la rehabilitación de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes, por lo que el ámbito de aplicación de esa norma es ajeno a este caso.

En tanto, y con respecto al recurso extraordinario interpuesto, la CSJN declara que es formalmente procedente con relación a los agravios de la parte que cuestionan la responsabilidad asignada al Estado Nacional frente a la situación que compromete la vida y la salud del menor, lo cual involucra la interpretación de normas federales y la decisión ha sido contraria a los derechos que en ellas ha fundado la apelante. Manifiesta el Alto Tribunal además, como lo ha hecho en otras ocasiones, que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, y que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter

instrumental. Además, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, la Corte ha reafirmado en recientes pronunciamientos, como lo es el caso “Asociación Benghalensis v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo”, el derecho a la preservación de la salud y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

La Corte se refiere en especial para resolver este caso a los tratados de derechos humanos que con la reforma de la Carta magna del año 1994 adquirieron jerarquía constitucional, afirmando que los mismos resguardan la vida y la salud de los niños, según surge del art. 7 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4 inc. 1° y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y del art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y con respecto a este último, agrega que el mismo 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 Parte de procurar su satisfacción, entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad. Recalcando los ministros del Alto Tribunal que este tratado dice que los Estados Parte se han obligado hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en él.

Teniendo en cuenta este relato de los mencionados tratados, la CSJN entiende que el Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales, según surge de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3°.

El Máximo Tribunal, para resolver la cuestión, analiza también normas de orden interno, como lo es la Ley 23.661 la cual instituye un sistema nacional de salud,

con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Y con tal finalidad, dicho seguro se ha organizado dentro del marco de una concepción integradora del sector sanitario, en el que la autoridad pública debe reafirmar su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión de las acciones (art.1).

Su objetivo fundamental es proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestación eliminando toda forma de discriminación (art.2).

Y sostiene la Corte que el Ministerio de Salud y Acción Social, mediante la Secretaría de Salud, es la autoridad de aplicación que fija las políticas sanitarias del seguro y es también el organismo en la Ley 23.661 encargado de llevar a cabo la política de medicamentos, y que en tal carácter le corresponde “articular y coordinar” los servicios asistenciales que presten las obras sociales comprendidas en la Ley 23.660, los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (arts. 3, 4, 7, 15, 28, 36 de la Ley 23.661).

Y además no deja de tener presente el Máximo tribunal la Constitución de la Provincia de Córdoba (donde reside el menor), la que garantiza para todos sus habitantes el derecho a la vida, atribuye al gobierno local facultades para regular y fiscalizar el sistema de salud, integrar todos los recursos y concertar la política sanitaria con el gobierno federal, las demás provincias y los municipios y demás entidades públicas y privadas, y conserva la potestad del poder de policía provincial en materia de legislación y administración atinente a dicho sistema.

La Corte Suprema asevera que lo expresado pone en evidencia la función rectora que ejerce el Estado Nacional en esta materia y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la

regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y con los estados provinciales.

Entonces de acuerdo a la legislación examinada por la Corte, esta afirma que la decisión de prestar asistencia al menor adoptada en un principio por la autoridad nacional, hasta que resolvió interrumpir la entrega del medicamento, había atendido a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento para salvaguardar la vida y la salud del niño, y se ajustaba a los principios constitucionales que rigen esta materia y a las leyes dictadas en su consecuencia.

Y recepta posteriormente la CSJN que la existencia de una obra social que deba cumplir el Programa Médico Obligatorio, no puede resultar en perjuicio de la afiliada y menos del chico, pues si se aceptara el criterio de la recurrente que pretende justificar la interrupción de su asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se establecería un supuesto de discriminación inversa respecto de la madre del menor que, además de no contar con las prestaciones oportunas del organismo al que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

Además, la Corte observa acertadamente que el niño se halla amparado por las disposiciones de la ley 24.431 de protección integral a las personas discapacitadas, a la que adhirió la Provincia de Córdoba, y ello obliga también a asegurarle los tratamientos médicos en la medida que no puedan afrontarlos las personas de quienes dependa o los entes de obra social a que está afiliado, lo cual corrobora la sinrazón del acto de la autoridad pública que amenazó los derechos a la vida y a la salud del menor. Sostiene, en ese sentido, el máximo tribunal que la Ley 24.901 ha creado un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad y se ha dejado a cargo de las obras sociales comprendidas en la Ley 23.660 la obligatoriedad de su cobertura.

Pero frente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, la Corte dice, que el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial.



En último término la Corte Suprema, afirma que la resolución de la Cámara ha sido suficientemente explícita en cuanto ha asignado a la demandada responsabilidad subsidiaria y ha dejado a salvo sus atribuciones para encauzar la entrega del medicamento con la urgencia y oportunidad que el caso exige, sin liberar al gobierno provincial o a la obra social de sus obligaciones legales, y es inconcebible que puedan invocarse perjuicios derivados de las gestiones encomendadas en la sentencia, cuando es el Estado Nacional el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud del niño, por lo cual la CSJN confirma la sentencia apelada.

Analizando este fallo se puede afirmar que el término “derecho humano a la salud” expresa hoy un concepto mucho más extenso del que tenía varias décadas atrás, ya que ahora implica el derecho a una mejor calidad de vida y configura un derecho de naturaleza prestacional, un derecho de la población a servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de su salud.

En tal sentido el Estado, debe promover y facilitar las prestaciones de salud, brindar los servicios cuando la actividad privada resulta insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de determinados medicamentos y/o tratamientos médicos en hospitales públicos, incluyendo la elaboración de vacunas contra enfermedades endémicas. El Estado tiene entonces el deber ineludible de proteger la vida y la salud como derechos humanos fundamentales de toda la población.

Y en materia de salud pública le corresponde gestionar y aplicar los recursos necesarios para la efectivización de tales derechos y en especial –conforme al art. 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales- adoptar las medidas necesarias para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil así como el desarrollo de la salud de los niños.

En el caso mencionado, resuelto por la CSJN, ésta se encontró ante el problema de un niño afectado por una neutropenia severa congénita o enfermedad de Kostman que había sido asistido con la medicación especial que requiere su tratamiento por el Banco de Drogas Antineoplásicas, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social, organismo que decidió interrumpir el suministro sin cargo del fármaco

aduciendo que no tenía la obligación de proveerlo y que su entrega había obedecido a razones exclusivamente humanitarias.

El fallo da cuenta de las peripecias judiciales que debió sobrellevar la familia del menor con el fin de hacer cesar el acto que privó de tan esencial prestación con menoscabo de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos, primero ante un Juzgado Federal de Río Cuarto y luego ante la Cámara Federal de Córdoba incluyendo el recurso extraordinario cuya denegación originó la queja de la demandada y que la Corte por mayoría declaró procedente no sin argumentar rotundamente a favor de la continuidad de la prestación debida confirmando así la sentencia apelada

Queda en claro que no sólo razones humanitarias -de suyo suficientes- sino también legales -con ápice en las indicadas normas supralegales- abonaban la asistencia sanitaria cuya arbitraria interrupción debió corregir la Justicia, tal como surge de las Leyes 22.431 (que establece el sistema de protección integral de las personas discapacitadas) y su complementaria y modificatoria 24.901 (del sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos), y concordantes Ley 23.660 (régimen de las obras sociales), Ley 23.661 (Sistema Nacional de Seguro de Salud, con el Ministerio de Salud y Acción Social como autoridad de aplicación de la política de medicamentos) y Ley 24.455 (de incorporación de prestaciones obligatorias en las obras sociales), todas normas analizadas con elocuencia por la Corte sobre la base de que el Estado no puede desentenderse de sus deberes en la realización del servicio de salud, máxime si se trata de preservar la vida y la salud de un niño, que requiere preferente atención a las necesidades derivadas de minusvalía.

La Corte aplica así el principio *pro minoris* que en pos del interés superior del menor desplaza a cualquier otro, y anuda también la trilogía *minoridad-discapacidad-situación de urgencia y extrema necesidad* acentuando el deber de actuar de la autoridad de aplicación.

**c) Cuando el Estado no entrega medicamentos... ¿se presenta una mera inactividad material administrativa? ¿se constituye la figura del abandono de persona? ¿se trata del abandono de un deber?**

El caso Campodónico presenta múltiples aristas que permiten afirmar que en él se pueden encontrar los siguientes elementos:

I) existe una pretensión prestacional (la anulación del acto lesivo posibilitando la inmediata continuidad del suministro de la medicación que debe recibir el chico enfermo.

II) existe una inactividad material administrativa expresa, no tácita, pues media la decisión de interrumpir acciones positivas con las que comenzara a dar cumplimiento a la obligación indeclinable del Estado de garantizar los derechos humanos fundamentales que se hallaban en juego.

III) existe clara certeza de que la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud y Acción Social) tuvo la oportunidad de medir las consecuencias disvaliosas de su decisión, concretamente la situación de desamparo asistencial en que dejaba al niño, lo que lleva a plantear si cabe reprocharle no ya mera inacción propia de la indicada inactividad material sino incuria propia del abandono, y en esa dirección del abandono de persona.

Los derechos de los particulares son susceptibles de ser lesionados no sólo por acciones que provengan del Estado, sino también por la omisión en la que puedan incurrir los entes administrativos, la que puede consistir en inactividad formal o bien material. Cuando se habla de omitir se hace referencia a que existe una determinada acción cuya realización no se emprende, pero en el ámbito jurídico el concepto normativo de omisión contempla, además, que el hecho negativo o de abstención constituya un deber u obligación legal del sujeto que omite y por tanto un derecho del interesado a exigirle su cumplimiento.

“Por inactividad material se entiende una pasividad, un no hacer de la Administración dentro del marco de sus competencias ordinarias. En cambio, la inactividad formal se refiere a la pasividad de la Administración dentro de un

procedimiento, como resulta la simple no contestación a una petición de los particulares” (Hutchinson T., 1997).

En el caso Campodónico de Beviacqua, la inactividad material administrativa se presenta como atípica, pues tiene origen en un acto cuyo cese fue peticionado, se trata entonces de una omisión deliberada y manifiesta frente a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño y cuyo contexto familiar y social distaba de ofrecer una solución alternativa, circunstancias que la autoridad de aplicación debió ponderar antes de desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades que no han dado siempre adecuada tutela asistencial.

Habiendo dejado el Ministerio de Salud y Acción Social, a través del Banco de Drogas Antineoplásicas, al menor en situación de desamparo asistencial al haber interrumpido la entrega de medicación, habrá que analizar si se configuran los elementos que dan lugar al delito de abandono de persona.

El Código Penal Argentino establece en su Art. 106 que:

*“El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años. La pena será de tres a diez años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de reclusión o prisión”.*

El delito de abandono de personas tiene como fundamento la protección de la vida y la integridad física o salud de las personas; la figura encuadra dentro de la categoría de delitos de peligro, vale decir, aquellos que se concretan con la sola posibilidad de poner en peligro el bien jurídico protegido, sin necesidad de que el mismo se materialice.

El abandono en todas las figuras, son de peligro. El peligro tenido en cuenta por estas infracciones es el que puede derivar tanto para la vida como para la salud, el

hecho objetivo y subjetivo debe consistir solamente en el abandono Sin perjuicio de ello, la producción del daño está prevista como circunstancias de agravación (párrafos segundo y tercero del Art. 106 C.P.).

El primer párrafo del citado artículo, contempla la figura básica de este delito, la cual admite tres modos de ejecución:

a) colocar a la víctima en situación de desamparo y de la cual resulte peligro para su vida o su salud. En este supuesto el sujeto activo es quien crea la situación, impidiendo que la víctima obtenga los cuidados que le son imprescindibles, y coloca en ella al sujeto pasivo.

b) abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor deba mantener o cuidar

c) abandonar a su suerte a un ser humano al que el mismo autor haya incapacitado

“Atendiendo a las modalidades que puede asumir en el mundo externo el elemento voluntario interior, hay delito de comisión por omisión cuando se vulnera a la vez una norma prohibitiva (se infringe una obligación de no hacer: colocar a una persona en situación de desamparo) y otra que contiene un mandato positivo (en este supuesto lo que no se cumple es una obligación de hacer: abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que se debe mantener o cuidar, vale decir, el sujeto activo priva al sujeto pasivo de los cuidados debidos y necesarios para subsistir)” (Frías, G., 1993).

