



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

Expte. N° 11350/14 "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Estigarribia, Blanca Herminia c/ GCBA y otros s/ responsabilidad médica".

Tribunal Superior

I.- Objeto

Llegan las presentes actuaciones a esta Fiscalía General a fin de dictaminar sobre la queja y, en su caso, respecto del recurso de inconstitucionalidad, interpuestos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en lo que sigue GCBA), de conformidad con lo dispuesto a fs. 159, punto 2.

II.- Antecedentes

Entre los antecedentes de interés, cabe señalar que las presentes actuaciones se iniciaron con la demanda promovida por Blanca Herminia Estigarribia, por derecho propio, y juntamente con Osvaldo Rubén Ramírez, en representación de su hija Gisela Noemí Ramírez, contra el GCBA, por la suma de \$475.000, en virtud de los daños y perjuicios que les ocasionó la comunicación de un falso positivo de SIDA el día 12 de julio de 2001 en el Hospital General de Agudos, J. M. Penna, y el indebido suministro de la medicina AZT (cfr. fs. 1/12 del expte. N° 16499/0, en adelante el ppal.).

Al respecto, señalaron que la Sra. Blanca Estigarribia estuvo embarazada entre los meses de noviembre de 2000 a julio de 2001, y que en ese período fue paciente del Hospital Penna, perteneciente a la administración pública centralizada de la Ciudad de Buenos Aires.

La Sra. Estigarribia indicó que en el servicio de ginecología de este establecimiento público de salud se le realizó el seguimiento de su embarazo y durante ese período se le realizaron distintos estudios; entre ellos, el 27 de

junio de 2001, un estudio de control de distintas enfermedades infecto contagiosas. Agregó que supuso que el mismo no había dado motivo de alarma pues el médico a cargo de su tratamiento le aseguró que el resultado de ambos era el normal.

Seguidamente, expuso que el 8 de julio de 2001 se produjo la “rotura de bolsa”, acompañada de las primeras contracciones, motivo por el cual se hizo presente en la sede del establecimiento mencionado. Una vez internada allí, se le pidió una autorización escrita para volver a realizar un nuevo estudio de laboratorio de detección del HIV. Refirió que dio su consentimiento, pues le aseguraron que era una medida de rutina pero que, a partir de ese momento, los médicos decidieron posponer el parto.

Mencionó que el día 10 de julio del mismo año, a las 2 de la madrugada, el médico a cargo le indicó que se recurriría a la técnica de cesárea, no dando ninguna razón que justificara ese procedimiento. Como consecuencia de ello, su hija Gisela nació unas horas después.

Asimismo, que el día 12 de julio, mientras se encontraba amamantando a su bebé, una enfermera entró súbitamente en la habitación y le quitó a la niña de sus brazos, refiriéndole que: “no le des más teta, tenes SIDA” (sic). Inmediatamente después, la obligaron a dejar la habitación que compartía con otras dos personas y la llevaron a un pequeño cuarto en el que debió permanecer sola.

Manifestó que al día siguiente, fue entrevistada por una psicóloga, con quien mantuvo una comunicación en la que se daba por sentado que padecía la enfermedad. Sobre este aspecto, advierte que el procedimiento seguido por el establecimiento médico para la comunicación del diagnóstico constituye una clara violación del art. 8 de la Ley N° 23.798 y su reglamentación por vía del Decreto 1244/1991, en cuanto prevé que es obligatoria la atención personalizada de todo el seguimiento, debiendo el médico pedir al paciente su consentimiento para realizar el estudio diagnóstico con la debida explicación de sus alcances; el mismo médico que detecta el virus debe comunicar al paciente



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

el resultado e informarlo sobre las implicancias de la enfermedad y su derecho a recibir atención médica. Esta omisión, aducen los recurrentes, contribuyó a agravar el daño que se les produjo.

