



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

Causa n° 26517/2023 “A.T.E. c/ INCUCAI s/ procedimiento especial Ley 27.447”. Juzgado n° 8. Secretaría n° 16.

Buenos Aires, 19 de octubre de 2023.

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 10 de octubre de 2023, concedido en relación contra la sentencia del 6 de octubre pasado; y el dictamen del Fiscal ante esta Cámara, y

CONSIDERANDO:

I. El señor E.A.T., promovió el presente juicio de amparo, patrocinado por la Defensora Pública Oficial, contra el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) a fin de que se ordene su incorporación en “...*la lista de espera de urgencia para trasplante cardiaco...*”(sic). A renglón seguido se expone una síntesis del relato que expuso en el escrito inicial.

E.A.T., de nacionalidad peruana, tiene 51 años de edad e ingresó a la República Argentina el 6 de octubre de 2022; al día siguiente sufrió una descompensación que motivó su internación en el Hospital General de Agudos “Dr. Cosme Argerich” donde le diagnosticaron “miocardiopatía dilatada de etiología valvular (insuficiencia aórtica severa +dilatación de aorta ascendente)” y le prescribieron –como único tratamiento posible- el trasplante cardíaco. El equipo médico de ese hospital –siempre estando a los dichos del actor- elevó la solicitud de estilo al INCUCAI con el objeto de que se inscribiera al paciente en el Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA) y se procediera a su evaluación para establecer la viabilidad del trasplante. Sin embargo, el INCUCAI denegó la inscripción porque, al no tener el señor E.A. T. la residencia permanente en el país, no reunía uno de los requisitos previstos en la reglamentación. Frente a ello, la Defensora Pública Oficial, Florencia G. Plazas, que integra el Ministerio Público de la Defensa ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, libró oficios a la Dirección Nacional de Migraciones, para que le otorgara al actor el otorgamiento de la residencia permanente “en forma anticipada y por



razones humanitarias” (sic); al INCUCAI para que efectuara la reevaluación del paciente en los términos del artículo 5 de la Resolución 33/2023; y al Consulado de la República del Perú, para que realizara las gestiones ante la Dirección Nacional de Migraciones de la República Argentina tendientes a lograr el estatus de residente permanente. Como no obtuvo ningún resultado, inició el amparo de autos con el propósito ya descripto. También pidió el dictado de “una medida cautelar -tutela anticipada” (sic) con el mismo objeto que la pretensión de fondo, esto es, que se le ordenara al INCUCAI la incorporación inmediata de E.A.T. en la lista de espera de trasplantes de corazón (punto VI de la demanda). Invocó en sustento de su reclamo los artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución nacional y los tratados internacionales aludidos en esa cláusula, y la ley 26.854 sobre medidas cautelares contra el Estado Nacional.

II. El 3 de julio de 2023 el magistrado a cargo del Juzgado n° 6 admitió *-inaudita pars-* la medida cautelar solicitada, decisión que fue apelada por el INCUCAI y revocada por la Sala el 15 de septiembre pasado. El núcleo de la decisión se basó en la inobservancia -por parte del juez- del trámite de orden público establecido en la en la Ley de Trasplante -ley 27.447-.

El proceso fue reasignado al juez titular del Juzgado n° 8, quien asumió la competencia y cumplió con el procedimiento establecido en la ley específica ordenando, entre otras cosas, la remisión de la causa al Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional y la convocatoria a la audiencia de rigor (art. 67, inciso c) de la ley 27.447) citando al actor para tomar conocimiento personal de él, a su letrada patrocinante, a los expertos designados por el Cuerpo Médico Forense, al director del INCUCAI, a la asistente social del Ministerio Público de la Defensa, al cardiólogo del Hospital “Cosme Argerich” integrante del equipo de trasplante y al Agente Fiscal. La audiencia referida tuvo lugar el 29 del mes pasado con todas las personas citadas, salvo el actor y su letrada, que intervinieron por videollamada debido a la situación clínica de aquél, que estaba internado en el Hospital mentado (ver presentaciones de la Defensora Pública del 18 y 20 de septiembre de 2023). Después de que el Fiscal contestara la vista que le fue conferida, el magistrado





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

dictó sentencia definitiva el 6 de octubre rechazando el amparo, sin costas.