El delito de comisión por omisión requiere así:

- a- una situación de peligro objetivo para un bien jurídico (en el caso Campodónico lo que el Estado puso en juego al negar la medicación es la vida y la salud de un menor protegida por la Constitución Nacional, por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional -art.75 inc.22- en especial por la Convención sobre los derechos del niño),
- b- un deber de intervenir para hacer cesar o precaver el riesgo o la situación de peligro (precisamente el conjunto normativo señalado es el que le impone al Estado garantizar el derecho a la vida y a la salud de todos los

habitantes de la República Argentina, y también la Ley 23.661 que establece el Sistema Nacional de Seguro de salud aclara que es el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación el encargado de dictar las políticas en materia de medicamentos, por todo lo cual ampliamente se puede afirmar que existía el deber de parte del Estado de no descuidar los derechos a la vida y a la salud del pequeño),

- c- debe presentarse también un incumplimiento del deber de intervenir (que en el caso se dio sin vacilaciones ya que el Estado incurrió en una omisión deliberada y manifiesta, frente a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño, circunstancias que la Corte Suprema supo ponderar en el fallo agregando que “al Estado no le preocupó que el contexto familiar y social del niño distaba de ofrecer una solución alternativa, buscando desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud en entidades como las obras sociales que no han dado siempre adecuada tutela asistencial”)

Atento a lo recién mencionado, es que se puede afirmar que el Estado al omitir entregar el medicamento necesario para que un menor pueda seguir viviendo, incurre en el delito previsto en el primer supuesto del Art. 106 C.P. que habla de aquel que “pusiere en peligro la vida o la salud de otro, colocándolo en una situación de desamparo”. En este ilícito en el que se habla de “colocar”, “exponer a peligro”, “poner en situación de desamparo”, varios doctrinarios plantean que el sujeto activo y el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, en el caso analizado lo son el Estado y el niño respectivamente.

En el caso Campodónico de Beviacqua, el Estado Nacional a través del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, del cual depende el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, es el que pone al menor en la situación de desamparo de la que habla la primera hipótesis del citado artículo (al interrumpir la entrega de la medicación) con grave riesgo para la vida del menor.

Con respecto al segundo supuesto contenido por el Art. 106 C.P., que dice que comete el delito de abandono de persona “*El que pone en peligro la vida o la salud de otro, abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener y cuidar*”, se pueden encontrar mayores incertidumbres en torno a llegar a afirmar que el Estado efectivamente es responsable de su ejecución.

En un primer término se puede alegar a favor del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, que si bien se trataba de un incapaz de valerse, antes que el Estado tenían la obligación de mantenerlo y cuidarlo sus padres como consecuencia de los derechos y deberes que nacen de la patria potestad, pero la familia no contaba en el caso con los medios económicos necesarios para hacerlo, en segundo término como lo manifestaba la demandada era la obra social la que en cumplimiento del Plan Médico Obligatorio y como integrante del Sistema Nacional de Seguro de Salud la que debía prestar el servicio, entregando los medicamentos, pero como ya se vio esta entidad no pudo hacerse cargo tampoco.

Se puede concluir, entonces, que la familia del menor no podía brindarle los medicamentos, y que tampoco la obra social contaba con tal posibilidad, por lo cual era el Estado en su calidad de garante del derecho a la salud resulta el que debía hacerse cargo de la prestación.

Resulta importante destacar que para que se presente este segundo supuesto de abandono que habla de “abandonar, dejar” aun temporariamente sin que sea necesario que se configure la situación de desamparo, el sujeto activo es el encargado de cuidar al incapaz de valerse –sujeto pasivo- desentendiéndose materialmente aquél del incapaz de proveer a su propia existencia, era el Estado quien ante la imposibilidad de la familia y de la obra social debía cuidar de la salud del niño, incapaz de valerse por sí mismo.

De tal modo es que a partir de ahora en este análisis sí se puede decir que el Estado cometió abandono de la persona del niño en cuestión en los términos de la segunda hipótesis descripta por el mencionado Art. 106 C.P., porque el Estado es el garante del derecho a la salud como lo ha afirmado la Corte en el caso “Asociación Benghalensis v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo Ley 16.986” en el que ha dicho, que la autoridad pública tiene la obligación impostergable

de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. Sin dejar de tener en cuenta las obligaciones que respecto al derecho a la salud le impone la C.N. y la Ley 23.661.

Hasta aquí hemos podido dilucidar el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial que tiene el Estado en nuestro país.

Pero más allá de lo legislado tanto en el CCCN como en la Ley 26.944 - De Responsabilidad del Estado -, se pueden oír ya fuertes críticas que alegan una suerte de “irresponsabilidad estatal” ante la falta de regulación legal y no codificada.

Ahora si nos permitimos un repaso de la fuente mediata que constituye ser el Código Civil de Vélez, la jurisprudencia de la CSJN y la doctrina casi uniforme entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo sobre la materia, nos permite concluir que la actual regulación legal resulta ser cercana a la adecuada.

Centrándonos en un análisis específico de la Ley de Responsabilidad Estatal podemos ver que si bien consta de un reducido cuerpo normativo conformado por 12 artículos, la misma regula los distintos aspectos de la responsabilidad patrimonial, cuya naturaleza jurídica resulta ser claramente conforme al Derecho Público y con especial énfasis en el Derecho Administrativo excluyendo claramente al Derecho Civil.

A mi entender dicho tratamiento lo considero apropiado debido al tipo especial de sujeto que resulta ser Estado en la participación de las relaciones jurídicas para con los administrados. No obstante, si bien resulta un claro avance el hecho de que se haya reconocido que la responsabilidad estatal es objetiva y directa, resulta criticable la falta de pautas claras y expresas, ya que por caso, no toda lesión al derecho de propiedad es indemnizable; y además debería subrayarse que al Estado no debería alcanzarse responsabilidad por sí solo, por la indebida actuación tanto de sus dependientes, funcionarios, así como en los casos de los concesionarios de servicios públicos a la hora de terciarizar la prestación de los mismos.

Además a la hora de determinar si procede la indemnización por una actividad legítima, se debe recurrir a un criterio de razonabilidad y de proporcionalidad, donde se analice la situación desigualitaria creada por la norma, acto o conducta, para



establecer la especialidad del perjuicio y se tenga por configurado el deber de reparar, lo cual no ha sido claramente volcado en la norma en análisis.

La Ley 26.944 constituye un avance en el estudio de la materia pero en ciertos casos, puede llegar a contravenir hasta la propia jurisprudencia de la CSJN, por lo que sin dudas esto determinará que su aplicación no resulte en ocasiones del todo pacífica.

Con el caso “Campodónico de Beviacqua” se denota el verdadero “vía crucis” por el que tuvo que atravesar, un menor de edad que padecía una gravísima enfermedad y su grupo familiar, lo que revela cuán lejos resulta estar en ocasiones, nuestro ordenamiento jurídico de asemejarse tan siquiera un poco a las estructuras “desarrolladas” a las que legítimamente se aspira integrar, y hasta que su aplicabilidad no termine por contraponerse a la garantía de un derecho como el de la salud constituye, como se da en este caso.

Resulta hasta causa asombro, no solo la manera y las argumentaciones desplegadas en su momento por el Estado Nacional para “sacarse de encima el problema” en aras de la insensibilidad economicista, sino como se buscó agotar la instancia judicial, que a pesar de que la representación estatal perdió en primera y en segunda instancia, no dudó en recurrir ante la CSJN para pretender defender lo que hasta a la vista resulta indefendible. Como se pudo ver, al Estado Nacional no le bastaron los Arts. 14, 14 bis, 19 y 33 de la C.N., sino que tampoco lo satisfizo lo que los pactos internacionales del Art. 75 inc. 22 establecen como responsabilidad en la materia, constituyéndose en un verdadero atropello, ya que la insensibilidad manifiesta tiro por tierra que se trataba nada más y nada menos que de la vida y de la salud de un chico.

Sin dudas y tal como lo estableció la Corte, la responsabilidad del Estado en esta materia resulta subsidiaria, sin olvidarse que no se debe eximir de la responsabilidad que puede caber a la obra social que ostentaba del menor, ya que de acuerdo a lo explicitado, resulta en existencia, suficiente material probatorio para que tanto la obra social y como hasta el mismísimo Estado Provincial, en este caso el de Córdoba, se eximan del deber público y de la responsabilidad del caso.

## CAPITULO III

### DERECHO A LA SALUD

#### **1. Introducción.**

En este capítulo comenzaremos por introducirnos a definir el concepto de “derecho a la salud”, para posteriormente conocer, cómo se encuentra articulado y organizado el sistema de salud en nuestro país, y la responsabilidad del Estado como figura garantista para los todos los habitantes, partiendo como base legislativa del mandato constitucional que hace al derecho a la salud como un derecho humano fundamental, para pasar posteriormente a descubrir los avances dados en la materia, como representan ser las leyes sancionadas por el Congreso Nacional, como la 23.661 que establece la organización del Sistema Nacional de Seguro de Salud, el establecimiento del Programa Médico Obligatorio que enmarca al régimen de asistencia obligatoria para todas las obras sociales del sistema, la Ley 25.649 de Utilización de Medicamentos por su Nombre Genérico, hasta el establecimiento y puesta en marcha de ciertas políticas por parte del Ministerio de Salud de la Nación como resulta ser el Programa Remediar.

#### **2. Derecho a la salud...un acercamiento a su definición.**

Sin dudas y con los comienzos del siglo XXI, los derechos humanos tomado un matiz y una consideración desde el punto de vista jurídico cada vez más en expansión, proceso que los ha llevado a incrementar, los objetos sobre los cuales recaen, su regulación y la forma más adecuada de manejo.

Pero no debemos caer en la creencia que la integralidad del concepto de los derechos humanos y la problemática de los mismos se reduce, a la inclusión meramente legislativa de tal o cual derecho, para que se considere que en determinado Estado existe plena vigencia de los derechos humanos.

El fenómeno apunta a la creación de un conjunto de condiciones de índole cultural, política y económica social que permitan al desarrollo armónico de la sociedad. Y en esta dirección es que se han planteado una serie de casos en torno de lo que podría denominarse “derecho humano a la salud”.

Así cuestiones de alta complejidad moral y jurídica como las originadas en la relación entre la bioética y el desarrollo científico, como resultan ser el implante de embriones; la fecundación in vitro; etc.; así como la protección de la vida humana como ejemplos resultan ser los derechos de los pacientes terminales; la provisión de medicamentos; la mala praxis médica; los derechos de los discapacitados; el derecho de los fumadores y de los no fumadores de cigarrillos; la donación de órganos; el derecho de no discriminación de los enfermos contagiosos y el correlativo derecho a la no infección por parte del personal hospitalario que los atiende y de la comunidad en su conjunto; la incriminación en torno a la tenencia de estupefacientes para uso personal, constituyen tan solo una enumeración que puede ampliarse mucho más cuando se relacionan de manera directa o indirecta con el bien jurídico salud pública y con el derecho humano a la salud.

El derecho a la salud, importa hoy en día, un concepto más amplio que la simple ausencia de enfermedad, y se hace así alusión, al completo bienestar físico, psíquico y sociocultural que toda persona debería, al menos en principio, poder alcanzar, y que comprende sin dudas, en una responsabilidad a cargo de distintas instituciones del Estado.

El derecho a la salud pertenece a la categoría de los derechos sociales, que confieren al titular, la facultad para reclamar determinadas prestaciones por parte del Estado, y que el mismo tiene el deber de cumplimentar.

Ciertas prestaciones, como en el caso de nuestro país, se explicitaron por medio de la asunción de compromisos internacionales, como resulta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en la actualidad goza de jerarquía constitucional, que en su Art. 2 establece “los Estados parte se comprometen hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr...la plena efectividad de los derechos que allí se reconocen”. Así entre los derechos que en dicho instrumento se reconocen, se encuentra el derecho que tiene toda persona de gozar del más alto nivel posible de salud física y mental.

En las últimas décadas en nuestro país, se han dado reformas de diverso tenor, desde económicas, sociales a institucionales, lo que conlleva a ajustes de tipo

estructural, y derivado, entre otros, a la descentralización sectorial en jurisdicciones provinciales del mapa nacional, y hasta la zonificación en jurisdicciones municipales en lo atinente a la provisión de diversos bienes y servicios, constituyéndose esto en el basamento para el desarrollo de política de estado como resulta ser la provisión de medicamentos con la importancia que la misma conlleva. Y ante las diferencias que se evidencian, de variada índole entre los distintos estrados estatales, se hace necesaria la diferenciación de sus contribuciones y responsabilidades.

El derecho a la salud se encuentra contenido dentro del derecho a la vida, y puede ser considerado desde distintos enfoques, éstas variables no sólo no se contraponen sino que pueden sumarse, llegándose así a la conclusión de que este derecho es un fenómeno complejo cuyos componentes más importantes podrían sintetizarse:

- a) El derecho a ser sanos, a la defensa y a la promoción de la salud, teniendo como problemas que lo dificultan como los sociales (marginación, desempleo, pobreza).
- b) El derecho a la atención médica oportuna, teniendo como problemas que lo dificultan los sistemas de atención médica con obstáculos relacionados con la accesibilidad y con la cobertura.
- c) El derecho a participar, colectivamente, en la elaboración y puesta en marcha de programas de salud que tengan que ver con la promoción y la defensa de la salud, teniendo como problemas que lo dificultan, entre otros, a los relacionados con la burocracia y con la mercantilización de la medicina.

Dentro del derecho a la salud, el objeto y los sujetos obligados que el mismo alberga resultan de vital importancia en su identificación.