Agregaron que permanecieron en el hospital hasta el día 16 de julio. Que tanto a Blanca como Gisela se les suministró grandes dosis de AZT, droga indicada para el control del HIV. Asimismo, que en la epicrisis obstétrica se confirmó el diagnóstico HIV positivo, el día 12 de julio, y se les recomendó a ambas pacientes continuar los controles mediante el servicio de infectología.

Posteriormente, destacaron que el día 1° de agosto, Osvaldo Ramírez, padre y esposo, se hizo un estudio de laboratorio cuyo resultado fue no reactivo. El mismo día, Blanca se sometió a un nuevo estudio, pero esta vez con un reactivo de mejor calidad: el resultado fue no reactivo. Luego, el 6 de agosto se le realizó el test por el método Western Blot, cuyo resultado también fue negativo. Con fecha 9 del mismo mes y año, se sometió a uno nuevo, realizado por una organización no gubernamental, obteniendo el mismo resultado.

Afirmaron que en el hospital debieron someterla al método Western Blot antes de confirmarle el diagnóstico, pues se trata de uno más confiable.

Por su parte, señalaron que este gravísimo error les originó serias consecuencias. A Blanca le produjo una severa disfunción psicológica con connotaciones patológicas de depresión y angustia. Mencionaron que se siente débil, que ha perdido la confianza en sí misma y que adquirió sentimientos de inferioridad y baja autoestima. Además, indicaron que la relación entre Blanca y su suegra se “descompuso” luego del diagnóstico del HIV, pues la madre de su esposo, de muy elemental instrucción, le imputó la culpa del hecho y de haber puesto en peligro la salud de su hijo y sus nietas.

Agregaron que la depresión, ansiedad y la angustia le produjeron a Blanca disfunciones hormonales que se manifestaron de maneras diferentes: agalactia durante la crianza de su primera hija y galactorrea e hiperprolactinemia en ocasión de la lactancia de su segunda hija; disfunciones en el ciclo menstrual

que se presenta como dismenorrea; y otras somatizaciones que se manifiestan como cefaleas y dolores de espalda.

Sostuvieron que el falso anuncio de la enfermedad se realizó mientras la madre amamantaba a su hija y que a partir de entonces, la lactancia fue suspendida y no pudo reanudarse, pues Blanca padeció una agalactia que no pudo superar. Que el vínculo psicológico entre la madre y su hija fue objeto de grave sufrimiento, llegando a sentir rechazo por su hija. Además, que esta circunstancia produjo un efecto negativo en la salud psíquica de Gisela.

En virtud de todo ello, denunciaron la incapacidad de Blanca en el 30% de la total, de carácter permanente e imputable causalmente al falso diagnóstico de HIV; y la incapacidad de Gisela en un 15% de la total, de carácter permanente e imputable al mismo suceso.

En consecuencia, estimaron el daño biológico de la niña en \$50.000, el daño psicológico en la suma de \$30.000, el daño moral en la suma de \$50.000, como incapacidad psicofísica reclamaron la suma de \$50.000, la suma de \$40.000 como gastos de tratamientos médicos y la suma de \$22.500 en concepto de gastos de tratamiento psicológico.

En cuanto a la Sra. Estigarribia, estimaron el daño biológico en \$50.000, el psicológico en la suma de \$30.000, el daño moral en la suma de \$50.000, como incapacidad psicofísica reclamaron la suma de \$50.000, la suma de \$20.000 como gastos de tratamientos médicos, el daño estético en la suma de \$10.000 y, finalmente, la suma de \$22.500 en concepto de gastos de tratamiento psicológico.

