

ARGENTINA

DIREITO CONSUMERISTA DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. VISTOS: Estos autos caratulados: “S., R. c/ INSSJYP s/ Prestaciones Quirúrgicas s/ Incidente de Apelación”, Expediente FMP 24744/2017/1, provenientes del Juzgado Federal N° , Secretaría N° de esta ciudad; Y CONSIDERANDO: I.- Que llegan los autos a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 40/42vta. por la Dra. Mónica Beatriz Romero-en representación de INSSJY- contra la resolución de fecha 17 de agosto de 2017 obrante a fs. 26/28. Que a raíz de la pretensión de la amparista el Magistrado de primera instancia decretó medida cautelar ordenando a la demandada a proveer la cobertura, en un 100% a su cargo, de la cirugía de revascularización miocárdica (CRM) sin circulación extracorpórea (CEC) con apoyo intraoperatorio de balón de contrapulsación intraortico (BCPIA), conforme lo solicitado por los profesionales tratantes. En relación al lugar donde se llevará a cabo, estableció que su realización en C. A. B. A. queda supeditada a la presentación de un nuevo certificado médico que fundamente dicha necesidad, en el supuesto de no contar el Instituto con prestadores idóneos y con recursos técnicos y humanos suficientes para que sea realizada en la ciudad de Mar del Plata. II.- En su presentación recursiva se agravia la apelante de la contracautela dispuesta y considera que debe exigirse a la actora una caución real dado el elevado costo de la pretensión requerida. En otro orden, sostiene que no se encuentra configurada la verosimilitud en el derecho dado que su poderdante no ha incurrido en ningún acto de discriminación o arbitrariedad al no haber incumplido la normativa vigente, y manifiesta que el Instituto -atento el sistema solidario que posee respecto a los fondos de los beneficiarios- debe velar para que no se otorguen y amparen prestaciones innecesarias afectando los intereses del resto de los afiliados. Finalmente, agrega que no existe peligro en la demora, toda vez que de los hechos narrados por la actora no puede inferirse que se provoque un daño irreparable en su salud siendo que está capitada con su prestador médico. III.- Conferido el traslado pertinente a la contraria y habiendo sido contestado el mismo -fs. 46 y 47/52.-, quedaron los autos en condiciones de ser resueltos, conforme fs. 55. IV.- Previo al desarrollo de las cuestiones propuestas a revisión de esta Alzada hemos de señalar que sólo se atenderán aquellos planteos que sean considerados esenciales a los fines de la resolución del recurso. En este entendimiento, hemos

de recordar que los jueces no están obligados a considerar todos y cada uno de los planteos de las partes, pues basta que lo hagan respecto de aquellos considerados esenciales y decisivos. V.- A fin de arribar a una solución ajustada a derecho, debemos merituar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, surgiendo así el derecho a la salud, a la vida, a una buena calidad de vida y a una asistencia médica adecuada, consagrados por Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional. El Címero Tribunal ha sostenido que “(.) El derecho a la salud -máxime cuando se trata de enfermedades graves (.) se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), por lo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho 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 (.)” (C.S.J.N. “L. de V., C. V. v. AMI y otros” – 02/03/2011, Cita online: 70069472). El derecho a la vida, y a una buena calidad de vida, tienen un papel central en la sistemática de los derechos humanos, siendo la asistencia médica un aspecto fundamental de la misma (cfr. CFAMdP en autos “T, S c/ SAMI s/ Amparo s/ Incidente de apelación de medida cautelar”, sentencia registrada al T° CXI F° 15.840; “A, Z E c/ INSSJYP y otro s/ Amparo s/ Incidente de apelación de medida cautelar”, sentencia registrada al T° CX F° 15.687; entre muchos otros). Es por ello que, siguiendo a Bidart Campos (“Casos de Derechos Humanos”, Ediar, pág.311) entendemos que no se puede caer en la abstracción de teorizar el derecho a la salud y a la atención médica sin asignarle en cada situación el contenido de la prestación posible que es debida al paciente enfermo. La valoración, sin duda, no está ausente en este itinerario que, sobre todo a cargo de los jueces, exige recorrer la Carta Magna para que cada caso reciba, con su aplicación, la cobertura más justa posible. Debemos considerar aquí el carácter de la medida cautelar debatida. Recordemos que la finalidad de toda medida cautelar consiste en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, que se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inútiles los pronunciamientos que den término al litigio (cfr. CFAMdP en autos “Antonio Barillari S.A. s/ Medida Cautelar Autónoma”, sentencia registrada al T° CX F° 15.689; entre otros). Este tipo de remedio -en este caso innovativo- implica una decisión excepcional, pues altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. Como configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa -que no por ello comporta prejuzgamiento sobre el fondo de la cuestión- resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. CFAMdP in re “Incidente de apelación de medida cautelar incoado por la Dirección de Salud y Acción Social de la Armada en autos: “R., N. A.c/ Dirección de Salud y Acción Social de la Armada s/ Amparo”, sentencia registrada al T° LXXVII F° 12.356). En el estadio cautelar en el que nos encontramos, consideramos que se encuentran reunidos prima facie los recaudos