En primer término para delimitar el objeto del derecho a la salud, se puede establecer que se trata de un derecho de naturaleza prestacional, es decir, que conlleva, a diferencia de los derechos civiles de libertad, igualdad, una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada. El problema radica, entonces, en determinar cuál es el contenido de esa prestación. Un análisis de las diversas normas en la materia nos hace pensar sin lugar a dudas, que resulta lisa y llanamente, que toda

prestación en salud resulta un derecho de la población la posibilidad de tener el acceso a los servicios médicos suficientes para una adecuada protección y preservación de la misma, sin que esto importe condición social alguna por parte de sus integrantes.

En cuanto al sujeto activo, el derecho a la salud puede ser considerado como un derecho específicamente humano. Y aquí resulta necesario acotar el sentido de la “humanidad” del derecho. En primer lugar, el ámbito de aplicación personal de las normas que lo tutelan excede la condición de ciudadanía o nacionalidad política, ya que consecuentemente, gozan también de los beneficios, los extranjeros que residen legalmente en el territorio, ya sea a título ocasional (turistas, comerciantes, estudiantes, etc.) o con vocación de permanencia (Arts. 14 y 20 C.N.). Y en segundo término se trata de un derecho en cabeza de la persona física, en la medida en que la noción de salud psicofísica no resulta extensible a las personas jurídicas. Además, no existen parámetros de edad que restrinjan su disfrute, por ello se suele decir repetidamente, que estos derechos de naturaleza prestacional se deben brindar y la ciudadanía gozar desde “la cuna hasta la sepultura”.

Mientras que el sujeto pasivo, en el derecho a la salud resulta ser bifrontal, ya que resulta oponible tanto al Estado como a los demás particulares que en él intervienen.

En lo atinente al sujeto pasivo estatal, y en virtud al tipo objetivamente prestacional de este derecho, con el rol que desempeña el Estado a través de la administración de salud, y las dimensiones que adquiere su accionar. Así el Estado debe asumir entre otras obligaciones, la de promover y facilitar el acceso de la población a las prestaciones de salud; la de no perturbar el desenvolvimiento lícito de los prestadores de salud; la de brindar él mismo, estos servicios cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea a través del diseño de planes de salud, la creación de centros asistenciales, la provisión de medicamentos, etc..

A su vez, a los particulares como sujetos obligados por el derecho a la salud les corresponde, contribuir al el suministro de servicios médicos cuando se comprometen a actuar como prestadores; a no afectar el goce o disfrute de dichas prestaciones por parte de otros particulares; y a someterse a las regulaciones que dicten los órganos del Estado.

### ***3. Obligaciones del Estado con respecto al derecho a la salud.***

Sin dudas queda fuera de toda discusión desde hace mucho tiempo, que el acceso a la salud es un derecho fundamental y que es inherente a la toda persona. Así se ratifica constitucionalmente, a partir de la reforma de la Carta Magna de 1994, que en su Art. 75 inc. 22 le otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos y a través de los cuales se reconoce ampliamente el derecho a la salud, otorgando incluso el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 12 el nivel de salud que debe garantizar el Estado cuando en el mismo sostiene que toda persona tiene el derecho al disfrute del *“más alto nivel posible de salud física y mental”*, y a su vez el Art. 2 del mencionado instrumento internacional afirma que *“los estados parte se comprometen hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr... la plena efectividad de los derechos que allí se reconocen”*.

Con lo expuesto se podría decir que el nivel de salud que el Estado debe garantizar es el máximo que le permitan alcanzar sus recursos.

El derecho a la salud es de carácter prestacional, lo que implica que el Estado debe, pues, promover y facilitar las prestaciones de salud, brindar los servicios, ya sea mediante la elaboración y puesta en marcha de planes de salud, por la creación de centros asistenciales o la provisión de determinados medicamentos y/o tratamientos médicos en hospitales públicos.

Incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado en ciertos pronunciamientos la obligación impostergable del Estado de garantizar el derecho a la preservación de la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de las llamadas medicina prepaga como resulta ser el caso Asoc. Benghalensis.

El Estado está inexcusablemente obligado a asegurar a cada habitante del país el derecho a la salud, tal cual está previsto en los tratados internacionales, que no solo constituyen para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones por parte de éste.

#### 4. Organización del sistema de salud en nuestro país.

En nuestro país podríamos definir al sector de la salud, como al conjunto de recursos y actividades que cubren las necesidades de la salud y la atención médica, comprendida por tres subsectores de prestación: uno público, otro de la seguridad social y un último sector, el privado.

El subsector público se brinda a través de tres niveles administrativos: nacional, provincial, y municipal. Su gestión y funcionamiento depende del Estado. Se caracteriza por tener financiación pública, y debe proveer el acceso en forma universal.

Prioritariamente es utilizado por la población de menores recursos que por lo general no poseen ningún sistema de protección y prestación de salud. Incluso en varios casos este subsector es el que atiende, además de las patologías agudas, ciertas enfermedades de índole complejo y crónicas que no son tratadas por los otros dos subsectores.

Además este subsector es el que se encarga, a través de las entidades públicas, en su mayoría de la formación y capacitación del recurso humano que se desempeñara en este y en el resto de los subsectores mencionados.

El subsector de la seguridad social, es el sistema de cobertura que brinda atención médica a través de las obras sociales. Comprende a los trabajadores en relación de dependencia y sus familiares (aportes de los trabajadores y de los empleadores), a los jubilados y pensionados, y a los integrantes de las fuerzas armadas.

Este subsector se estructura por gremios, entidades intermedias no gubernamentales que organizan los servicios y administran los recursos, éstos a su vez se estructuran por ramas de producción.

Este ámbito de la seguridad social no ha desarrollado una capacidad instalada propia y sólo tiene un porcentaje mínimo de las camas del país. De éste modo canaliza principalmente su flujo financiero en el subsector privado con quien contrata a fin de obtener las prestaciones necesarias para sus afiliados.

Y el subsector privado, está constituido por los hospitales privados o sanatorios, y por los profesionales que en forma independiente atienden a pacientes en forma particular, además de los afiliados a obras sociales o al sistema de prepago.

Pasando a la funcionalidad en el sector público y poniendo énfasis en la autonomía del sistema hospitalario, se comenzó a instrumentar un modelo de autonomía prestacional, al cual han ido ingresando los principales hospitales provinciales.

Y mediante el Decreto 9578/93 se estableció la figura del Hospital Público de Autogestión a través del cual se dispone como será la ejecución de su presupuesto y sobre los recursos generados por el propio hospital. Y el mismo decreto establece además que el hospital deberá continuar recibiendo los aportes presupuestarios que le asigne la jurisdicción para el habitual funcionamiento del mismo de acuerdo con la producción, rendimiento y tipo de población que asiste tendiendo a reemplazar progresivamente el concepto de subsidio de la oferta por el de subsidio a la demanda.

Pero hoy en día, las personas y organizaciones que trabajan en el campo de la salud se enfrentan a un grave problema, y se trata de una acentuación de las disparidades entre los estados de salud de las poblaciones del interior del país con respecto a las de las zonas urbanas, ya que según lo establece el mencionado decreto, los aportes presupuestarios que le haga la jurisdicción correspondiente al hospital para su habitual funcionamiento se asignará de acuerdo con la producción, rendimiento y tipo de población que asiste, lo cual muchas veces conlleva a una inequidad en las prestaciones.

## **5. El mandato constitucional de preservar el derecho a la salud como derecho humano fundamental.**

El Estado aún antes de la reforma constitucional de 1994, ya se encontraba obligado a fomentar el derecho a la salud, pues se lo consideraba uno de los derechos implícitos del Art. 33, además el Art. 14 bis obligaba al Estado a otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter de integral e irrenunciable, para cuyo cumplimiento el Congreso Nacional sancionó además del Régimen de jubilaciones y pensiones, sancionó la Ley 23.660 que regula la actividad de las obras sociales, la Ley 23.661 que establece el Sistema Nacional de Seguro de Salud, y las Leyes 24.455 y 24.754 que completan el Plan Médico Obligatorio.



Sin embargo la reforma constitucional mencionada ha ido más lejos aún ya que ha garantizado el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, y al hospital público y gratuito, integrando además al “medicamento” por su condición de bien social integra el derecho a la salud.

Por otra parte resulta justo recalcar que al ser el sistema de gobierno establecido por la Constitución Nacional, de carácter federal y al ser el tema de la salud uno de los poderes no delegados por las provincias a la Nación, dicho tema es privativo de cada una de aquellas, las cuales a través de sus constituciones provinciales tienen que asegurar el derecho a la salud de sus habitantes, y son también las provincias las que deben legislar y decidir sobre tan importante cuestión. Es por eso que el Congreso Nacional al sancionar leyes, como la Ley 23.661 no la impone a todas las jurisdicciones provinciales del país sino que prevé que éstas se acojan a la norma mediante convenios firmados con la ANSSAL y el Ministerio de Salud.

Responde de idéntica manera a la causa citada el hecho de que otras normas relativas a la salud dictadas por el Poder Legislativo Nacional, como la Ley 25.649 sobre utilización de medicamentos genéricos, inviten a las provincias a adherir a ella.

## **6. El Sistema Nacional de Seguro de Salud: Ley 23.661.**

A través de este sistema, el seguro social procura el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin ningún tipo de discriminación.

El objetivo del sistema nacional del seguro social es proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas tendientes a promover, recuperar y rehabilitar la salud, conforme a un criterio de justicia distributiva.

Las prestaciones serán otorgadas de acuerdo a las políticas nacionales de salud y estarán basadas en la atención primaria de la salud y la descentralización operativa, promoviendo la libre elección de los prestadores siempre que ello sea posible.

Son agentes de éste seguro de salud, las obras sociales nacionales, las obras sociales de otras jurisdicciones y las demás entidades que adhieran al sistema a través de convenios como por ejemplo mutuales.

Los beneficiarios del seguro de salud son:

I) Los beneficiarios de la Ley 23.660 de obras sociales:

- a- Trabajadores en relación de dependencia privados o públicos (del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, de las universidades nacionales, sus organismos autárquicos y descentralizados, empresas del Estado.
- b- Jubilados y pensionados nacionales.
- c- Beneficiarios de pensiones no contributivas nacionales.
- d- Grupo familiar primario de todos los beneficiarios titulares nombrados hasta aquí, constituido por el cónyuge del titular; los hijos solteros menores de veintiún años no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, laboral o comercial; los hijos solteros mayores de veintiún años hasta los veinticinco años inclusive que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por autoridad competente; hijos mayores de veintiún años discapacitados a cargo del titular; los hijos del cónyuge y los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa que reúnan los requisitos anteriores.
- e- Personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar según la acreditación que determina la reglamentación.

II) Trabajadores autónomos comprendidos en el régimen nacional de jubilaciones y pensiones.

III) Personas que tengan residencia permanente en el país y se encuentren sin cobertura asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios previsionales.

IV) El personal dependiente de los gobiernos provinciales y sus municipalidades, y los jubilados y pensionados de esos ámbitos, no serán obligatoriamente incluidos. Sin embargo podrá optarse por su incorporación a través de los correspondientes convenios de adhesión.

V) Los organismos que brinden cobertura al personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad y el organismo que brinde cobertura asistencial al personal del Poder Legislativo de la Nación y/o a los jubilados y pensionados de esos

ámbitos podrán optar por su incorporación total o parcial al seguro mediante los correspondientes convenios de adhesión.

El Ministerio de Salud y Acción Social es la autoridad de aplicación de la Ley 23.661, el que está encargado de dictar las políticas sobre salud destinadas a coordinar los servicios de salud que presten todos los efectores, ya sean obras sociales, establecimientos públicos o prestadores privados. Y es el que implementa la política en materia de medicamentos.

El mencionado Ministerio actúa en el caso, a través de la Secretaría de Salud de la Nación, la cual según la norma que establece el sistema de seguro de salud, proveerá a la descentralización progresiva del seguro en las jurisdicciones provinciales, a través de la delegación de funciones y facultades que la ley otorga a la citada secretaría, lo que cada jurisdicción pactará por convenio de adhesión con aquella.

En el ámbito de la Secretaría de Salud funciona la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), que se ocupa de la conducción y supervisión del sistema. Este organismo está a cargo de un directorio, integrado por un presidente, que es designado por el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta del Ministerio de Salud y Acción Social, y un directorio, formado por catorce directores, de los cuales siete son representantes del Estado Nacional, cuatro son representantes de la Comisión General del Trabajo (CGT), un representante de los jubilados y pensionados, un representante de los empleadores y finalmente un representante del Consejo Federal de Salud.

La ANSSAL lleva el Registro Nacional de Agentes del Seguro, en el que deben inscribirse las obras sociales de la Ley 23.660, las asociaciones de obras sociales, las obras sociales que adhieran al sistema y las mutuales que adhieran; esta inscripción habilita a los registrados para aplicar los recursos destinados a las prestaciones de salud previstos en la ley de obras sociales. Los agentes de seguro deben desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará (de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación) las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, dicho programa deberá asegurar los medicamentos que esas prestaciones requieran. Las prestaciones serán otorgadas por los agentes del

seguro según las modalidades operativas de contratación y pago que normatice la ANSSAL.