Para decidir de tal modo, el doctor Gota sostuvo –en resumidas cuentas- que el INCUCAI había evaluado correctamente el cuadro clínico del actor al considerar que éste no estaba en situación de emergencia. Por otro lado puntualizó que el rechazo del pedido de inclusión en la lista se fundaba en la normativa vigente –específicamente en las resoluciones 64/2017 y 33/2023 del INCUCAI- cuya interpretación había efectuado el director del INCUCAI al tiempo de la audiencia.

III. Contra dicho fallo apeló la Defensora Pública en un escrito de seis páginas y una séptima en la que consta la conformidad y firma del actor al recurso (ver recurso del 10 de octubre pasado).

La apelante sostiene que la resolución 33/2023 del INCUCAI no exige que el paciente esté en situación de emergencia para que se lo incluya en la lista de espera. Invoca el artículo 5 de esa disposición la cual, a su juicio, sólo requiere que medien “razones sanitarias” para proceder a dicha inclusión, sin restringirlas a los criterios de emergencia enunciados en el anexo III.5 de la Resolución 64/2017. Sostiene que la situación del señor E.A.T no puede ser calificada como un supuesto de “turismo de trasplante” porque, desde que se inició este litigio –esto es, un año- está residiendo en el país con intención de afincarse junto con su hijo, tal como lo prevé la Declaración de Estambul. Entiende que el reconocimiento del derecho a la salud a nivel constitucional basta para que los tribunales tengan por verificada la violación de ese derecho respecto del señor T en las circunstancias reseñadas.

IV. Corresponde exponer la cronología de los hechos relevantes para abordar adecuadamente las quejas de la apelante.

No hay controversia en cuanto a que E.A.T, es de nacionalidad peruana, tiene cincuenta y un años de edad e ingresó a la República Argentina el 6 de octubre de 2022 sin que conste el motivo y el modo de su ingreso. Estando a sus dichos, al otro día -7 de octubre- tuvo una descompensación que lo obligó a concurrir al Hospital General



de Agudos “Dr. Cosme Argerich”. Sin embargo, la documental aportada por la Defensora no da cuenta de esa consulta ni de ninguna otra que corrobore lo ocurrido durante ese año.

Si, en cambio, consta el diagnóstico “miocardiopatía de etiología valvular” (insuficiencia aórtica severa + dilatación de aorta ascendente)” en el “Registro de Acciones” de ese hospital cuya impresión parcial es del 8 de junio de este año, motivada por el oficio que libró la Defensora Pública el 23 de abril de 2023, esto es, antes de la iniciación de este proceso ocurrida el 15 de junio del año en curso (ver sistema Lex 100).

También son anteriores a la instancia judicial los oficios librados por la misma funcionaria al Consulado de la República del Perú –uno, del 12 y otro, del 17 de abril pasado-, al INCUCAI –uno del 14 de abril y otro del 9 de junio pasado- y a la Dirección Nacional de Migraciones -15 de mayo pasado-.

Es necesario detenerse en los dos requerimientos formulados al Consulado de la República del Perú. En el primero –omitido por la demandante en todos sus escritos- se solicitó que “informe si el señor...(se trata del actor) se encuentra inscripto en la lista de espera para trasplante de su país de origen...y si existen acuerdos específicos oficiales de colaboración entre la Argentina y Perú en materia de trasplantes cardíacos” (documental actora cit. en Lex 100). En el segundo, se pidió que “informe respecto de la posibilidad de realizar desde el Consulado a su cargo gestiones ante la Dirección Nacional de Migraciones a efectos de que el señor... (A.T.) pueda acceder a la mayor brevedad posible a la residencia permanente en la Argentina debido a lo dispuesto en el artículo 1 de la resolución INCUCAI N° 33 /2023” (documental actora en Lex 100).

La única respuesta del Consulado que obra en la causa es la que exteriorizó por oficio a la Defensora, datado el 19 de abril pasado, en el que expresa que “El señor (A.T.) no figura en la lista de pacientes en espera para ser trasplantado en Perú. Sobre el particular cabe señalar, que, según la normativa peruana (sic) aplicable los ciudadanos peruanos reciben atención en salud pública, a través de la cobertura médica que se otorga en los Hospitales del Ministerio de Salud y de Asistencia Social según corresponda en cada caso; y que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

la misma se limita al territorio del Perú” (documental actora en Lex 100, el subrayado, no es del original).