legales exigidos para este tipo de medidas. En efecto, el primero de los recaudos que debe concurrir es el “fumus bonis iuris” que surge prima facie de la documentación acompañada en autos, en particular de las constancias agregadas a fs. 3, 7 y 8 de donde se desprende que la amparista es una mujer de 73 años, afiliada a INSSJYP, que debido a su diagnóstico e internación como consecuencia de un infarto agudo de miocardio anterior extenso (IAM) su médico tratando indicó la realización de la cirugía pretendida en autos. En relación al peligro en la demora consideramos que, sin incurrir en prejuizamiento, el perjuicio es inminente; responde a una necesidad efectiva y actual y ante la posibilidad que los accionantes triunfen en su reclamo, revocar la medida cautelar otorgada les ocasionaría un perjuicio que se tornaría irreparable o al menos de difícil solución ulterior, ya que resultaría imposible subsanar una circunstancia que deviene agotada por el transcurso del tiempo, como es la falta de cobertura médica, ante un acuciante estado de salud. A lo solicitado por la recurrente en cuanto a la posibilidad de ampliación de la contracautela prestada por la amparista, no habiendo cumplimentado el peticionante con lo establecido en el art. 201 del CPCCN, el tratamiento de dicha pretensión en esta instancia deviene improcedente. Por lo expuesto, a partir de una apreciación atenta de la realidad aquí comprometida, a nuestro juicio es procedente, por ahora, el mantenimiento de la medida cautelar decretada en primera instancia; ello sin que este pronunciamiento implique sentar posición frente a la cuestión de fondo. Aclarado ello, y toda vez que se encuentran comprometidos derechos amparados por la Constitución Nacional (y Tratados Internacionales), que poseen jerarquía internacional (en particular: Derecho a la salud y a una adecuada prestación médica), corresponde mantener la medida cautelar dictada por el Juez de grado, hasta tanto se dicte pronunciamiento definitivo. Finalmente, merece aquí ponerse de resalto que no se han analizado en esta instancia algunas cuestiones planteadas por el apelante, en virtud de exceder el limitado marco cognoscitivo en procesos como el de marras (sobre todo en esta etapa cautelar), como así también a los fines de evitar prejuizamiento. Por todo lo expuesto, este Tribunal RESUELVE: Rechazar la apelación interpuesta y confirmar la resolución atacada, con costas a la recurrente vencida (art. 14 Ley 16.986). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE. Se deja constancia que el Dr. Ferro se encuentra en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). ALEJANDRO OSVALDO TAZZA. (CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA; Partes: S. R. c/ INSSJYP s/ prestaciones quirúrgicas s/ incidente de apelación; Fecha: 13/03/2018)

ARGENTINA

DIREITO CONSUMERISTA DA SAÚDE. PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