La ANSSAL ién tiene a su cargo además el Registro Nacional de Prestadores, en el que deben inscribirse todos los prestadores que contraten con los Agentes del Seguro, ya sean personas físicas individualmente o asociadas; establecimientos y organismos asistenciales públicos o privados; obras sociales, agentes del seguro, cooperativas o mutuales que posean establecimientos asistenciales; asociaciones que representen a profesionales de la salud o establecimientos asistenciales que contraten servicios en nombre de sus miembros y entidades o asociaciones privadas que dispongan de recursos humanos y físicos y que sean prestadores directos de servicios asistenciales.

La inscripción en este registro implica para los prestadores:

- a) la obligación de respetar las normas y valores retribuidos que establezca la ANSSAL
- b) mantener la prestación del servicio en las modalidades convenidas durante el lapso de inscripción y por un tiempo adicional de 60 días
- c) ajustarse a las normas de la ANSSAL

Esta entidad se encarga además de establecer las normas sobre acreditación y categorización para profesionales y establecimientos de salud que serán requisitos para la inscripción en el Registro nacional de Prestadores.

Otra función de la ANSSAL es la de designar sindicaturas colegiadas, que fiscalizan y controlan los actos de los órganos y funcionarios de los Agentes del Seguro, con respecto al cumplimiento de la Ley 23.661 y su reglamentación.

En el ámbito de la ANSSAL funciona una Comisión Permanente de Concertación que participa en la elaboración de las normas y procedimientos a que se ajustará la prestación de servicios de salud, y las modalidades y valores retributivos, las cuales deberán ser aprobadas por el organismo nombrado en primer término

También dentro de la ANSSAL funciona como cuenta especial y bajo su administración un Fondo Solidario de Redistribución, el cual se integrará:

- a) con un porcentaje de los aportes que la ley de obras sociales (Ley 23.660) obliga a hacer a los empleadores (5% de la remuneración) y a los

- trabajadores (3% de la remuneración y 1,5% por cada beneficiario a cargo del titular afiliado,
- b) un porcentaje de lo aportado por las sociedades y empresas del Estado y de lo aportado por sus trabajadores,
  - c) los aportes de los jubilados y pensionados,
  - d) los reintegros de los préstamos que el Fondo haga,
  - e) los montos reintegrados y apoyos económicos que se revoquen,
  - f) el producido de las multas que se apliquen en virtud de la Ley 23.661,
  - g) el producido por las rentas de inversiones que haga el Fondo,
  - h) los subsidios, subvenciones, legados y donaciones que corresponda ingresar al fondo,
  - i) los aportes que determine el Presupuesto General de la Nación discriminados por jurisdicción adherida,
  - j) los aportes de la jurisdicciones adheridas hechos para integrar a la población sin cobertura, ni recursos y lo que el Tesoro Nacional aporte como contrapartida a ello,
  - k) los aportes del Tesoro Nacional, para necesidades adicionales de financiación del seguro,
  - l) los aportes que se convengan con las obras sociales de las jurisdicciones, con las asociaciones mutuales o de otra naturaleza que adhieran al sistema.

Los recursos de este Fondo se destinan según las modificaciones introducidas en la Ley 23.661, por los Decretos 446 y 1140 del año 2000, a gastos administrativos y de funcionamiento de la Superintendencia de Servicios de Salud; a subsidiar automáticamente a aquellos beneficiarios que por todo concepto perciban menores ingresos, con el propósito de equiparar sus niveles de cobertura obligatoria según establezca la reglamentación; a la cobertura de prestaciones médicas asistenciales de alta complejidad o elevado costo y baja frecuencia de utilización y las de discapacidad, para ello se distribuirá a los prestadores que lo soliciten una determinada suma mensual por cada beneficiario, y además los recursos del Fondo se destinarán a constituir reservas líquidas para atender posibles desequilibrios financieros originados

por la mora en los aportes y contribuciones al sistema, y el eventual excedente permanecerá en el Fondo.

Por otra parte, el Sistema Nacional de Seguro de Salud se financia con:

a) la cobertura que las obras sociales deben dar a sus beneficiarios, a lo que deben destinar por lo menos el 80% de sus recursos brutos deducidos los aportes al Fondo Solidario de Redistribución,

b) los aportes que determine el Presupuesto General de la Nación discriminados por jurisdicción adherida, c) los aportes que las jurisdicciones adheridas hagan con destino a la incorporación de la población sin cobertura y carente de recursos, como contrapartida de estos fondos el Tesoro Nacional aportará la misma cantidad en igual sentido al Fondo Solidario de Redistribución,

c) los aportes del Tesoro Nacional que según las necesidades adicionales de financiación determine el Presupuesto General de la Nación,

d) las sumas que ingresen al Fondo Solidario de Redistribución.

Respecto a la descentralización progresiva del seguro de salud en las jurisdicciones provinciales, es tarea de la Secretaría de Salud de la Nación, la que operará a través de convenios de adhesión, por los cuales la mencionada secretaría delegará en las provincias funciones y facultades que la ley le otorga.

Las jurisdicciones que adhieran administrarán el Seguro de Salud dentro de su ámbito. La adhesión implicará la articulación de los planes y programas de cada jurisdicción con lo que el ministerio de Salud de la Nación, la Secretaría de Salud de la Nación y la ANSSAL establezcan y el cumplimiento de las normas técnicas y administrativas del seguro.

La adhesión importará para cada jurisdicción:

- ✓ Incorporar en su ámbito a las personas con residencia permanente en el país, que se encuentren sin cobertura médico asistencial por carecer de tareas remuneradas o beneficios previsionales, para lo cual la jurisdicción recibirá apoyo financiero del Tesoro de la Nación a través del Fondo Solidario de Redistribución por un monto igual al que la provincia aporte a esta finalidad, que se hará efectivo en forma mensual en función de la

población que se estime cubrir y con sujeción a las demás condiciones que establezcan los respectivos convenios.

- ✓ Incorporar en su ámbito en las condiciones en que se haya determinado a los trabajadores autónomos del régimen nacional con residencia permanente en la jurisdicción, que no sean beneficiarios de otros agentes del seguro, y a los pertenecientes a los regímenes de respectivo ámbito, si los hubiere.
- ✓ Administrar sobre la base de las normas generales del sistema, el Registro de prestadores para la provincia.
- ✓ Aplicar en su ámbito las normas de acreditación y categorización para profesionales y establecimientos de salud que serán requisitos para la inscripción en el Registro nacional de Prestadores.
- ✓ Participar en el Fondo Solidario de Redistribución efectuando las contribuciones y recibiendo apoyos.
- ✓ Establecer y coordinar dentro de su ámbito una Subcomisión de la Comisión Permanente de Concertación sujeta a la aprobación de ésta.
- ✓ Suministrar la información que le requiera la ANSSAL.
- ✓ Ejercer las demás facultades, atribuciones o funciones que se le deleguen según el convenio de adhesión y cumplir con las obligaciones que imponga el mismo.

## **7. Programa Médico Obligatorio.**

El Programa Médico Obligatorio (PMO) es el conjunto de prestaciones a que tiene derecho todo beneficiario de la Seguridad Social, y constituye una política de Estado en materia de salud que se traduce reflejada en la determinación de un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto.

El Programa viene a menguar el choque entre la ética y la conciencia del derecho universal a la salud por una parte y por otra la estrecha capacidad de respuesta del sistema, integrado por actores de diversos orígenes, opiniones e intereses en un

marco de recursos finitos. Y además pone acento al considerar a la salud como una inversión y no como un gasto, lo cual no habilita a desentenderse del problema del financiamiento, pues hacerlo supondría la transformación de los derechos en cuestiones dialécticas y virtuales, sobre todo recordando que ha sido una decisión nacional que este sostenimiento económico se construya sobre una base solidaria y por tanto, el mismo origen de los fondos compromete su uso racional y obliga a la obtención de los máximos resultados posibles.

Se entiende por PMO, al régimen de asistencia obligatoria para todas las obras sociales del sistema de las Leyes 23.660 y 23.661, es decir, que todos los agentes del seguro involucrados en las mencionadas leyes, deben asegurar a sus beneficiarios, mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados, la garantía en cuanto a las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico, no pudiéndose establecer periodos de carencia ni el afronte de coseguros fuero de lo expresamente establecido en el programa.

Para poder entender en qué consiste el Plan Médico Obligatorio (PMO) es necesario reiterar que los agentes del seguro deben desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará, de acuerdo a lo que estipule la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, debiendo dichas prestaciones asegurar los medicamentos pertinentes. Esas prestaciones que los agentes del seguro deben otorgar obligatoriamente es lo que se conoce como Plan Médico Obligatorio.

Es también necesario aclarar que la Ley 24.455 incorporó entre las prestaciones que deben dar las obras sociales a sus afiliados, como la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos derivados del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y la drogadicción.

Mientras que la Ley 24.754 estableció que las entidades o empresas que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistenciales las *“mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455”*.

Además el PMO se completa con la Ley 24.754, ya que la misma implica que existe un límite al nivel de derechos disponibles en el tema de las prestaciones de



salud, tanto en el ámbito privado, como semiprivado y público, ya que en como en nuestro país, coinciden y conviven los tres regímenes.

En lo que hace al sistema de obras sociales y hospitales, es simplemente una explicitación del derecho constitucional a la salud, de que goza todo habitante de la Nación Argentina y por el cual el Estado –directa o indirectamente- debe brindar su prestación.

En el campo de la medicina prepaga complementariamente significa que el contrato de adhesión que suscriben las empresas con los adherentes al sistema tiene un límite a sus derechos disponibles, que es precisamente el PMO.

Como bien lo explica Stiglitz, “esto significa dos cuestiones: la primera, en cuanto al contenido del PMO, que es obligatoria su prestación por parte de las empresas, pues la indisponibilidad como derecho la trona irrenunciable para el paciente, por ser de orden público. La segunda es que, pese a lo expresado, cualquier cláusula que implique limitar o trasladar su costo o no aplicación, se considera, como lo establece el Art. 37 de la Ley 24.240, como no escrita o, dicho en otros términos más simples, está viciada de nulidad absoluta” (Stiglitz, G. 1998).

Desde el establecimiento del PMO, en nuestro país, se puede decir que existe un nuevo derecho constitucional civil a la salud que rige obligatoriamente y compromete al Estado y las empresas privadas a prestar esos contenidos mínimos, y que tal obligatoriedad y uniformidad de las acciones de prevención en todos los agentes del seguro permite evaluar su implementación y resultados así como dar espacio a las necesarias correcciones de rumbo en base a las mediciones efectuadas sobre el proceso sanitario.

## **8. Programa Remediar.**

Con la crisis del año 2001 dada en nuestro país, se suprimió el acceso de millones de familias a muchos bienes, y en el territorio de la atención médica no hubo mayor injusticia por falta de acceso que en el área de los medicamentos.

Después de los alimentos, los medicamentos constituyen ser los bienes de mayor importancia a acceder para aquella franja poblacional que posee bajos ingresos, constituyendo la carga de una enfermedad proporcionalmente mayor en ellos, dado que

además de sus escasos recursos suele ser la franja que menos cobertura de seguridad social posee.

El Programa Remediar es un programa de provisión gratuita de medicamentos esenciales de uso ambulatorio para el Primer Nivel de Atención de la Salud que permite garantizar la accesibilidad a los mismos.

El mismo fue creado en el año 2002, cuando, tras una caída estrepitosa que venía anunciándose desde el año 1999, ocurrió una drástica disminución en el acceso a medicamentos esenciales. Y uno de los basamentos de concepción fue la de que para contar con una política nacional en materia de salud, se debe contar con uno de los pilares como resulta contar con una política nacional de medicamentos.

Constituyo una estrategia central del Ministerio de Salud de la Nación para enfrentar la emergencia social y sanitaria. En principio el programa fue concebido con una financiación asegurada hasta finales del año 2006 a través de un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo, y destinado a aquellas personas que tienen dificultades de acceso a los remedios ambulatorios, en especial quienes están bajo la línea de pobreza y no poseen cobertura de seguros de salud, orientado a una población objetivo cercana a las 15.000.000 de personas, el cual se articuló con los 24 gobiernos provinciales y alrededor de 2.000 gobiernos municipales.

De esta manera, el Ministerio de Salud de la Nación propuso al BID el re-direccionamiento y la reconversión del PROAPS (Programa de Reforma de Atención Primaria de la Salud) para enfrentar la emergencia sanitaria en nuestro país. Dicha reconversión involucraba respetar los objetivos centrales de fortalecimiento de la estrategia de Atención Primaria de la Salud, pero volcando los recursos a garantizar el acceso a medicamentos ambulatorios.

A partir de entonces, el Programa incorporó dos objetivos centrales:

- Asegurar a la población sin cobertura de salud y en situación de pobreza el acceso a los medicamentos esenciales;
- Fortalecer un modelo de atención primaria y promover políticas saludables con gestión participativa.

Y adicionalmente asumió los siguientes propósitos:

- Jerarquizar los Centros de Atención Primaria de la Salud (CAPS) fortaleciendo las redes de Atención Primaria de la Salud;
- complementar la Política Nacional de Medicamentos en la promoción del acceso y utilización de los medicamentos;
- promover el uso racional de los medicamentos.