La contestación se adecua a los términos contenidos en el Convenio de Cooperación y Asistencia Técnica entre el Ministerio de Salud de la República del Perú y el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante de la República Argentina (INCUCAI) cuya cláusula tercera, inciso d) dispone: “La inscripción de pacientes de los países firmantes, en las listas de espera de potenciales receptores de órganos y tejidos del otro, la cual (sic) se regirá por las normas vigentes del país que administre y regule dichas listas”.

De todos modos, es importante poner de relieve que no hubo actividad alguna de Consulado de la República del Perú (ver exposición del director del INCUCAI en la audiencia del 29 de septiembre pasado ordenada por el juez en Lex 100).

Por otra parte, también son relevantes los oficios del INCUCAI mediante los cuales se responde a los dos pedidos de informes de la Defensora anteriores a la promoción del presente litigio.

En el fechado el 18 de abril del año en curso, el organismo contesta negativamente el pedido de inclusión en la lista de trasplante cardíaco con argumentos que conviene transcribir, al menos, parcialmente. El INCUCAI describe el trámite de inscripción de los pacientes que están en la situación del señor E.A.T. así: “...resulta imprescindible (para proceder a la evaluación del pedido) la indicación efectuada por parte del equipo de profesionales habilitados para la práctica y la realización de los estudios contemplados en la resolución INCUCAI n° 64/2017, regulatoria de todos los aspectos vinculados a la ablación y el implante de órganos intratorácico...la inscripción en lista de espera es competencia exclusiva del equipo de trasplante a cargo del paciente” para más adelante precisar que “el equipo del trasplante cardíaco habilitado para la práctica en el Hospital Cosme Argerich no ha presentado hasta el día de la fecha ninguna solicitud de vía de excepción para el ingreso a lista de espera del mencionado paciente (se refiere al demandante); tampoco existe ningún registro en el SINTRA, que de cuenta de su situación



clínica...” (documental actora, en Lex 100, el subrayado es del original). Por otra parte, informa que ya había existido un pedido anterior de inclusión del mismo paciente formulado por la Defensora que fue desestimado por el INCUCAI el 26 de octubre de 2022 con sustento en la condición de residente provisorio del interesado.

En el segundo oficio, del 13 de junio pasado, el INCUCAI rechaza la reevaluación del señor E.A.T. a los fines de considerarlo como una excepción al régimen general (documental actora en Lex 100).

V. De la secuencia fáctica reseñada en el considerando anterior surge que no existió ningún pedido del señor E.A.T. en su país de origen para ser incluido en la lista de espera del organismo encargado de concretar los trasplantes. Y que, por el contrario, existieron tres pedidos de la Defensora al INCUCAI con el objeto señalado, ninguno de los cuales fue individualizado en la demanda.

El correlato de esa omisión es que tampoco fueron precisados los actos administrativos denegatorios ya que en su escrito el demandante se limitó a sostener “que el INCUCAI denegó la solicitud de inscripción hasta tanto no tenga la residencia permanente en la Argentina” (punto III.1.párrafo sexto) para seguidamente agregar que “la negativa del INCUCAI se debe al pedido de reevaluación en los términos del artículo 5 de la resolución 33/2023” (punto III.2, párrafo doceavo), **expresión que** sólo contribuye a la confusión en los aspectos esenciales del conflicto, porque una cosa es el rechazo fundado en la condición migratoria del actor (v.gr. art. 2 de la resolución INCUCAI 342/2009 y art. 23 de la ley 25.871) y otra distinta el rechazo del pedido de revisión por considerar que aquél no encuadra en la hipótesis de excepción prevista legalmente (v.gr. las “razones sanitarias” aludidas en el art. 5 de la resolución INCUCAI 33 /2023).

La revisión presupone que el interesado no cuestiona su condición migratoria ni los efectos jurídicos que ella proyecta en el régimen legal de los trasplantes vigente en la República Argentina.

Ahora bien, el recurso versa sobre la decisión negativa del INCUCAI al pedido de revisión (ver oficio del 13 de junio pasado al que se ha hecho referencia) que fue lo que examinó el *a quo* en su





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

sentencia (considerandos II y III) y que constituye materia de agravios (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

El magistrado de primera instancia tuvo en cuenta lo establecido en el punto 5 del Anexo III de la resolución INCUCAI 64 /2017 (considerando III del fallo apelado). En ese punto –que integra los criterios de distribución de órganos provenientes de donantes cadavéricos y de selección de receptores en lista de espera– se enumeran cuatro tipos de situaciones clínicas: I) “EMERGENCIA A”; II) “EMERGENCIA B”; III) “URGENCIA” y IV “ELECTIVO”. El doctor Gota ponderó que el INCUCAI había analizado la condición clínica del señor E.A.T. concluyendo que no se encontraba en ninguna hipótesis de excepción (considerando IV del fallo apelado).