Y VISTO: El recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 37/40 -el que mereció respuesta de la parte actora a fs. 54/56-, contra la resolución de fs. 28/30, y CONSIDERANDO: 1. El actor (por apoderado) inició la presente acción contra Swiss Medical SA -con medida cautelar- con el fin de que la demandada le otorgue

la cobertura de las prestaciones de psicoterapia (dos horas semanales), de actividad física supervisada acorde a su cuadro -hidroterapia (seis horas semanales) y traslados correspondientes a su vida diaria; todo ello, de acuerdo a lo indicado por su médico tratante como mejor alternativa de tratamiento posible, atento a la patología que lo aqueja -Síndrome de Marfan- (cfr. fs. 24/27). En el primer pronunciamiento que obra en la causa, el señor juez decidió hacer lugar a la medida cautelar, por lo cual ordenó a la accionada otorgar la cobertura integral de las prestaciones requeridas, conforme lo prescripto por el médico tratante y hasta tanto se dictara sentencia definitiva en autos (cfr. fs. 28/30). Dicha resolución fue apelada por la accionada, quien sostuvo -en lo sustancial- que la medida dictada por el a quo resulta arbitraria, dado que no se ha verificado una negativa de cobertura por parte suya, e implica un adelanto de jurisdicción respecto del fallo final de la causa. Agregó que, por el vínculo contractual que tiene su parte con OSPOCE, todas las prestaciones por discapacidad son brindadas por intermedio de la obra social y no a través suyo. Asimismo, manifestó que la actividad física diaria supervisada no se encuentra normatizada en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, toda vez que no resulta ser una terapia de rehabilitación ni una prestación de carácter médico asistencial y no hay documental médica alguna en la causa que indique que el actor deba realizar hidroterapia. También, adujo que el amparista no presentó la documentación necesaria para renovar la cobertura de psicoterapia y que el transporte se pide por medio de un servicio de taxis. Por ello, afirmó que no se presentan los elementos necesarios para el dictado de la cautelar, como son la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora. 2. En los términos expuestos, resulta adecuado recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido, en repetidas oportunidades, que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes o probanzas producidas en la causa, sino únicamente aquéllos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (Fallos 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121). 3. Sentado lo anterior, cabe destacar que no está discutida en el “sub lite” la condición de discapacitado del amparista (cfr. copia del instrumento obrante a fs. 22), la dolencia que padece -Síndrome de Marfan- (cfr. fs. 9 y 22) ni su condición de afiliado a la demandada (cfr. fs. 3). Está en debate, en cambio, la obligación de la recurrente de proveer cautelarmente la cobertura integral de las prestaciones aquí requeridas. 4. En primer lugar, es importante puntualizar que la ley 24.901 instituye un 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 (art. 1). En lo concerniente a las obras sociales, dispone que éstas tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de la asistencia básica enunciada en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2). Entre éstas se encuentran las de: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13), rehabilitación (art. 15), terapéuticas educativas (arts. 16 y 17) y

asistenciales, que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art.18). Además, la ley 24.901 contempla la cobertura de ayuda específica, enumerada al sólo efecto enunciativo en el capítulo V, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación (art. 19). También establece servicios complementarios (cap. VII) de: cobertura económica (arts. 33 y 34), apoyo para facilitar o permitir la adquisición de elementos y/o instrumentos para acceder a la rehabilitación, educación, capacitación o inserción social, inherente a las necesidades de las personas con discapacidad (art. 35), atención psiquiátrica y tratamientos psicofarmacológicos (art. 37), cobertura total por los medicamentos indicados en el art. 38, estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados por esta ley (art. 39, inc. b). La amplitud de la asistencia prevista en la ley 24.901 resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración social de las personas con discapacidad (ver arg. arts. 11, 15, 23 y 33). Por lo demás, la ley 23.661 dispone que los agentes del seguro de salud deberán incluir, obligatoriamente, entre sus prestaciones las que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar la cobertura de medicamentos que estas prestaciones exijan (art. 28) -cfr. esta Sala, causa 7841 del 7/2/01, entre muchas otras-. 5. Sentado lo anterior, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.682, las empresas de medicina prepaga deben cubrir con carácter obligatorio y como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad previsto en la ley 24.901 y sus modificatorias (art.7°). Tal prescripción normativa resulta concordante y complementaria de lo que anteriormente disponía la ley 24.754, en su artículo 1°, respecto de que “las empresas o entidades 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, de conformidad con lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455 (y sus respectivas reglamentaciones)”. De ello surge que las empresas de medicina prepaga se encuentran igualadas en cuanto a sus obligaciones prestacionales en relación con las obras sociales (cfr. esta Sala, causa 3054/2013 del 3 de marzo de 2013). Cabe destacar, también, que el mismo Programa Médico Obligatorio de Emergencia prevé que el agente de seguro de salud, con arreglo a lo previsto en el Anexo II (Resolución 201/2002), está facultado para ampliar los límites de cobertura de acuerdo a las necesidades individuales de sus beneficiarios (la cursiva le pertenece al Tribunal). En otras palabras, no constituye una limitación para dichos agentes, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales (cfr. CNCCFed., esta Sala, doctrina de causas 630/2003 del 15-4-2003 y 14/2006 del 27-4-2006). Por ende, debe ser entendida como un “piso prestacional”, por lo que no puede, como

principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de jerarquía constitucional (cfr. CNCCFed., Sala de FERIA, causa 8.780/06 del 26-07-07). 6. En tales condiciones, considerando los específicos términos de las prescripciones del médico tratante (cfr. fs. 9, 11 y 21, ver también fs.20) y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar sólo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, cabe concluir que la decisión denegatoria puede ocasionar el agravamiento de las condiciones de vida del amparista. En todo caso, las cuestiones planteadas por la demandada, deberán ser objeto de un pormenorizado análisis al momento del dictado de la sentencia definitiva, oportunidad en la cual se podrá ponderar la prueba que produzca a tales efectos. 7. En consecuencia, y en mérito de lo expuesto precedentemente, cabe concluir que el mantenimiento de la medida dictada por el señor juez es la solución que, de acuerdo con lo indicado por el profesional médico, mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema de la Nación, Fallos: 302:1284)-, reconocido por los pactos internacionales (art. 25, inc. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; cfr. esta Sala, causas 22.354/95 del 2/6/95, 53.078/95 del 18/4/96, 1251/97 del 18/12/97, 436/99 del 8/6/99, 7208/98 del 4/11/99, 53/01 del 15/2/01 y 2038/03 del 10/7/03, entre otras; en igual sentido, C.S. Mendoza, Sala I, del 1/3/93 y C. Fed. La Plata, Sala 3, del 8/5/200, ED del 5/9/2000). 8. De otro lado, y respecto del anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa, no es ocioso mencionar que se ha señalado que no se puede descartar el acogimiento de la medida cautelar pedida bajo peligro de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Suprema, in re “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros”, C.2348. XXXII, del 7-8-97). Y ello es así, pues es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del Tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva insita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar -según el grado de verosimilitud- los intereses de la actora y su derecho a la salud y el derecho constitucional de defensa del demandado (cfr. Corte Suprema, causa C.2348. XXXII, cit.). 9.

Por último, y si bien lo expuesto es suficiente para rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, no es ocioso recordar que la verosimilitud del derecho es un requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar. Tal recaudo se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (cfr. Fenochietto-Arazi, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 742; esta Sala, causas 14.152 del 27-10-94, 44.800 del 21-3-96, 35.653/95 del 29-4-97, 21.106/96 del 17-7-97, 1251/97 del 18-12-97, 7208/98 del 11-3-99, 889/99 del 15-4-99, 436/99 del 8-6-99, 7208/98 del 4-11-99, 1830/99 del 2-12-99 y 7841/99 del 7-2-2000). En cuanto al peligro en la demora, este Tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resultan suficientes para tenerlo por acreditado la incertidumbre y la preocupación que ellas generan, de modo que la medida sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado prima facie o presunto (cfr. causas 6655/98 del 7-5-99, 436/99 del 8-6-99, 7208/98 del 4-11-99, 1830/99 del 2-12-99 y 1056/99 del 16-12-99; en ese sentido, ver Fassi-Yañez, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota nº 13 y Podetti, Tratado de las medidas cautelares, pág. 77, nº 19). Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: confirmar la resolución de fs. 28/30 en cuanto fue motivo de agravio. Las costas de Alzada se distribuyen por su orden en atención a la cuestión debatida y al estado liminar de las actuaciones -arts. 68, segunda parte, y 69 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Regístrese, notifíquese y devuélvase. María Susana Najurieta, Francisco de las Carreras, Fernando A. Uriarte. (CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL; Sala/Juzgado: I; Partes: D. M. A. c/ Swiss Medical S.A. s/ incidente de apelación; Fecha: 17/10/2017)