El suministro gratuito de medicamentos constituyó una modalidad de financiación que permitió un acceso más amplio, equitativo y focalizado sobre la población más necesitada. Su implementación exigió mecanismos transparentes de negociación entre el sistema de salud y los oferentes de medicamentos, constituyéndose Remediar en el programa de adquisición y distribución de medicamentos más importante de América Latina.

Para alcanzar tales objetivos, el Programa Remediar se propuso proveer medicamentos esenciales en botiquines buscando llegar a todos los Centros de Atención Primaria de la Salud del territorio nacional, estimados en aproximadamente 7.000, para su prescripción y suministro gratuito a la población objetivo.

Los medicamentos son distribuidos por este programa en botiquines a todos los Centros de Atención Primaria de la Salud (CAPS) para su prescripción y suministro gratuito a la población objetivo.

El Ministerio de Salud de la Nación desde la implementación del Programa Remediar sigue una estrategia de implementación progresiva, ya que apunta a asegurar que la composición y cantidad de los botiquines aumentara sucesivamente, así como la cantidad de CAPS que reciban medicamentos, y que los mismos permitan dar respuesta a la mayoría de los motivos de consulta en atención primaria de la salud.

Durante un primera fase, que comenzó allá por Octubre del año 2002 se distribuyeron, de acuerdo a datos suministrados por el Ministerio de Salud de la Nación alrededor de 5000 botiquines mensuales integrados por 34 medicamentos, a más de 2000 centros de salud.

La segunda fase, se inició en Marzo del año 2003, etapa en la cual el programa entró en pleno funcionamiento, prácticamente triplicando su volumen de operaciones, distribuyendo alrededor de 14.000 botiquines mensuales con 48

medicamentos, apuntando a cubrir prácticamente la totalidad de la demanda de todos los Centros de Atención Primaria de Salud del país.

La distribución de los botiquines directamente a los CAPS permite establecer un sistema uniforme de entrega en todas las provincias y municipios de todo el país, buscando así garantizar un debido seguimiento y control. Para ello se realizan licitaciones públicas que permiten la contratación de un operador logístico responsable por el armado de los botiquines, la impresión de los recetarios y otros formularios de control, el transporte, y la distribución de los medicamentos. Además la firma adjudicada debe disponer de un sistema de rastreo satelital y sistema de códigos de barras que permita el seguimiento permanente de los botiquines así como de su composición.

Mientras que con relación al número de botiquines a proporcionar y garantizar a cada jurisdicción/provincia, se estableció a través del Consejo Federal de Salud, el cual está conformado por los ministros provinciales del área y autoridades nacionales, un índice equitativo de distribución que fija con criterios sanitarios objetivos la participación que corresponde a cada provincia sobre el total de botiquines, garantizándose con razón de equidad la reposición de los mismos en forma mensual de acuerdo a la proporción de recetas emitidas en dicho periodo de tiempo. Así y en virtud de las consultas médicas registradas a través de recetarios provistos por el Programa Remediar, el mencionado programa monitorea el desempeño de cada centro y se conoce la necesidad de insumos a reponer mensualmente en función de las consultas realizadas.

Toda persona que concurre a los CAPS, debe ante todo consultar a un profesional de acuerdo a su patología, y el mismo le prescribirá la medicación acorde a la dosis y duración del tratamiento a llevar adelante, garantizándose el ciudadano el acceso gratuito e integral a los medicamentos que integran el programa.

Estadísticamente en nuestro país, 9 de cada 10 consultas médicas termina en una prescripción de medicamentos. Si se quiere trabajar con calidad y responsabilidad, resulta indispensable incrementar además, el uso racional de los medicamentos. En primer lugar, por la masividad que tiene el procedimiento terapéutico; en segundo lugar, porque suelen suceder inconvenientes en el procedimiento terapéutico que se vinculan a un incorrecto diagnóstico o a una incorrecta prescripción; en tercer lugar, por el déficit de acceso; y por último, porque en muchas ocasiones se verifican incorrectas

utilizaciones por parte de los pacientes de los medicamentos, lo que conlleva a formar la zona poblacional que se automedica indebidamente.

Cualquiera de estos cuatro grupos de razones modifica el resultado esperado de la prescripción.

El Programa Remediar cuenta, también, con un control de gestión destinado a garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos. Por un lado, a través de información generada por el programa: cada consulta médica da lugar a un registro en una planilla de recetas, en la que figuran los datos del beneficiario, el diagnóstico, el medicamento y las cantidades prescritas. Cuando el beneficiario recibe el medicamento debe firmar su conformidad en la misma receta. Esa información es procesada por Remediar y permite el monitoreo del programa. Además, Remediar cuenta con un equipo de auditores propios que recorren permanentemente los CAPS y supervisan los stocks disponibles en cada centro y el cumplimiento de los procedimientos. La auditoría se complementa, según lo que informa el Ministerio de Salud de la Nación, con visitas a los hogares de los beneficiarios para verificar que los mismos hayan recibido la medicación en tiempo y forma.

En tercer lugar, el Programa Remediar cuenta con una red de control social directo a través de un convenio con Cáritas y la Cruz Roja Argentina. A través de sus voluntarios estas entidades visitan periódicamente cada uno de los centros de salud e informan respecto a dificultades e irregularidades. Además, se estableció una Comisión Asesora Intersectorial integrada por organizaciones no gubernamentales con representación en todo el ámbito nacional, junto a las confederaciones médica y farmacéutica, así como representantes de los otros ministerios del área social de la Nación.

Según las autoridades oficiales el programa tiene puntos sobresalientes entre los que se puede citar como ejemplo el hecho de haber sido diseñado en base al criterio de medicamentos esenciales establecido por la Organización Mundial de la Salud; otro punto importante es el referido al alto impacto redistributivo que se le asigna desde el Ministerio de Salud al Programa Remediar, ya que desde allí se sostiene que por cada peso invertido se transfiere el equivalente a nueve pesos a los beneficiarios; además se

trata de un programa federal, lo que permite que los habitantes de todo el país puedan acceder a él.

Por último se refiere desde aquel organismo que las compras son muy eficientes, pues se logran economías de escala que permiten adquirir los medicamentos a valores de hasta un 90% inferior a los precios de venta al público.

Sin bien no se deja de reconocer que el programa reseñado constituye todo un adelanto en el efectivo goce del derecho a la salud, vía la obtención de los medicamentos necesarios para tratar ciertas enfermedades, también se hace necesario apuntar lo limitado que en ocasiones resulta el Programa Remediar, si se tiene en cuenta que el mismo entrega medicamentos para tratar un número aproximado de cincuenta enfermedades, si se considera que la ciencia médica tiene descriptas unas cuantas miles de aquellas, y que cada año la lista de enfermedades conocidas se incrementa sin tregua.

Otra de las falencias que se le puede atribuir al mencionado programa es el hecho de apuntar, como lo indica el mismo Ministerio de Salud (en los folletos informativos que entrega en su sede), a las personas de más bajos recursos y en especial a aquellos que se encuentran bajo la línea de pobreza. Si bien esto no resulta desde ningún punto criticable, no contempla a un sector poblacional que se va agregando con el transcurso del tiempo que sin llegar a la citada línea de pobreza, se han quedado, como consecuencia de los distintos momentos recesivos, desocupados y con el agregado de quedarse automáticamente sin cobertura social. Para éstos también el Estado debe tomar las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho a su salud, entre las que se cuentan la entrega de medicamentos para poder tratar las patologías que las afecten.

Por último y dentro de las limitaciones que hacen al programa, es de cuestionar el hecho de que el sistema esté orientado hacia la atención primaria de la salud, limitando las chances de cura a una persona que se ha enfermado de gripe, de angina o de resfrío, mientras que a otras personas que padecen patologías más severas y que no encuadran dentro de la atención primaria de la salud, se encuentran en el marco de una desprotección, siendo que muchas veces los medicamentos que necesitan para curarse o para mantenerse con vida al menos, son mucho más costosos y por ende resultan literalmente inaccesibles.

## 9. Sistema Nacional de Trazabilidad de Medicamentos.

Con el objetivo de asegurar el control de los medicamentos y contribuir a erradicar la circulación de aquellos que sean ilegítimos, el Ministerio de Salud de la Nación estableció, mediante la Resolución N° 435/2011, el Sistema de Trazabilidad, que debe ser implementado por todas aquellas personas y empresas que intervengan en la cadena de comercialización, distribución y dispensación de especialidades medicinales.

Esta iniciativa permite conocer el recorrido de los medicamentos, desde su elaboración hasta la compra, brindando mayor seguridad a los pacientes respecto de la legitimidad de las especialidades medicinales que se consumen y contribuir a erradicar la circulación de aquellos que sean ilegítimos.

La lucha contra la falsificación y adulteración de medicamentos es una prioridad para todos los actores del sistema de salud. La industria farmacéutica que opera en nuestro país, ha estado a la vanguardia de esta lucha en varios frentes y viene trabajando fuertemente en la trazabilidad de productos farmacéuticos, especialmente entre el laboratorio y la droguería.

Constituye una herramienta que permite registrar, conocer y verificar el origen y el destino final de los medicamentos, desde laboratorios y distribuidoras pasando por operadores logísticos, droguerías, farmacias, establecimientos asistenciales y pacientes.

La resolución ministerial prescribe que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) es la autoridad encargada de aplicar el sistema y de dictar las normas necesarias para su implementación.

Y por ello, la ANMAT mediante la emisión de la disposición N° 3683/2011, establece los requisitos para las personas físicas o jurídicas que intervengan en la cadena de comercialización, distribución y dispensación de especialidades medicinales registradas ante este organismo. De esta manera, la información de los productos se incorporará a una base de datos, que reemplazará al sistema de troqueles.

La norma dispone que el Sistema de Trazabilidad se debe poner en práctica de manera gradual, en función del grado de criticidad de las distintas categorías de medicamentos.

La Ley Nacional de Trazabilidad de Medicamentos que obliga a las instituciones de salud junto con el resto de los eslabones de la cadena de comercialización a implementar un sistema que permita llevar la trazabilidad de inicio a fin de una lista de medicamentos.

La primera etapa de implementación del Sistema Nacional de Trazabilidad de Medicamentos comenzó a principios del año 2012, incorporándose agentes, como laboratorios y droguerías, a través del cual se han informado de manera oficial más de un millón transacciones o movimientos logísticos de medicamentos. De esta manera, se aplicó sobre aquellas especialidades medicinales que contengan en su composición los Ingredientes Farmacéuticos Activos (IFA's), esto es monodrogas o en asociación con otras sustancias medicinales, en las formas farmacéuticas establecidas, alcanzando inicialmente medicamentos de alto costo y baja rotación, como los oncológicos, antirretrovirales, antihemofílicos y para patologías especiales como las de VIH; y por etapas, de acuerdo al tipo de agente alcanzado.

La segunda etapa de implementación del Sistema se dio hacia fines del año 2012, momento en que se incluyeron las farmacias y los establecimientos asistenciales públicos y privados, últimos eslabones de la cadena de distribución, y se otorgó a su vez a los pacientes, la posibilidad de que pueden verificar la legitimidad de los medicamentos alcanzados, realizando las consultas que necesitan a través de la página web de la ANMAT, [www.anmat.gov.ar](http://www.anmat.gov.ar), para completar de este modo el ciclo de trazabilidad en el paciente.

Así los laboratorios titulares de certificados de registro de las especialidades medicinales deberán identificar los productos farmacológicos y colocar en el empaque de cada una de las unidades de venta al público un soporte o dispositivo con capacidad para almacenar un código unívoco a través del cual se posibilite conocer entre otros datos relevantes, el lote y el vencimiento de la especialidad medicinal, la que deberá consignarse en lenguaje humanamente legible que permita la lectura y carga manual de dicha información por parte de los usuarios, con sus respectivos indicadores de aplicación. Para el caso del vencimiento del producto, su identificación humanamente legible deberá tener formato DD/MM/AA o DD/MM/AAAA. Tanto para lote como para el vencimiento en formato humanamente legible puede eximirse de colocar los identificadores de aplicación pudiendo los mismos ser reemplazados por la manera de



identificar ambos ítems por parte de los titulares de las especialidades medicinales (Ej.: L para lote, Vto. para vencimiento, etc.).

A través de la implementación de un Sistema de Trazabilidad de las características señaladas, con el mismo se busca alcanzar los siguientes objetivos:

- Regularizar la distribución de medicamentos a nivel federal.
- Limitar e impedir la desviación de productos y la distribución de medicamentos falsificados.
- Detectar duplicaciones de productos. n Mejorar la eficacia y reducir los costos de los sistemas de salud.
- Brindar mayor seguridad a los pacientes respecto a la autenticidad, calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos que consumen.
- Minimizar la entrega errónea de productos.
- Desalentar el robo y la adulteración de productos.
- Facilitar la realización de retiros de mercado más efectivos.
- Evaluar en tiempo real el consumo de cada tipo de medicamento.
- Fomentar el uso racional de los medicamentos.