Con fecha 24 de agosto de 2009, la Sra. jueza de grado resolvió hacer lugar a la demanda y condenar al GCBA a abonar a la actora Blanca Herminia Estigarribia la suma de \$50.000 y para la menor de edad Gisela Noemí Ramírez, la suma de \$40.000, las que deben ser satisfechas en los términos del art. 398, 399 y 400 del CCAyT, con más sus intereses que se calcularán aplicando la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina para el período comprendido entre el 6 de enero de 2002 y el 30 de septiembre de ese año; mientras que



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

deberá recurrirse a la tasa pasiva que publica el BCRA para fijar los devengados en períodos anteriores al 6 de enero de 2002, es esta caso desde el 24/01/01, y posteriores al 30 de septiembre de ese año (cfr. fs. 272/283 del ppal.).

Para así decidir, la magistrada de grado sostuvo que, en lo que aquí interesa, la prueba producida en autos permite tener por acreditada la responsabilidad del GCBA. En este sentido, señaló que de la historia clínica “debía surgir la forma en que se le informó a la paciente el resultado del primer análisis de HIV y ello no ha sido consignado, lo que me lleva a concluir que hubo errores en la forma en que debía informarse a la paciente, más aun teniendo en cuenta que se trata de una enfermedad infectocontagiosa” (fs. 279 del ppal.).

En esta línea, agregó que “A esa prueba documental se suma el peritaje médico, que también se constituye en un elemento esencial para formar la convicción del sentenciante. En efecto, surge de este, sin lugar a dudas, que en el caso medió negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de los deberes y obligaciones a cargo de los médicos e institución tratante, en definitiva, que la atención hospitalaria del parto y de su hija recién nacida configuran una praxis médica desviada de las reglas del arte médico, por todo lo cual concluyo que en el caso el actuar de los dependientes del Hospital no se encuentra dentro de lo previsto y aceptable conforme la patología de las pacientes” (fs. 279 y vta. del ppal.).

En virtud de ello, fijó los siguientes montos indemnizatorios: a) \$20.000 en virtud del daño psicológico sufrido por la Sra. Estigarribia (fs. 280); b) \$20.000 para cada una de las actoras en concepto de daño moral (fs. 281); y c) \$10.000 para la Sra. Estigarribia y \$20.000 para su hija Gisel, en concepto de daño psicofísico (fs. 281/282 del ppal.).

Frente a dicha decisión, la parte demandada y la actora dedujeron recursos de apelación (cfr. fs. 288 y vta. y 289 y vta., respectivamente).

A fs. 354/354 bis, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT hizo lugar al pedido de producción de prueba efectuado por la demandada, y requirió

al perito médico interviniente la ampliación del informe de fs. 166/171, incluyendo los puntos propuestos por el GCBA a fs. 92 vta., punto III (todo ello del expte. ppal.).

A fs. 376, y en atención al tiempo transcurrido sin que el perito haya dado cumplimiento a lo ordenado, se dispuso su remoción y la designación de oficio de uno nuevo.

Producido el nuevo informe (que obra a fs. 400/403 vta. del ppal.), contestadas las observaciones oportunamente realizadas (ver fs. 415) y efectuada la correspondiente ampliación (cfr. fs. 424/425 vta.), el Tribunal, con fecha 25 de octubre de 2013 y por mayoría, resolvió hacer lugar parcialmente a los recursos de la actora y la demandada y, en consecuencia: a) revocó parcialmente la sentencia en cuanto dispuso una indemnización por los rubros daño psicológico e incapacidad psicofísica; b) modificó los montos establecidos por daño moral y reconoció por este concepto \$40.000 a Blanca Estigarribia y \$25.000 a Gisela Ramírez, con más sus intereses; c) confirmó la sentencia en cuanto dispuso que su ejecución se adecue a lo prescripto en los arts. 398, 399 y 400 del CCyT; d) confirmó la imposición de costas de primera instancia a la demandada vencida; y e) distribuyó las de esa instancia por el orden causado (cfr. fs. 465/475 vta. del ppal.).