COLÔMBIA

DIREITO PÚBLICO DA SAÚDE. GESTÃO DE SERVIÇOS. LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA - Persona natural que actúa en efensa de sus propios intereses. **LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA** - Entidad que se ocupa de prestar el servicio público de salud. **PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA** - Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo. **LEY 1122/07** - Confirió a Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre entidades promotoras de salud y usuarios. **ACCION DE TUTELA PARA QUE MEDICAMENTO SEA ENTREGADO EN MUNICIPIO DE RESIDENCIA** - Procedencia por cuanto discusión respecto del lugar de entrega de medicamento no es competencia de la Superintendencia Nacional de Salud y medio ordinario no resulta idóneo. **DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL** - Servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable. **DERECHO A LA SALUD** - Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público. **DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD** - Carácter autónomo

e irrenunciable. ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD - Accesibilidad económica, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional. FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD - Principios rectores como eficiencia, universalidad y solidaridad. En lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD - Reiteración de jurisprudencia. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Reiteración de jurisprudencia. PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD - Reiteración de jurisprudencia. SUMINISTRO OPORTUNO DE MEDICAMENTOS - Reiteración de jurisprudencia. A juicio de la Corte, las entidades promotoras de salud no sólo tienen la obligación de garantizar la oportuna y eficiente entrega de los medicamentos que requiere el paciente, sino también la de adoptar medidas especiales cuando se presentan barreras injustificadas que impidan su acceso, ya sea por circunstancias físicas o económicas, más allá de las cargas soportables que se exigen para los usuarios del sistema, pues de ello depende, en muchos casos, el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a la integridad física. DERECHO A LA SALUD - Vulneración por barrera para entrega de medicamento en municipio de residencia de la accionante, quien se encuentra en silla de ruedas. **(CORTE CONSTITUCIONAL DE COLÔMBIA; Sentencia T-092/18; Expediente T-6.448.448; Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ; Fecha: 12/03/2018)**

COLÔMBIA

DIREITO CIVIL DA SAÚDE. RESPONSABILIDADE. ERRO MÉDICO.

Pretende la demandante usuaria del plan obligatorio de salud, que se declare la responsabilidad médica de Institución Hospitalaria y EPS, con llamamiento en garantía a aseguradoras, por errado diagnóstico y tratamiento inadecuado de accidente cerebrovascular que le dejó como secuelas el déficit para la movilidad del miembro superior derecho, defecto del campo visual izquierdo y discapacidad neurológica. Como consecuencia se les condene al pago de perjuicios materiales, fisiológicos y morales. En primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda por falta de acreditación de la culpa médica ni la descripción puntual de la negligencia, decisión

confirmada por el Tribunal. Un único cargo se propuso en casación con fundamento en la violación de la norma sustancial por errores de hecho en la apreciación probatoria, enunciando normas de responsabilidad extracontractual y de orden superior. La Corte desechó el error y atendiendo las normas constitucionales estudió el cargo por error derecho en la apreciación conjunta de la prueba documental. Al no encontrarse estructurado NO CASÓ la decisión. (TRIBUNAL SUPERIOR SALA CIVIL DE BOGOTÁ; **Proceso: 11001-31-03-032-2012-00445-01; SENTENCIA SC003-2018; Magistrado Ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA; Fecha : 12/01/2018**)