#### **10. La utilización de medicamentos por su nombre genérico.**

Como complemento de la Política Nacional de Medicamentos que se viene implementando por parte del Ministerio de Salud de la Nación, se establece un nuevo marco regulatorio que apunta a llegar a beneficiar a todo el sistema sanitario en su conjunto.

Dicha política se planteó en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 486/2002 que establece la emergencia sanitaria en el territorio nacional, que es ratificada a través de la Ley 25.649 de Utilización de Medicamentos por su Nombre Genérico, e instrumentada luego a través de su Decreto Reglamentario N° 987/2003.

En un artículo titulado *¿Hacia dónde va la Política de Medicamentos?* cuyo autor es Federico Tobar, publicado en la página web oficial del Ministerio de Salud ([www.msal.gov.ar](http://www.msal.gov.ar)) se afirma que la prioridad absoluta asumida por la Política Nacional de Medicamentos consiste en promover el acceso de la población a los medicamentos.

También se agrega allí que de acuerdo a la experiencia internacional al respecto se han identificado para lograr aquella prioridad dos ejes. El primero consiste en la regulación del mercado de fármacos y el segundo en la provisión directa de medicamentos para aquellos que no disponen de medios para adquirir los remedios en las farmacias, al establecer de forma explícita la forma en que deben realizarse las prescripciones de medicamentos, el Decreto 987 representa un avance en ambos sentidos.

El mencionado decreto establece una adecuada división de roles en la promoción al acceso a medicamentos:

a) En primer, lugar los médicos y odontólogos, están obligados a prescribir por nombre genérico (art.2). Aunque se preserva la facultad para incluir en la receta también el nombre comercial del medicamento, se ratifica que serán consideradas no válidas las recetas que no cumplan con éste requisito (art.3). Esto significa que a partir de la publicación del decreto en el Boletín Oficial (29/04/2002) en nuestro país sólo resultarán válidas las recetas emitidas por nombre genérico.

b) En segundo lugar, el decreto rescata y jerarquiza el rol del profesional farmacéutico. Este es responsable por verificar la validez de la receta y no puede delegar en dependientes no matriculados las obligaciones contempladas en la Ley 25.649 y su decreto (art.7).

Pero, además el decreto asume que el acto farmacéutico involucra no sólo el asesoramiento y correcta información al usuario sobre todas las especialidades medicinales que contengan el mismo principio activo o combinación de ellos y sus distintos precios, sino también responsabilidad legal en dicho acto.

El farmacéutico debe documentar este acto profesional consignando en la receta, de su puño y letra, la conformidad del adquirente con relación a la información recibida y al medicamento dispensado, individualizando el mismo por su nombre genérico y de marca comercial o del laboratorio, según el caso, seguido de la fecha, firma y sello donde conste el nombre, apellido y matrícula del profesional.

También deberá dejar constancia que informó al usuario al respecto si la receta además de consignar el nombre genérico insiste en un nombre comercial.

c) En tercer lugar el decreto 987 exige un rol muy activo del gobierno. Otorga un papel central a las autoridades regulatorias, en particular la Administración Nacional de Medicamentos y Tecnología Médica –ANMAT-.

La Administración Nacional de Medicamentos y Tecnología Médica – ANMAT-, es la institución responsable del Registro de Especialidades Medicinales a través del cual se enumeran los medicamentos que pueden ser comercializadas en las farmacias.

Y es la encargada de enumerar las especialidades medicinales que el farmacéutico no estará habilitado a reemplazar, debido a sus características de biodisponibilidad y/o estrecho rango terapéutico.

Además fortalece el rol del Estado en la vigilancia y fiscalización al establecer que “ante la falta de información sobre los medicamentos y sus precios por principio activo o combinación de ellos, los farmacéuticos serán pasibles de las sanciones de la Ley 24.240”.

La Ley 25.649 de Utilización de Medicamentos por su Nombre Genérico, constituye un avance para que las personas que no tienen cobertura social puedan acceder también a los remedios que necesitan.

Un medicamento para ser considerado genérico debe respetar cuatro puntos:

1. Nombre del fármaco/droga.
2. La dosis (mg).
3. La forma farmacéutica (comprimidos, frasco ampolla, jarabe, etc.).
4. La cantidad (20 comp.).

**¿Qué es un medicamento genérico?**

- EFG**  
**Identificado por las siglas EFG**  
 Equivalente Farmacéutico Genérico
- Mismo principio activo que el original**  
 Es bioequivalente al original ya que actúa igual en el cuerpo humano
- Misma calidad, seguridad y eficacia que el original**  
 Autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS)
- Precio menor que el original**  
 Ahorro para el ciudadano y mayor racionalización del gasto sanitario

Como pudo observarse, no solo existe una vasta legislación que enmarca la garantía al derecho a la salud que tiene nuestro país, sino el nuevo rol que desde comienzos del siglo XXI tiene el Estado, el cual ha asumido un rol de asistencialista que hasta entonces no se plasmaba en la práctica como los predicamentos constituciones y legislativos así lo establecen.

Pero no debe dejar de subrayarse que tal vez en la materia deben profundizarse las medidas que conlleven a generar una cultura distinta tal que denote que toda persona que necesite un medicamento cueste lo que cueste, pueda procurárselo por sí mismo más allá de la ayuda estatal, que en ocasiones suele ser insuficiente y esto puede ser con el tiempo, perfectible.

## CAPITULO IV

### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO MUNICIPAL EN LA PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS

#### **1. Introducción.**

El propósito del presente capítulo es dejar plasmado en el ámbito de la Administración Pública Municipal, tomando como caso de estudio, al ente descentralizado Sistema Integrado de Salud Pública del Municipio de Tandil, Pcia. de Bs. As., a través del cual conoceremos cómo se encuentra articulado y organizado el sistema de salud en la ciudad de Tandil, con enfoque en el ámbito público de actuación, partiendo desde la estructura a través de la cual se realizan las distintas prestaciones en materia de salud pública, para posteriormente a descubrir los avances dados en la materia, y la articulación de programas como representa ser el Programa Remediar, la instrumentación del Sistema Nacional de Trazabilidad de Medicamentos, y la prescripción y utilización de medicamentos por su nombre genérico entre otros, para pasar a configurar los supuestos de responsabilidad estatal en materia de provisión de medicamentos para los habitantes del partido de Tandil.

#### **2. La estructura en materia de salud pública en la ciudad de Tandil.**

Desde el punto de vista jurídico, la misión del Municipio, está expresada, para el caso de la Pcia. de Bs. As. en el Art. 1º de la Ley Orgánica de las Municipalidades, al establecer que "la administración local de los partidos que forman la Provincia, estará a cargo de una Municipalidad".

El alcance del concepto de administración está referida en el Art. 107 que fija la competencia, atribuciones y deberes de la institución comunal.

El Municipio como organización singular que nos ocupa, es el sujeto titular de la responsabilidad social directa de la comunidad que representa. En su seno institucional se produce la interacción de participantes que constituyen grupos diferenciados: políticos, funcionarios de carrera administrativa, empleados, proveedores, ciudadanos, organizaciones no gubernamentales.

Desde el punto de vista económico, el objetivo es asegurar la existencia y provisión de los medicamentos más adecuados a las necesidades del hospital y prestar una atención farmacéutica de calidad para conseguir una utilización segura y de costo efectiva para los pacientes atendidos en el hospital y en su área de influencia.

El Municipio ha sufrido distintas transformaciones en su devenir histórico, no obstante lo cual, tiene un objeto duradero que lo diferencia de otras organizaciones, esto es, lo que constituye su misión, la que describe los valores y las prioridades, y de algún modo denota y fija, el rumbo futuro de la organización.

Ese objeto duradero se materializa a través de la prestación de servicios que satisfagan problemas sociales de la comunidad local, para lo cual fija determinadas estrategias y gestiona los distintos recursos con que dispone, sean estos materiales, humanos, financieros.

Y centrándonos a lo concerniente al presente trabajo, el Municipio de Tandil en materia de salud ha realizado denodados esfuerzos en la última década para remarcar las prioridades que marquen el rumbo en materia de salud pública de la ciudad.

Así y a través de la estructura del Sistema Integrado de Salud Pública del Municipio de Tandil, el Hospital Municipal Ramón Santamarina asume un rol preponderante, y a través de su farmacia comunitaria, se constituye en el eje centralizador de la provisión de medicamentos para todas las unidades que componen el S.I.S.P., esto es, el propio Hospital, el Hospital de Niños Dr. Debilio Blanco Villegas, el Centro Integral de Salud Mental, el Hospital Municipal Dr. Enrique Larreta de la localidad de María Ignacia - Vela, así como sus quince Centros de Atención Primaria de la Salud en el radio urbano, como sus cinco Centros de Atención Primaria de la Salud en el radio rural existentes en el partido de Tandil.

### ***3. La gestión de medicamentos a través de los servicios de farmacia.***

Los servicios de farmacia de los hospitales, implicados en la gestión de los medicamentos, constituyen uno de los elementos sustanciales de la atención sanitaria, y desarrollan diversas funciones, algunas de ellas influyen de manera especial sobre la

calidad asistencial de las instituciones y denota el grado de compromiso y responsabilidad de los mismos.

Desde una perspectiva de planificación, resulta oportuno conocer la situación actual de los servicios de farmacia del Hospital Municipal Ramón Santamarina, sobre el cual se trazó la realización de la investigación para determinar, previo a la toma de conocimiento sobre el desarrollo de la actividad de los servicios de farmacia, y el grado de responsabilidad dado en el suministro de medicamentos.

Para ello se utilizó como herramienta de relevamiento una entrevista personalizada, sobre la cual se realizó el trabajo de campo. La misma se dirigió a los profesionales responsables de la farmacia del nosocomio mencionado, junto con la visita y recorrido de sus instalaciones.

La entrevista apunta a descubrir y vislumbrar, como es la organización y gestión de un servicio de farmacia en el hospital público, pasando por el conocimiento de la infraestructura; el almacenamiento y la gestión de los inventarios; la dispensación y distribución de medicamentos; y la farmacovigilancia e información de medicamentos.

De los resultados obtenidos, podemos claramente mencionar que, como ocurre en casi la totalidad de los hospitales públicos del país, las unidades de farmacia cuentan con un farmacéutico al frente de sus servicios. Para el caso en estudio, la farmacia del nosocomio está a cargo de la responsable, la Dra. Marcela Fernández Rosso y que conjuntamente con la Dra. Silvia Bernardoni, fueron las profesionales con las que se realizó el relevamiento de información, que permitió comprender las competencias y responsabilidades de actuación.

La Dra. Bernardoni señala que “por lo general en forma asistencial, se dispone de un vademécum o listado de medicamentos adquiridos, con el cual se trabaja, es decir, con el que se va a recetar por parte del médico prescriptor, y con el que se a dispensar por medio del farmacéutico en farmacia.

He aquí un cierto grado de responsabilidad dado, ya que si el medico prescriptor, que realiza un acto de terapéutica del paciente al señalar un medicamento que se encuentra por fuera del vademécum, tanto en la faz asistencial como en la

comunitaria, si el medicamento no se encuentra listado, se corre el riesgo de que el paciente no lo obtenga, no lo compre y hasta no se lo cubra la obra social, y no pueda llevar adelante el tratamiento indicado para el diagnóstico establecido”.

Mientras que la Dra. Rosso sostiene que “en cuanto a la dispensación de medicamentos y descartables, cerca del 85% de los servicios de farmacia se entrega medicación ambulatoria, los cuales son previamente suministrados de acuerdo a una historia clínica del paciente, realizándose una prescripción electrónica asistida, por medio de la cual, el medico interviniente suscribe el tratamiento farmacológico del paciente, la medicación a emplear, y la forma de prescripción de la misma, con detalle en cuanto a la dosis y frecuencia de administración, el cual debe coincidir con la orden medicamentosa original dada al paciente y con la cual concurre a la ventanilla de la farmacia.

Se complementa el servicio de farmacia con la atención y suministro de insumos farmacológicos tanto sea vía guardia como atención en internación del nosocomio. Aquí será el personal de enfermería el que recibirá directamente la orden médica a partir de la cual preparará el plan de administración de medicamentos. Y el personal al recibir la medicación enviada por farmacia, comprobará la concordancia con su plan de administración”.

Respecto a la atención farmacéutica, pudo conocerse que se desarrollan acciones de seguimiento de medicación en base al suministro dado por historia clínica de los pacientes, a fin de llevar un detallado control entre lo prescripto y lo realizado por el paciente en virtud de lo normado por el médico actuante.

La atención farmacoterapéutica de manera eficaz, oportuna y eficiente constituye no solo una responsabilidad sino un componente de calidad a la hora de evaluar los servicios de atención prestados tanto a pacientes hospitalizados como a los que acuden a la consulta ambulatoria. Pero para que esta atención tenga las características mencionadas, todos los integrantes del equipo de salud, desde los técnicos a los auxiliares, deben participar de manera idónea y responsable, y contar con el compromiso de las autoridades sanitarias y administrativas.