Por lo visto, contra esa argumentación la apelante invoca el artículo 5 de la resolución INCUCAI 33/23 que prevé “la posibilidad (sic) de verificar situaciones de excepción fundadas en ‘razones sanitarias’, sin restringir la verificación a los criterios de emergencia.

El planteo carece de la crítica concreta y razonada del pronunciamiento (art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) en la medida en que la recurrente omite las dos contestaciones del INCUCAI aludidas precedentemente (oficios del 18 de abril y 13 de junio del año en curso) y, asimismo, la exposición del doctor Carlos Alberto Soratti, presidente del directorio del INCUCAI, efectuada en la audiencia del 29 de septiembre pasado prevista en el artículo 67, inciso c) de la Ley de Trasplantes.

Se recuerda que el INCUCAI dejó en claro que la revisión tendiente a encuadrar al paciente en una hipótesis de excepción era resorte del equipo del trasplante cardíaco habilitado para la práctica en el Hospital Cosme Argerich, el cual no había presentado ninguna solicitud al respecto (documental actora, oficio del organismo del 18 de abril). Quiere decir que el propio interesado no encauzó por la vía administrativa pertinente el reexamen de su caso. Con tal comprensión del asunto, el amparo que promovió encubre el propósito de sustituir a las autoridades competentes para estudiar y decidir su situación, por los magistrados, evitando así el



cumplimiento de los trámites a los que se sujetan todas las personas –tanto nacionales como extranjeras– que, por su estado de salud, deben constituirse en receptoras potenciales de trasplantes con arreglo a las leyes argentinas. Corolario de ello es que el gravamen no tiene relación directa con la actuación del INCUCAI sino con la conducta discrecional del actor (ver doctrina de Fallos 277:276; 303:1307; 306:1126; 343:2019; 342:227; 321:2399 y 327:4495, entre otros).

Corroborada la conclusión, entre otros elementos, la opinión experta del presidente del INCUCAI expuesta en la audiencia referida, en cuanto a que “el INCUCAI tiene competencia para fiscalizar efectivamente...porque si no permitiríamos que lo incorporen en emergencia (se refiere al actor) y lo trasplanten rápido)...vuelvo a insistir que el vínculo del INCUCAI es con los profesionales del equipo de trasplante (se refiere al Hospital Cosme Argerich) que son quienes asumen ante el INCUCAI la representación del paciente, o sea no son los pacientes los que gestionan su inscripción...el INCUCAI no incluye pacientes en la lista, lo incluyen los equipos de trasplante (intervención del doctor Soratti en la audiencia del 29 de septiembre pasado, el subrayado no es del original). Conviene aclarar que en la audiencia estuvieron presentes, por video llamada el actor y la Defensora, y en acto, los dos médicos tratantes del señor E.A.T. pertenecientes al Hospital “Cosme Argerich”, doctores Sandro Mario Belforte y Alexis Javier Gascón, los miembros del Cuerpo Médico Forense, el cardiólogo Oscar Raúl Costabello y el psiquiatra Martín Alfredo Puricelli, la asistente social de la Defensoría General, licenciada María Eugenia Cuiuli, la directora de Legales del INCUCAI, Adriana Cecilia Carballa, el letrado apoderado de ese organismo, doctor Juan Manuel Colla y, como se dijo, su presidente, el doctor Soratti. Ni la parte ni los médicos tratantes del actor objetaron parte alguna de la extensa y fundada opinión del doctor Soratti.

En línea con lo expuesto, el artículo 5 de la resolución INCUCAI 33/2023 habilita al directorio de ese organismo a resolver





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

sobre las excepciones a los requisitos que planteen formalmente los equipos médicos que traten a los pacientes, extremo este que –se reitera- no se verificó en autos.

VI. No escapa a la consideración del Tribunal la condición clínica del señor E.A.T. –quien **está** internado hasta la fecha en el Hospital “Cosme Argerich” (escrito de la Defensora Oficial del 26 de septiembre pasado en Lex 100)- ni las consecuencias que ella produce en su ánimo. Sin embargo la controversia no puede ser resuelta en base a esa sola circunstancia ya que la recta interpretación y aplicación de la Ley de Trasplantes –que incluye la de su reglamentación- repercute sobre un vasto universo de personas –tanto nacionales como extranjeras- que se encuentran en una situación similar o, inclusive, más grave que la del actor y que –a pesar de su incuestionable vulnerabilidad- no se han visto representados en este juicio por funcionario alguno del Ministerio Público de la Defensa.