ÍNDIA

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA. ALIMENTO. JUDGMENT. [...] 2. The accused, a vendor of M/s New Bikaner Sweet Center was in charge of the day to day business of the shop 1. On 08.04.2004 at about 7.00 PM, Food Inspector Shri S.K. Sharma purchased a sample of Ghee, a food article for analysis from the shop of the accused where the said food article was stored for sale. The sample consisted of approximately 600 gms of Ghee taken from an open tin bearing no label or declaration, after proper mixing Located at M/s New Bikaner Sweet Center, Sl.No. A-9, Tilak Market, Ramesh Nagar, New Delhi- 110015. With the help of a clean and dry long spoon. The sample was divided into three equal parts and stored separately as per the requirements in three separate clean and dry glass bottles under the supervision and direction of Shri B.M. Jain, SDM/LHA. The vendor's signature was obtained on the LHA slip and the wrapper of the sample bottles and the Panchnama was prepared on the spot. One counterpart of the sample 2 was sent to the Public Analyst, Delhi (hereinafter referred to as "PA"), and the other two counterparts were deposited with the LHA. The PA opined that the sample exceeds the maximum Butyro Refractometer (hereinafter referred to as "BR") reading limit of 43 and has a Reichert value of less than 28. The sample also tested positive for Baudouin Test, which should be negative in case of Ghee. And thus, does not conform to the standard. Upon summoning, the accused opted to get the second counterpart³ of the sample analyzed by the Director, Central Food Laboratory (hereinafter referred to as "the Director") under Section 13 (2) of the Prevention of Food Adulteration Act, 1954 (hereinafter referred to as "the Act"). The report 4 opined that the sample did not conform to the standards of Ghee as per the Act and the charges were framed. The ACMM-II held the accused guilty of the violation of the provisions of Section 2 (ia) (a) (c) & (m) of the Act, Bearing LHA Code No. 93/LHA/7757 Bearing No. 93/LHA/7757 Certificate No.CFL/679/743/2004 dated 20.10.2004 punishable under Section 16 (1) (a), read with Section 7 of the Act and convicted him. The Sessions Judge set aside the order of the ACMM-II, vide order dated 15.04.2011 and acquitted the accused. Against the order of acquittal, the prosecution applied for leave to appeal under Section 378(1) of the Code of Criminal

Procedure. The High Court declined to grant relief⁶, and hence the present appeal is before us. 3. There are two reasons why the High Court had declined to grant leave to appeal against the judgment of acquittal of the Sessions Court. (1) First, the sample of Ghee that was taken was itself not meant for sale but it was meant to be used merely as an ingredient in the preparation of sweets which in turn were meant for sale, and therefore no offence is made out under the provisions of Section 2 (ia) (c) & (m) and Section 16 (1) (a) read with Section 7 of the Act. (2) Secondly, there was a discrepancy between the report of PA and that of the Director with respect to the BR reading. The PA had recorded the BR reading as 52.7, whereas the Director had recorded the BR reading as 53.1. This variation was 0.76% i.e. more than 0.3%, and therefore the sample cannot be considered as representative in nature Vide order dated 15.04.2011 Vide order 20.12.2013 (CRL. M.A. 19502/2013) as held in State (Delhi Administration) v. Ram Singh and Another 7. We have carefully considered the provisions of the Act and find no merit in either reason. [...] 6. The explanation to the section does not support this contention. It clearly lays down that if a person stores any adulterated food for the purpose of manufacturing from it any article of food for sale, he shall be deemed to store adulterated food. The purpose of this provision is clear, it prohibits the storing of adulterated food notwithstanding the (1976) 1 SCC 412 fact that such adulterated food is itself not offered for sale, but is used in making some food which is offered for sale. It is clearly to prevent the adulteration of food and its sale to the public even when it is meant to be used for preparing some other food which is offered for sale. Thus, either way, whether the adulterated food is stored for sale, or if such food is stored for making some other food which is sold, such storing is an offence. Parliament has rightly assumed that no one, who offers food for sale, would store food which is not meant to be used in some food meant for sale. 7. The learned counsel for the accused relied on the judgement of this court in Municipal Corporation of Delhi v. Laxmi Narain Tandon. [...] In the present case, the sample of Ghee that was taken was from the Ghee that was stored for the purpose of making jalebis. On the accused's own admission, the offence is clearly made out under Section 7 of the Act. [...] 8. Section 1310 lays down the procedure by which the report of the PA that an article of food is adulterated is dealt with. [...] 9. The law accords such great importance to the report from the Director that it prohibits the Court from continuing with the prosecution until the receipt of the certificate from the Director. [...] 10. Therefore, there is no reason for the Court to refer to the contents of the report of the PA. Where there is no reason to refer to its contents of the report of the PA, there is even less reason to refer to the variation between the report of the PA and the Director. The Court is enjoined by law to consider the contents of the certificate of the Director only. 11. Moreover, this view is no more *res integra* in view of the judgment of this Court in Calcutta Municipal Corporation v. Pawan Kumar Saraf and another 11. [...] 12. The finding of the High Court that the variation between the two reports was 0.76% and therefore more than 0.3% as permitted in Ram Singh's case (*supra*) is completely unsustainable