Sin dudas, la identificación individualizada de todas las dosis de medicamentos otorgadas, la revisión de todas las prescripciones por el farmacéutico y la



reducción del número y variedad de medicamentos en las unidades de enfermería hacen que se reduzca significativamente muchos errores en el suministro de la medicación, con la enorme responsabilidad que ello conlleva, ya que en su mayoría, los procesos intervinientes suelen ser complejos y vulnerables a los errores humanos, y deben ser abordados correctamente para conseguir una terapéutica segura y de costo efectiva.

“De acuerdo a la experiencia dada en los últimos años, uno de las principales ventajas que trajo la implementación del sistema informático frente al convencional son, que ante disponibilidad de los medicamentos, la visualización por pantalla de recomendaciones para la correcta administración del medicamento por parte del médico prescriptor.

Y entre las principales limitaciones resultaron ser la inversión, para la adquisición del software y hardware por parte Hospital que por razones presupuestarias su implantación resulto ser gradual en una serie de ejercicios; y la capacitación del personal a fin de disminuir los errores ligados a la administración del medicamento al paciente.

El aumento de la demanda poblacional se traduce claramente en el comportamiento que se está produciendo en el gasto farmacéutico, lo que hace que los fármacos sean una parte importante del presupuesto del Hospital y, por ello, es necesario que el servicio de farmacia colabore con los gestores y con los responsables de las unidades clínicas, facilitándoles la información, tanto económica como de consumo, que refleje la utilización de los medicamentos en el centro o en su área.

Y de esta forma, se puede llegar a vislumbrar, entre otras cuestiones,

- ☛ cuánto se ha gastado en un período de tiempo determinado, y en comparación con otros períodos de tiempo anteriores;
- ☛ cómo se ha gastado y en qué grupos farmacológicos;
- ☛ cuál es el costo de medicamentos por ingreso de pacientes;
- ☛ costo por consulta externa y comparación con el año anterior;
- ☛ costo por tratamiento de pacientes ambulatorios (urgencias, hospital de día, etc.);

- ☛ pacientes hospitalizados, porcentaje respecto al total del consumo, e incremento respecto al año anterior;
- ☛ pacientes ambulatorios, porcentaje respecto al total del consumo e incremento respecto al año anterior”, remarcó la Dra. Rosso.

“Por último podemos ver que desde los ‘90 hasta principios de los años 2000, el Estado ha asumido una responsabilidad distinta en materia de salud, pasando a ser un Estado benefactor, asistente, garante, orientado a la protección de la salud del ciudadano.

Además se suele notar como cambia por épocas, la demanda de los servicios asistenciales, y el de los medicamentos no es la excepción, como ocurre cuando una persona que siendo monotributista deja de poder pagar una obra social o una prepaga, hoy se atiende en el hospital a la falta de cobertura social”, sostiene la Dra. Bernardoni.

#### ***4. La implementación de la trazabilidad de medicamentos.***

El Sistema Nacional de Trazabilidad ha sido pensado desde sus comienzos, como una medida para garantizar que los medicamentos que llegan a los pacientes sean originales y seguros.

“Sin dudas que el objetivo es claro y loable, pero cuando se analizan las indicaciones que reglamentan esta regulación, se observa que originalmente la norma no fue ideada para su implementación en instituciones asistenciales, donde muchas de las presentaciones comerciales de medicamentos una vez ingresados siguen diferentes etapas y transformaciones, lo cual dificulta notablemente una exitosa puesta en práctica. Si bien se han ido modificando ciertas disposiciones en lo que hace a su implementación, lo cierto es que, aún no estamos preparados para garantizar la trazabilidad tal cual se la exige, ya que se trazan todos los medicamentos de la cadena pero en cuanto a los asistenciales, al realizarse adquisiciones de medicamentos en envases que por lo general se adquieren de a mil comprimidos (envase línea hospitalaria), desde los centros asistenciales la traza se realiza otorgando por lo general de a dos unidades por paciente”, sostiene la Dra. Rosso.

“La trazabilidad implica determinar el origen y el destino del medicamento, y en una farmacia asistencial no se puede establecer tanta cantidad reglada de comprimidos para ambulatorios, no se puede llegar a una traza al nivel de una farmacia oficial o comunitaria, como resultan ser los medicamentos que se suelen comercializar (envase línea ética), salvo en los casos del banco de drogas en donde efectivamente la traza se realiza a nivel paciente, al cual se le prepara y se le otorga un fármaco específico, como pueden ser los oncológicos”, de acuerdo a lo señalado por la Dra. Bernardoni.

“Con relación a la forma de ingreso de los medicamentos, estos son adquiridos por el concepto de genérico, salvo en los casos de ciertos medicamentos o insumos con destino de uso especial, como pueden ser los anticoagulantes, los cuales se adquieren directamente a ciertos y certificados laboratorios farmacéuticos, con fundamentación del porque y bajo que perspectiva se adquiere el mismo, en sustitución de un genérico.

En cuanto al manejo de los medicamentos, como resultan ser aquellos cuyo uso es a través de la conservación de la cadena de frío desde la entrada al nosocomio hasta la llegada al paciente (como resultan ser la insulina, oncológicos, vacunas, antitetánicas), existe un claro control en cuanto al proceso de conservación y mantenimiento, que conlleva en ello un grado de responsabilidad implícito”, concluyó la Dra. Rosso.

##### ***5. La responsabilidad del Estado en la entrega de medicamentos.***

Para conocer y entender la responsabilidad que le cabe al Estado en el suministro de medicamentos, podemos comenzar por abordar la responsabilidad del profesional médico interviniente.

Tal responsabilidad encuentra su respuesta dentro del faz del Derecho Civil mediante las figuras de la reparación de daños y perjuicios, daño emergente y lucro cesante, institutos todos estos que están previstos en los Arts. 1723, 1737, 1749, entre otros, del Código Civil y Comercial de la Nación.

Y esto se complementa además dentro de la esfera del Derecho Penal, donde se analiza la eventual responsabilidad del médico en los delitos contra la salud pública, los cuales se encuentran enmarcados en los Arts. 200 al 208 del Código Penal.

Cada vez que se les proporciona medicamentos a los pacientes, ello origina y acarrea en principio la responsabilidad de seguir cada caso de cerca, viendo la evolución de los mismos.

Ahora para evaluar si existe obrar culposo del profesional interviniente, se debe discernir si se considera la actividad del médico como una obligación de medios o de resultados. De acuerdo al criterio del cumplimiento de los deberes del médico, y en virtud de la naturaleza de la obligación, nos permite deducir que tal obligación se circunscribe en enrolarse en una obligación de medios.

Partiendo de la base del actuar del profesional médico, se exige al médico el debido conocimiento de acuerdo a la especialidad que desarrolla en la prestación. Es por ello, que dentro de los deberes y obligaciones del médico al momento de evaluar su conducta, con relación al medicamento prescrito, debe ser considerado en relación a la terapia elegida, y de esta forma el mismo debe efectuar un buen diagnóstico, averiguando los antecedentes clínicos del paciente, y de acuerdo a los síntomas dados, proporcionar el tratamiento medicamentoso adecuado, ya que ello conlleva un manejo de la relación riesgo-beneficio del tratamiento y medicamento prescrito. Y es así y en ese marco, donde aparece el medicamento como una herramienta para llevar adelante la prestación comprometida.

Por otra parte, hay supuestos en los que la relación médico paciente es prolongada; en esos casos, la cautividad del paciente aumenta pudiendo en el supuesto de prescribirse medicamentos por largo tiempo aparecer secuelas dañosas, que deberán no sólo ser evaluadas por el profesional sino también informadas a los fines de prestar el debido consentimiento informado del paciente.

Dentro del campo de los eximentes de responsabilidad, los mismos se circunscriben en estar vinculados con la autoría, cuando se da la existencia de más de un profesional, al momento de la prescripción, y al momento de la aplicación.

De esta manera, y como ocurre en muchas ocasiones, en oportunidad del actuar en un centro asistencial, podríamos citar el caso del actuar de la enfermera profesional conjuntamente con la de un médico en una determinada situación: si la enfermera reconoce errores en la prescripción a un paciente, ésta debería hacer saber de los mismos a los fines de evitar la producción de un daño. Y esto es así, ya que cada uno responde por su actuación individual. De esta manera, si la enfermera tiene conocimiento de que el paciente resulta ser alérgico a cierto producto medicinal y no obstante ello, habida cuenta de haber sido prescripto por el médico así lo hace, incurrirá en responsabilidad en forma solidaria con el profesional médico por haber contribuido al daño producido.

Pero también, estos eximentes pueden vincularse a la culpa, ya que la práctica común declina sus pretensiones normativas frente a la que debe ser exigida según la ciencia. En este sentido, las premuras económicas no pueden dejar de lado la realización de los estudios que resultaren necesarios para la determinación del diagnóstico, o al menos, no resulta en principio ser una excusa eximente.

Tampoco el médico dependiente de una organización se exime de culpa si no cumple con el suministro de los medicamentos establecidos según el correspondiente vademécum vigente.

Todo daño derivado de la falta de suministro del remedio adecuado o de un fármaco deficiente es susceptible de generar responsabilidad al médico que lo hubiera provisto sin tomar los recaudos pertinentes.

Más aun, el profesional médico no podría invocar falta de información por parte del laboratorio puesto que por su formación profesional debe conocer la composición y efectos de los medicamentos. La ignorancia no puede invocarse porque proviene de una negligencia culpable sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir el laboratorio en un caso determinado.

También se pueden dar eximentes vinculados con el nexo causal, ya que el nexo causal adecuado es el presupuesto para reparar. Debe haber una relación directa entre el hecho y el daño, ya que el hecho de la víctima en la automedicación, en la que se aparta de la prescripción médica exime al facultativo de responsabilidad.

El caso fortuito como hecho ajeno, extraordinario e imprevisible, exime de responsabilidad pero no cuando el médico hubiera omitido considerar los efectos dañosos. Al prescribir un medicamento, se hace responsable por esa acción. Si el menoscabo surge como consecuencia de los vicios de fabricación o diseño del fármaco no habría responsabilidad ya que el médico no intervino en ese procedimiento de producción. No debe olvidarse que el laboratorio tiene el deber de completividad en la información que suministra, la que, sin lugar a dudas debe ser clara y precisa.

Sin perjuicio de haberse hecho referencia a los eximentes de responsabilidad, debe tenerse fundamentalmente en cuenta que la demostración de la culpa en un proceso judicial incumbe al pretensor.

Debe demostrarse el nexo causal a través de una prueba directa de la causa del daño, tal como podría ser la composición química del medicamento, la condición del paciente, la reacción frente a la aplicación del medicamento y el daño producido.

Y de ese modo, deben realizarse los estudios periciales que demuestren la causalidad entre el hecho y el resultado dañoso.

Mientras que el Código Penal legisla en el Capítulo IV del Título VII, los delitos contra la salud pública que afectan el bienestar físico del género humano.

Por salud pública se hace referencia al conglomerado de servicios públicos y/o privados que tienden a mantener o mejorar el buen estado sanitario en que se encuentra la población tanto en lo que hace a la salud preventiva como a la medicina curativa. Y por lo general, estos ilícitos son perpetrados sin el propósito determinado de matar o dañar personalmente a un individuo. La salud pública es uno de los elementos que integran el concepto objetivo de seguridad. La característica esencial es la indeterminación del peligro creado.

La CSJN ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre el tema. En los precedentes “Abelenda, Eloy Felipe s/ art. 84 del CP. (Homicidio culposo) - causa N° 20.919, A. 572. XXI.; 08-08-1989; T. 312 P. 1311, C.S.J.N-; y “Ahuad,

Alfredo H., s/homicidio culposo”, -C.S.J.N., del 04/07/1989-, se estudió la responsabilidad médica en el suministro de medicamentos.

En ambos casos los imputados recetaron y aplicaron por sí mismos o a través de personal paramédico un medicamento (Lisalgil) que se ordenara como calmante sin que se advirtiera que el mismo contiene la droga “dipirona” derivada de la pirazolona la que al haber sido aplicada, a pacientes alérgicos provocaron un shock anafilático que desencadenó la muerte de las víctimas.

El Código Penal contempla delitos en los que se reprimen por ejemplo, los actos de envenenar o adulterar sustancias medicinales, el expedir medicamentos peligrosos, y el suministrar en forma infiel medicamentos.

No se requiere en ese sentido que se cause un daño efectivo en la salud de las personas. Los delitos describen conductas que ponen en peligro la salud pública.

Así el Art. 200 C.P. castiga el hecho de envenenar o adulterar de modo peligroso para la salud las sustancias medicinales destinadas al uso público. También prevé el caso de aumento de la pena en el supuesto de muerte de la víctima.

Debe señalarse que se entiende por sustancias medicinales a aquéllas que se utilizan con el objeto de atacar las causas o síntomas de cualquier enfermedad o de aminorar sus rigores.

No se demanda una característica especial por parte del sujeto activo o autor del hecho punible ya que puede ser cualquier persona.

Esta figura requiere como elemento subjetivo del tipo, el dolo directo o dolo eventual. Es decir el saber que se está cometiendo el delito y el querer hacerlo sin perjuicio de lo que pudiera ocurrir.