El Dr. Balbín afirmó en su voto (al que adhirió la Dra. Schafrik de Nuñez) que de las constancias de autos no surge que se le hiciese saber al paciente sobre la posible existencia de un falso positivo y la necesidad de realizar una nueva prueba, más específica y con mayores niveles de rigurosidad, para comprobar el resultado hasta entonces obtenido. Asimismo, que “conforme el relato de la misma paciente y testigos –los cuales no fueron impugnados por la demandada–, se advierte con claridad que no se ha tenido en cuenta los requisitos que la normativa prevé en materia de comunicación y asistencia” (fs. 468 vta. del ppal.).

En esta línea, el distinguido magistrado destacó que la Administración actuó adecuadamente al impedir que transitoriamente la madre amamantara a



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

su hija recién nacida y al suministrarles a éstas la medicación correspondiente. Sin embargo, concluyó que “ello no releva a la demandada de la responsabilidad que le cabe en razón del modo irregular y negligente en que informó el resultado del primer test y, en particular, sus alcances y consecuencias. Como resulta evidente, la profunda angustia sufrida por la Sra. Estigarribia podría haberse, si no evitado, al menos reducido significativamente de habersele brindado la información adecuada acerca de la posibilidad de un falso positivo y de la necesidad de realizar estudios posteriores, más precisos y exhaustivos” (fs. 469 del ppal.).

En cuanto a los daños reclamados consideró, principalmente sobre la base del nuevo informe pericial, que no se encontraban acreditadas las aflicciones físicas y psicológicas denunciadas. No obstante, señaló que ello no implicaba la imposibilidad de reparar el daño moral ocasionado por un diagnóstico que, pese a la gravedad que presentaba, fue indebidamente informado.

Precisamente, en relación con éste, afirmó que si bien la destinataria de la información sobre el diagnóstico fue la madre, ello no obsta a que también la hija haya sufrido las consecuencias dañosas de ese hecho. Así, expuso que “es razonable inferir que el recién nacido resulta particularmente receptivo a los estados de ánimo y situaciones traumáticas sufridas por su madre. El daño moral del bebé no se explica aquí como la angustia sufrida por éste al tomar conocimiento del padecimiento de su madre sino como el dolor experimentado de un modo más inmediato y primario” (fs. 472 del ppal.).

Sobre este punto elaboró su voto en disidencia la Dra. Mariana Díaz, para quien “no se evidencia en autos que la recién nacida haya padecido algún sufrimiento espiritual que guarde relación causal adecuada con la inapropiada comunicación del resultado del primer análisis de HIV practicado a la actora. Nótese que los efectos que pudo ocasionar la interrupción de la lactancia en la recién nacida y el suministro de la droga AZT, conforme quedo explicado, no


Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

fueron causados por la incorrecta comunicación del test de HIV sino que tuvieron su causa en los recaudos que los criterios médicos imponían ante un primer resultado reactivo. Por otro lado, no se encuentra acreditado en autos cómo los padecimientos sufridos por la actora en virtud de la defectuosa comunicación antes mencionada, habrían podido repercutir en su hija recién nacida” (fs. 474 vta. del ppal.). Por esta razón, consideró que correspondía hacer lugar a la pretensión de la demandada en cuanto a la improcedencia del daño moral respecto de la menor de edad.

Frente a ello, tanto la Asesoría Tutelar como la parte demandada interpusieron recursos de inconstitucionalidad (cfr. fs. 479/488 vta. y 489/506 vta., respectivamente).

En el primero de ellos, el representante del Ministerio Público Tutelar se agravió, principalmente, por la tasa de interés aplicada.

Por su parte, el GCBA tildó de arbitraria la sentencia cuestionada por cuanto, a su criterio: a) viola el principio de congruencia al resolver apartándose de los términos en que se trabó la *litis*, pues la parte actora demandó en virtud de los daños y perjuicios que le ocasionó la comunicación del falso diagnóstico de HIV, pero no por el modo en que se efectuó la comunicación respectiva; b) prescinde de la relación causal pues, en relación con el daño moral reconocido a la menor, presupone la existencia de un daño que de modo alguno está demostrado ni puede inferirse que haya existido. Al respecto, afirmó que “Si la relación madre-recién nacida se vio de alguna manera afectada –**circunstancia que NO ESTÁ DEMOSTRADA EN AUTOS**–, ello tuvo causa NO en la forma en que se informó el resultado de un estudio, sino en el contenido de esa comunicación que, como está ampliamente demostrado, no es el resultado de una falta de servicio de mi parte” (fs. 504 del ppal., el destacado no me pertenece).