and liable to be set aside. The reliance placed by the High Court on the decisions in *Kanshi Nath v. State*¹² and *State v. Mahender Kumar & Ors.*¹³, which hold that if in the comparison of the reports of the PA and the Director vast variations are found, then the samples are not representative, is improper. Those decisions do not lay down good law. It is thus clear that the accused was not entitled to the acquittal and the acquittal is liable to be set aside. We, therefore, set aside the acquittal of the respondent and convict him for the offence under Section 2 (ia) (a) (c) & (m) of the Act, punishable under Section 16 (1) (a), read with Section 7 of the Act. However, the proceedings commenced in the year 2004, the business has closed down since and the accused is now about 70 years 2005 (2) FAC 219 – Delhi High Court 2008 (1) FAC 177 old. In these circumstances, we direct that the sentence shall be confined to the period already undergone. 13. Appeal is allowed accordingly. (SUPREME COURT OF INDIA; *Delhi Administration vs Vidya Gupta*; Author: S Bobde; Criminal Appeal No.625 of 2018; Date: April 24, 2018)

VERSÃO EM PORTUGUÊS

MEIOS DE CONTROLE EM DIREITO SANITÁRIO. VIGILÂNCIA. ALIMENTO. JULGAMENTO. [...] 2. O acusado, um vendedor do centro M/s New Bikaner Sweet, era encarregado do cotidiano da loja n. 1. No dia 08/04/2004, por volta das 19 horas, a inspetora de alimentos Shri S. K. Sharma comprou uma amostra da manteiga Ghee para ser analisada. A amostra consistia em aproximadamente 600 gramas de manteiga retirados de um recipiente de estanho aberto sem etiqueta ou declaração, após ter sido preparada na M/s New Bikaner Sweet Center, Sl. A-9, Tilak Market, Ramesh Nagar, Nova Delhi- 110015. Com a ajuda de uma colher longa limpa e seca, a amostra foi dividida em três partes iguais, armazenadas separadamente, de acordo com os requisitos, em três garrafas de vidro limpas e secas separadas sob a supervisão e orientação de Shri B. M. Jain, SDM / LHA. O fornecedor assinou o formulário LHA e o invólucro das garrafas de amostra e o testemunho foi realizado no local. Uma contraparte da amostra 2 foi enviada a um analista (*Public Analyst* – PA, em Delhi), e as outras duas contrapartes foram depositadas na LHA. O PA opinou que a amostra excedia o limite máximo de leitura do Refratômetro Butyro (BR) de 43 e apresentava um valor Reichert menor que 28. A amostra também deu positivo para o Teste de Baudouin, que deve ser negativo no caso da manteiga ghee. Assim, o produto não se mostrou em conformidade com o padrão exigido. Após a convocação, o acusado solicitou que a segunda contraparte da amostra fosse analisada pelo diretor do Laboratório Central de Alimentos, como previsto pelo artigo 13 (2) da Lei de Prevenção da Adulteração de Alimentos de 1954. O novo exame confirmou que a amostra não estava em conformidade com os padrões para esse tipo de produto, de acordo com a lei e foram determinadas as multas. O juiz de primeira instância (ACMM-II) considerou o acusado culpado por violar as disposições da Seção 2 (ia) (a) (c) e (m) da lei, que contém o