El Art. 201 C.P. reprime el expendio de medicamentos peligrosos, es decir, la acción de vender, poner a la venta, entregar o distribuir medicamentos nocivos disimulando tal carácter. El elemento subjetivo en este artículo, requiere que la acción sea dolosa, es decir, el actuar con intención y voluntad de cometer el ilícito,

disimulando el carácter nocivo. También el autor puede ser cualquier persona, es decir, que el tipo no requiere un carácter especial en el sujeto activo.

El Art. 203 C.P. por su parte prevé las formas culposas respecto de los hechos anteriores.

El Art. 204 C.P. se refiere al suministro infiel de medicamentos: reprime al que estando autorizado para la venta de medicamentos las suministrare en especie, cantidad o calidad distinta a la receta médica o sin la presentación de la receta de los medicamentos que establecen ese requisito. Aquí se requiere el dolo del autor para tipificarse como tal, aunque también se prevé la forma culposa del suministro en el Art. 204 bis.

Por otra parte, el art. 204 ter. C.P., reprime al responsable del establecimiento destinado al expendio de medicamentos que omitiera cumplir con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de algunos de los hechos previstos en el art. 204. En este artículo está prevista la calidad especial del autor que no es otra que el responsable del establecimiento. Ellos pueden ser el farmacéutico, el titular de la sociedad o las personas directamente si se trataran de establecimientos de propiedad de una sociedad de hecho.

El Art. 204 quater C.P. en tanto reprime al que sin autorización vendiere medicamentos que requieran receta médica para su comercialización. El sujeto activo de este tipo penal está especificado en la persona autorizada al suministro de estupefacientes. Dado que es un delito especializado por la característica propia que debe tener el autor, sólo puede ser cometido por las personas autorizadas para la venta de dichas sustancias, es decir los farmacéuticos, o como en el caso del artículo anterior los responsables de establecimientos destinados al expendio de medicamentos.

La acción típica consiste en suministrar el medicamento, no siendo necesario para ello que el sujeto pasivo ingiera la droga.

El hecho ilícito se perfecciona, es decir queda consumado, en el momento mismo en que se produce el suministro, siempre que sea en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o que ésta sea diversa a la hubiera sido declarada.



Las personas no autorizadas al suministro de estupefacientes, son para el C.P. aquellas que sin autorización o hasta aún con ella, pero con destino ilegítimo, intervengan en cualquiera de las etapas de elaboración de los estupefacientes.

El fundamento de la tenencia, suministro o prescripción excesiva de estupefacientes se basa en el incumplimiento de los deberes de cuidado de quienes tienen a su cargo la obligación de suministrar o entregar drogas. Se reprime de ese modo la conducta de quien, con autorización para el suministro de drogas, excede los límites de ella o de la receta médica misma.

En definitiva, el suministrar sin la debida autorización presupone un actuar doloso.

El art. 208 C.P. postula el castigo en el suministro sin la debida autorización. Ello presupone un actuar doloso, toda vez que ciertos medicamentos deben ser entregados con determinado tipo de receta.

Es importante señalar que si en la receta se ha prescrito un exceso de la dosis, ello no es responsabilidad del que la suministrara o entregara sino del profesional que la recetó.

Por su parte el Art, 208, inc. 2 C.P. castiga al profesional que, con título o autorización para el ejercicio del arte de curar, prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos.

Por último, el Art. 208, inc. 3, C.P. penaliza al profesional autorizado para el ejercicio de la profesión que prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización para que ejerza los actos propios de la profesión. Sin dudas tal situación configura ser de suma gravedad dadas las implicancias y consecuencias que ello puede acarrear. No se requiere la existencia de un daño efectivo, sino que éste puede ser potencial, por el peligro hacia la salud de la comunidad.

Hasta aquí abordamos sucintamente la responsabilidad en materia de salud que cabe al profesional médico y otros auxiliares en el ejercicio de su profesión en el actuar habitual.

Pasamos ahora a la figura del Estado por cuanto asume la responsabilidad de provisión de medicamentos en aquellos casos en que debe ejercer el carácter de garante del sistema de salud.

Resulta así apropiado que el Estado Nacional a través del Ministerio de Salud (actualmente por medio de la ANMAT -Administración Nacional de Medicamentos, Alimentación y Tecnología-), tenga el deber y la obligación de determinar que sustancias se pueden emplear como medicamento en medicina humana, otorgándole la correspondiente autorización a quienes pretenden comercializar un producto de tales características, que demuestren científicamente y de acuerdo a procedimientos predeterminados por las normas aplicables, la efectividad y seguridad de la sustancia.

Y como antecedente de renombre en la materia podemos citar varios entre el que se destaca el mentado caso del complejo Crotoxina A-B, en el que acertadamente la CSJN denegó la provisión del mismo pues no había sido sometido al análisis científico de acuerdo a la legislación vigente.

En dicha oportunidad el Ministerio de Salud se expidió mediante la resolución 3916/1985, donde estableció diversos procedimientos y etapas que deben cumplir los que pretenden realizar estudios e investigaciones de farmacología clínica y conseguir la consecuente autorización para elaborar y/o comercializar un producto. Y hasta la Ley 16.463 -De medicamentos- disponía que la producción, elaboración y comercialización de productos destinados a la medicina humana sólo puede realizarse previa autorización y bajo control del Ministerio de Salud de la Nación, pues el mismo, es quien ejerce el poder de policía en materia sanitaria y se halla facultado para dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias para el cumplimiento de esa ley y de su decreto reglamentario.

Resulta entonces correcto que se haya denegado la provisión de una sustancia cuyas propiedades para “curar el cáncer” no estaban demostradas científicamente y que no había obtenido la correspondiente autorización por parte del Ministerio de Salud de la Nación., ya que de haber accedido los jueces a autorizar la entrega de la Crotoxina a los pacientes con cáncer que la reclamaban por la vía del amparo, hubieran invadido una esfera de poder propio y discrecional del Poder

Ejecutivo como es el que tiene la autoridad sanitaria, a través del Ministerio de Salud para autorizar o denegar la aplicación, elaboración y comercialización de productos farmacéuticos aplicados a la medicina humana.

Dispar resolución tuvieron los casos “Asociación Benghalensis”, “Campodónico de Beviacqua” a través de los cuales se ha resuelto que efectivamente una persona que necesite un medicamento y que no tiene medios para procurárselo, y en aquellos casos en que ni la obra social puede proveerle el psicofármaco en cuestión, tiene derecho a que el Estado a través del Ministerio de Salud y Acción Social le haga entrega de la droga.

## **6. Conclusiones finales.**

De acuerdo al relevamiento de campo realizado a partir de la actividad realizada desde la farmacia de un hospital público, puede dilucidarse claramente las distintas aristas que pueden conformar la responsabilidad de actuación.

En lo concerniente a la provisión de medicamentos, las figuras pueden ser variadas, como resultan ser, la correcta prescripción por parte del profesional médico o el debido suministro por parte de los auxiliares en una entidad de salud, así como la falta de entrega de medicamentos, que configura la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita, y una inactividad material desde la óptica administrativa.

Y desde el punto de vista penal, el dejar de proporcionar medicamentos a una persona para llevar adelante su tratamiento médico prescripto, puede llevar hasta configurar el abandono de persona, ya que en ocasiones el medicamento constituye un elemento de subsistencia que de no proporcionarse puede poner en peligro la salud de una persona y dejar de contribuir a la conservación de la calidad de vida de la misma.

Lo antedicho, además del contenido del presente trabajo, nos permite concluir que nuestros tribunales han sabido llevar a la práctica la letra de los tratados de derechos humanos que cuentan con la jerarquía constitucional tal como se lo otorga el Art. 75, inc. 22 C.N., que garantizan a todo ser humano el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, dentro del cual se encuentra comprendido el derecho a la

provisión de medicamentos para tratar las distintas enfermedades que aquejan a los seres humanos, dejando en claro en las innumerables decisiones de nuestros jueces, que es el Estado quien debe proveer los medicamentos ante la imposibilidad económica de una persona para poder adquirirlo, y hasta el caso de dificultad que tenga una obra social para proporcionarlo. Ello es así, de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro país, pues a pesar de ser la salud una de las materias no delegadas por las provincias al gobierno federal, el Estado resulta ser el garante del derecho a la salud, que según palabras de la CSJN en el caso “Campodónico de Beviacqua “, tiene el deber de actuar de acuerdo al principio de subsidiariedad, cuando se ve superada la capacidad de provisión de los individuos.

Resulta complaciente ver que más allá de la imparcialidad y objetividad que debe caracterizar a los jueces a la hora de impartir justicia, hace sentir que los mismos son seres humanos, que pueden compadecerse del sufrimiento de sus semejantes.

El derecho a la vida no es un derecho por sí solo, sino que está indisolublemente unido a la dignidad, a la calidad de vida. Las enfermedades, son contingencias en la vida de las personas que afectan su calidad de vida y que en la medida que puedan ser aliviadas o sanadas deben serlo, pues de lo contrario se incorpora un sufrimiento que poco a poco denigra esa calidad de vida humana. En este sentido, la sociedad como núcleo organizado, y a quien le cabe la responsabilidad, debe colocarse del lado de quien más sufre, pues esa es la función social del Estado o la de una sociedad organizada.

La entrega de un medicamento a una persona enferma cualquiera sea su patología no puede ser negada bajo ningún pretexto, resultando de importancia por encima de la realización de cualquier obra pública o financiamiento de la política, cosa que debería entender más de un funcionario público en su actuación en todos los órdenes estatales.

No se puede pensar en una sociedad sin un proceso de valorización del ser humano y esto es no es ni más ni menos que la “dignidad” del otro, de asumir en carne propia la realidad del que sufre.

## TABLA BIBLIOGRÁFICA

### LEGISLACIÓN

Constitución de la Nación Argentina.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Código Penal de la Nación.

Ley N° 26.944 – Responsabilidad estatal.

Ley N° 23.660 - Obras sociales.

Ley N° 23.661 - Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Ley N° 25.649 – Prescripción de medicamentos por su nombre genérico.

Ley N° 26.668 – Programa Remediar.

Resolución 435/2011 – Sistema de Trazabilidad de medicamentos.

Disposición N° 3683/2011 - Registro de Especialidades Medicinales.

Decreto-Ley 6769/58 - Ley Orgánica de las Municipalidades

**DOCTRINA**

ABERASTURY, Pedro, *La decisión de controversias del derecho común por parte de tribunales administrativos*, en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, “El caso Ángel Estrada”, 2005.

ABERASTURY, Pedro, *Principios de la responsabilidad del Estado*, *Responsabilidad del Estado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.

ABERASTURY, Pedro, *Principios de la responsabilidad del Estado en “Responsabilidad Extracontractual del Estado”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, en prensa.

BAZÁN, Víctor, *Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y la Argentina*, en obra colectiva: “Inconstitucionalidad por omisión”, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Temis S.A, 1997.

BIDART CAMPOS G., *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994*. *Revista Hechos y Derechos* N°7, 2000.

BIELSA, Rafael, *Responsabilidad del Estado como Poder Administrador*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1933.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 9, Primera edición, Libro I, *Derecho Administrativo de la Economía*, 1967.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 7, El derecho administrativo en la práctica, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013.*

HUTCHNSON, Tomas, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. T. I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1997.*

LOMBARD, Martine, *Droit Administrative, 4º ed., Dalloz, París, 2001.*

NICOLAU, Noemí Lidia, *¿Interpretación o elaboración de normas en materia contractual?, pub. en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, 1986.*

PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad de la administración por su actividad ilícita, 1999.*

PERRINO, Pablo Esteban, *La responsabilidad extracontractual por la responsabilidad ilícita en el derecho argentino, en el libro Modernizando al Estado para un país mejor, Ed. Palestra, Lima, 2010.*

PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa, Buenos Aires, La Ley, 2006.*

PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2013.*

REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1969.*

RODOTÀ, Stefano, *Il problema della responsabilità civile, A. Giuffrè, 1964.*

SAGÜES, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional, T. I., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999.*

STIGLITZ, Gabriel, *Derecho del consumidor N° 9*, Buenos Aires, Ed. Juris, 1998.

USLENGHI, Andrés, *La Responsabilidad del Estado por su Actividad Judicial*, “*Responsabilidad Extracontractual del Estado*”, Director Aberastury, Pedro, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, en prensa.



## JURISPRUDENCIA

- ✓ Ferrocarril Oeste c/Provincia de Buenos Aires s/Indemnización por daños y perjuicios (08/04/1938 - Fallos: 182:5).
  
- ✓ “Vadell, Jorge Fernando c/Provincia de Buenos Aires s/Indemnización por daños y perjuicios” (18/12/1984 - Fallos: 306:2027).
  
- ✓ “Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/Amparo” (01/06/2000 - Fallos: 323:1339) *Acción de amparo - Derechos de incidencia colectiva - Legitimación - Asociaciones - Derecho a la vida - Derecho a la salud - Estado Nacional - Ley 23.798.*
  
- ✓ “Campodónico de Beviacqua Ana Carina v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/Amparo” (24/10/2000 - Fallos: 323:3229) *Acción de amparo - Responsabilidad del Estado - Derecho a la salud - Programa Médico Obligatorio - Menores.*