La Sala I resolvió, con fecha 07 de julio de 2014, denegar los recursos de inconstitucionalidad interpuestos (fs. 533/535 del ppal.). En el caso del líbello procesal incoado por el GCBA, la Alzada consideró que sólo expresaba su



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

desacuerdo con la sentencia, sin formular un agravio constitucional concreto, pues no lograba establecer una relación directa e inmediata entre el perjuicio que le ocasiona y los derechos constitucionales que manifiesta vulnerados.

Ante dicha denegatoria, el GCBA interpuso recurso de queja ante el TSJ. Acontecido ello, se dispuso correr vista a esta Fiscalía General (cfr. fs. 159, punto 2).

III.- Admisibilidad

En cuanto a la admisibilidad de la queja, cabe señalar que la misma fue presentada en plazo, por escrito, ante el TSJ (art. 33 de la Ley N° 402 y 23 de la Ley N° 2145) y se dirige contra una sentencia definitiva emanada del tribunal superior de la causa.

Asimismo, vale resaltar, en torno al recurso de inconstitucionalidad intentado, que el defecto que le endilga el auto denegatorio recurrido no es tal, en la medida en que el GCBA evidencia un caso de insuficiencia argumentativa que impediría reputar ajustado a derecho el pronunciamiento objeto de crítica y que, como corolario, vulneraría el debido proceso de autos.

VI.- Sobre el fondo

Arribado a esta instancia, advierto que el recurso intentado sólo puede prosperar parcialmente, en relación con el agravio vinculado a la improcedencia del reconocimiento del daño moral respecto de la menor de edad. Esto es así, por cuanto la crítica formulada en torno a la violación del principio de congruencia y alteración de la *causa petendi* no surge evidente de las constancias de autos.

En efecto, recuérdese que la recurrente afirmó que para la actora, la causa generadora del daño fue el erróneo diagnóstico y no así la forma en la que se le comunicó. Esto es, no el modo sino el contenido de la comunicación.

Sin embargo, de la simple lectura de la demanda se advierte que la pretensión esgrimida por la parte actora incluye la forma en que le fue transmitido el errado diagnóstico. Téngase en cuenta que, en dicha oportunidad, se expuso que: “El 12 de julio, mientras Blanca estaba amamantando a Gisela, una enfermera entró súbitamente en la habitación y le quitó el bebé de los brazos. Al mismo tiempo le dijo: ‘no le des más teta, tenes SIDA’” (fs. 2 del ppal.).

Pero, además, no sólo se limitó a enunciar lo acontecido, sino que por el contrario remarcó que “el procedimiento que el establecimiento siguió para la comunicación del diagnóstico constituye una clara violación del art. 8 de la ley 23.798 y su reglamentación por vía del decreto 1244/1991. Según estas normas, es obligatoria la atención personalizada de todo el seguimiento. El médico debe pedir al paciente su consentimiento para realizar el estudio con la debida explicación de sus alcances; el mismo médico que detecta al virus debe comunicar al paciente el resultado e informarlo sobre las implicancias de la enfermedad y su derecho a recibir atención médica. La pacient[e] fue privada de este cuidado y contención personalizados **lo que ha contribuido a agravar el daño que se le produjo**” (fs., 2 y vta. del ppal., es resaltado me pertenece).

De ello se colige que el modo en que se produjo dicha comunicación fue objeto de la *litis* y como tal, formó parte del *tema decidendum*, motivo por el cual no puede tacharse de arbitraria la sentencia que resuelve sobre el asunto.