Es evidente que la inclusión reclamada por el señor E.A.T. importará el desplazamiento de potenciales receptores, consecuencia que no debe ser soslayada a la hora de decidir. Más allá de que la restricción establecida en el artículo 1° de la resolución INCUCAI 33 /2023 y que atañe al status migratorio del que se postula como receptor, no fue cuestionada en ninguna etapa del proceso (art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), cabe señalar que ella encuentra su antecedente en el artículo 2° de la resolución INCUCAI 342/2009. Tanto una como la otra procuran delimitar racionalmente el universo de receptores autorizados a fin de evitar el denominado “turismo por trasplante” sobre el cual se expidió calificadamente el titular del dicho organismo.

En efecto, al intervenir en la audiencia citada el funcionario ilustró que “turismo de trasplante quiere decir que una persona que necesita un trasplante se desplaza a otro país porque en ese otro país se puede trasplantar más rápido, hay equipos con más experiencia. Eso fue generando un desorden global en la actividad y generando mucha inequidad en el acceso...En los últimos veinte años ha habido un movimiento muy fuerte a nivel internacional tendientes a dictar normas regulatorias en los países que frenen esta distorsión. Esto lo hicieron los principios (sic) rectores de la OMS, la primera edición de



los principios rectores fue en el año 91 en una Asamblea Mundial de la Salud, eso se actualiza en el 2010 incorporando toda la experiencia anterior...Hay resoluciones adoptadas en función de eso por parte de organismos supranacionales regionales, como por ejemplo, MERCOSUR. Los Ministros de Salud de (sic) MERCOSUR dictaron dos resoluciones adoptadas en 2010, en 2009 en las cuales se comprometen los Ministros de Salud de los países a regular para impedir el trasplante de extranjeros no residentes...Brasil, por ejemplo, lo tiene por ley, yo recuerdo siendo funcionario tener que mandar un avión a una ciudad brasilera a buscar un paciente argentino porque la Presidencia de Brasil se comunica con el Presidente argentino para decirle ‘mirá (sic), acá me están denunciando que hay una familia que quiere un trasplante’...y tuvimos que mandar un avión a buscar un paciente....Por qué razón (se refiere a los fundamentos de la restricción migratoria) porque la insuficiente disponibilidad de órganos afecta la lista de espera argentina” (audiencia cit., el subrayado no es del original).

La “insuficiente disponibilidad de órganos” es un hecho que condiciona el criterio con que deben ser examinados los pedidos de excepción por “razones sanitarias” (art. 5 de la resolución INCUCAI 33/2023) expresión esta cuyo **significado y alcance** no fue objeto de análisis en el recurso (art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

No está en tela de juicio que el actor tiene derecho a la vida y a la salud; pero la mera invocación de tales derechos no habilita a ignorar los límites que **la ley impone** para conciliarlos con los del resto de la comunidad (art. 28 de la Constitución Nacional y doctrina de Fallos: 314: 225; 319: 1165; 320:196, entre muchos otros), ni acredita la afectación de la que se habla en el recurso (ver recurso, punto III apartado 2).

Todos los diagnósticos **médicos** están sujetos a la dinámica del tiempo. Desde que el señor E.A.T. tuvo su primera descompensación hasta que la Defensora inició el amparo pasaron siete meses. El desarrollo ulterior del cuadro no condiciona la tarea de los jueces en la medida en que es conjetural y no guarda relación con el *thema decidendum*. En efecto, la decisión del conflicto está





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA III

circunscripta al examen de los hechos pasados que ya fueron descriptos –en particular la conducta observada **por** el INCUCAI- Y de las normas que rigen el caso teniendo en cuenta la situación del paciente en ese momento (art. 1 de la Ley de Amparo, arg, de los arts. 163, incisos 4, art. 330 inciso 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, **SE RESUELVE**: desestimar la apelación interpuesta. Sin costas.

El juez Fernando A. Uriarte no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art.109 del RJN).

Regístrese, notifíquese, publíquese y, oportunamente, devuélvase.

Guillermo Alberto Antelo

Eduardo Daniel Gottardi