Código LHA n. 93 (LHA / 7757 Bearing No. 93 / LHA / 7757 Certificado No. CFL / 679/743/2004 de 20/10/2004), sendo punível nos termos do Artigo 16 (1) (a), d a Seção 7 da Lei. O juiz de Sessão discordou da decisão do primeiro juiz e absolveu o acusado. Contra a ordem de absolvição, o Ministério Público solicitou autorização para apelar ao previsto no artigo 378 (1) do Código de Processo Penal. A Suprema Corte se recusou a conceder o pedido do MP e, assim, o presente recurso chegou até nós. 3. Existem duas razões pelas quais a Suprema Corte se recusou a conceder autorização para recorrer da decisão de absolvição do Tribunal de Sessões. (1) Em primeiro lugar, a amostra de ghee que foi tomada não era destinada à venda, mas para ser usada apenas como ingrediente na preparação de doces que, por sua vez, eram destinados à venda, não havendo, portanto, nenhuma ofensa as disposições da Seção 2 (ia) (c) e (m) e da Seção 16 (1) (a) lida com a Seção 7 da Lei. (2) Em segundo lugar, havia uma discrepância entre o relatório do PA e o do diretor em relação à leitura do BR. O PA registrou a leitura BR como 52,7, enquanto o diretor registrou a leitura BR como 53,1. Esta variação foi de 0,76%, ou seja, mais de 0,3% e, portanto, a amostra não pode ser considerada representativa na natureza. 7. Nós consideramos cuidadosamente as provisões do ato e não encontramos mérito em nenhum dos motivos. [...] 6. [...] Está claramente estabelecido que, se uma pessoa armazenar qualquer alimento adulterado com o propósito de fabricar qualquer item de alimento para venda, ele deve ser condenado. O objetivo desta disposição é claro: proíbe o armazenamento de alimentos adulterados, não obstante o fato de que tal alimento adulterado não seja ele próprio oferecido para venda, mas que seja destinado para uso na fabricação de algum alimento que é oferecido para venda. Pretende-se claramente evitar a adulteração de alimentos e sua venda ao público, mesmo quando se destina a ser usado para preparar algum outro alimento que é oferecido para venda. Assim, de qualquer forma, se o alimento adulterado é armazenado para venda, ou se tal alimento é armazenado para fazer algum outro alimento que é vendido, tal armazenamento é uma ofensa. O Parlamento presumiu, e com razão, que ninguém, que ofereça comida para venda, iria armazenar alimentos que não se destinam a ser utilizados em alguns alimentos destinados à venda. 7. O advogado do acusado baseou-se no julgamento deste tribunal no ncaso da Corporação Municipal de Délhi contra Laxmi Narain Tandon. [...], no qual a amostra de ghee retirada estava armazenada com o propósito de fazer jalebis. Por admissão do próprio acusado, a ofensa é claramente prevista na Seção 7 da Lei. [...] 8. A Seção 1310 estabelece qual o procedimento que o PA deve ter no caso de um produto alimentar adulterado. [...] 9. A lei atribui tamanha importância ao relatório do diretor, que proíbe que a Corte continue com a acusação até o seu recebimento. [...] 10. Portanto, não há razão para o Tribunal se referir ao conteúdo do relatório do PA e, quando não há motivo para se referir ao seu conteúdo, há ainda menos motivos para se referir à variação entre o relatório do PA e o do diretor. O Tribunal é obrigado, por lei, a considerar apenas o conteúdo do relatório diretor. 11. Além disso, este ponto de vista não é mais *res integra*, tendo em conta o acórdão do Tribunal Municipal de

Justiça de Calcutta *versus* a Corporation v. Pawan Kumar Saraf e outros. [...] 12. A conclusão da Suprema Corte de que a variação entre os dois relatórios foi de 0,76% e, portanto, mais de 0,3%, conforme permitido no caso de Ram Singh (supra), não pode ser ignorada. A confiança depositada pela Suprema Corte nas decisões de Kanshi Nath *versus* o Estado e o Estado *versus* Mahender Kumar & Ors., as quais sustentam que se são encontradas grandes variações comparando-se os relatórios do PA e do diretor, então as amostras não são representativas e são impróprias. São decisões que não criam *good law*. Fica claro, portanto, que o acusado não tinha direito à absolvição e a absolvição é passível de ser anulada. Nós, portanto, anulamos a absolvição do acusado e o condenamos pelo delito sob o Artigo 2 (ia) (a) (c) & (m) da Lei, punível nos termos do Artigo 16 (1) (a), da Seção 7 da Lei. No entanto, o processo começou no ano de 2004, o negócio fechou e o acusado conta agora com cerca de 70 anos. Nestas circunstâncias, ordenamos que a sentença seja limitada ao período já sofrido. 13. Recurso é permitido. **(SUPREME COURT OF INDIA; Delhi Administration vs Vidya Gupta; Relator: S Bobde; Criminal Appeal No. 625 of 2018; Data: 24/04/2018)**