Por el contrario, distinta suerte debe correr el agravio restante.

Al respecto, cabe traer a colación que la Sala afirmó, para reconocer el resarcimiento por el daño moral ocasionado a la menor de edad, que la comunicación del erróneo diagnóstico de HIV se produjo poco después del parto y tuvo un efecto disruptivo y quizás traumático en el comienzo de la relación materno- filial. En este sentido, consideró que es posible inferir que la recién nacida resulta sensiblemente receptiva de los estados de ánimo y situaciones traumáticas atravesadas por su progenitora. Es decir, que el razonamiento del *a quo* se construyó sobre la base de una especie de presunción que, en atención



**Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Fiscalía General**

a una particular situación atribuida a las personas recién nacidas, consideró que la aflicción padecida por la madre se tradujo automáticamente en un trauma para su hija.

Como se observa, ello no sólo constituye una traslación de una premisa abstracta que, de conformidad con la prueba producida, no encuentra sustento fáctico en autos, sino que, además, tal como señaló la recurrente, prescinde de una relación causal adecuada.

Debe recordarse que de todo el procedimiento seguido por la Administración, lo único que el Tribunal encontró no ajustado a derecho fue el modo en que se comunicó el falso diagnóstico. Esto implica que todo lo actuado, a excepción de dicho acto, no puede generar responsabilidad alguna para la demandada.

De ello se desprende que “Aún informada de otra manera, la Sra. Estigarribia igualmente iba a dejar [de] amamantar preventivamente a su hija, igualmente se le realizaría a ésta tratamiento preventivo e igualmente iba a tener que esperar el resultado de los estudios confirmatorios, seguramente con temor a estar infectada de HIV” (fs. 504 del ppal.). Es decir, que el hecho que motivó la separación temprana entre la madre y su hija, que según el voto mayoritario de la Cámara constituye la causa del daño padecido por la menor, encuentra fundamento en un proceder lícito de la Administración, más allá del modo en que se produjo la comunicación señalada.

Acertadamente, señaló la Dra. Díaz en su voto en disidencia que “Nótese que los efectos que pudo ocasionar la interrupción de la lactancia en la recién nacida y el suministro de la droga AZT, conforme quedo explicado, no fueron causados por la incorrecta comunicación del test de HIV sino que tuvieron su causa en los recaudos que los criterios médicos imponían ante un primer resultado reactivo” (fs. 474 vta. del ppal.).

En consecuencia, siendo que no fue la comunicación del falso diagnóstico la que originó la temprana separación de la madre con su hija y

teniendo en cuenta que no se encuentra acreditado en el caso que el padecimiento que ello le irrogó a la Sra. Estigarribia haya repercutido negativamente en su hija recién nacida, corresponde revocar el pronunciamiento atacado en cuanto reconoció la indemnización por daño moral a la menor de edad.


Ello así, por cuanto la solución a la que se ha arribado no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa, pues la sentencia recurrida luce carente de la fundamentación debida, en la medida en que se ha satisfecho sólo de modo aparente el requisito de debida fundamentación, afectándose así el derecho a un debido proceso.

V.- Petitorio

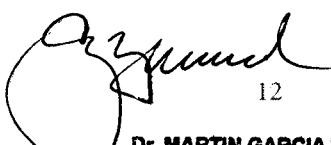
En virtud de todo lo expuesto precedentemente, considero que V.E. debe: I) Declarar admisible la queja; II) Hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida en cuanto dispone una indemnización para Gisela Ramírez por el rubro de daño moral.

Fiscalía General, 2 de febrero de 2015.

Dictamen FG N°06 -CAyT/15


Martín Ocampo
Fiscal General
Ministerio Público Fiscal de la C.A.B.A.

Seguidamente se remitió al TSJ. Conste.


12
Dr. MARTIN GARCIA BERRO
SECRETARIO
FISCALÍA GENERAL