

**Voces:** DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRÁXIS - MUERTE DE UN HIJO - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVINCIAL - HOSPITALES Y SANATORIOS - PERICIA MÉDICA - VALORACIÓN DE LA PRUEBA

**Partes:** P. M. D. y U. L. M. c/ Estado Provincial

**Tribunal:** Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy

**Fecha:** 18-sep-2015

**Cita:** MJ-JU-M-95248-AR | MJJ95248

**Producto:** MJ,SYD

El Estado provincial debe responder por el fallecimiento del hijo de los actores, en tanto el mismo tuvo lugar a causa de una deficiente atención médica.

**Sumario:**

1.-Debe revocarse el fallo recurrido y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda por mala praxis médica que derivó en la muerte del hijo de los actores, pues surge probado que la atención recibida por el menor fue insuficiente, por no haberse realizado los estudios patológicos indicados en el protocolo médico en atención al mal estado de salud del niño.

2.-El centro médico provincial no contaba con Oncólogo Pediátrico y de los estudios clínicos realizados al menor al día ocho de su internación ya se sospechaba por los síntomas que padecía que su patología era oncológica, lo cual ante la falencia de especialista y de aparatología debió ser derivado de manera inmediata a un centro de mayor complejidad.

3.-El tiempo en cuestiones de salud actúa como condicionante en el resultado del hecho, no pudiendo soslayarse la falta de atención y autorización cuando el menor fue asistido en el nosocomio provincial, a lo que debe agregarse el tiempo que se perdió -seis días- en realizar las autorizaciones para el traslado del menor a Buenos Aires y la peregrinación de los padres para obtener los reconocimientos de gastos médicos mientras duró la internación y tratamiento en el hospital de dicha ciudad.

4.-Quien contrae la obligación de prestar un servicio -en este caso, de asistencia a la salud- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular; ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad.

5.-En los casos de mala praxis médica, en los que se trata de comprobar el cumplimiento o no de las diligencias debidas y necesarias para evitar desenlaces dañosos, resulta dificultosa la producción de la prueba así como establecer quién lleva la carga probatoria, por lo que la pericial médica tiene una relevancia fundamental para el juez, quien deberá apreciarla con los restantes medios y bajo la lupa de las reglas de la sana crítica muy cuidadosamente.

---

En la Ciudad de San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy, República Argentina, a los dieciocho días del mes de setiembre del año dos mil quince, los señores jueces del Superior Tribunal de Justicia, doctores Clara D. L. de Falcone, José Manuel del Campo, Sergio Jeneferes y los señores jueces del Tribunal en lo Criminal, Dres. M. Ramón Puig y L. Nilda Lamas González, por habilitación y bajo la presidencia de la primera de los nombrados, vieron el Expediente N° 10.615/14, caratulado: "Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expediente N° B- 240.344/10 (Sala III - Cámara Civil y Comercial) Ordinario por daños y perjuicios: P., M. D. y U., L. M. c/ Estado Provincial"; del cual,

La Dra. de Falcone, dijo:

Inaugura la presente instancia el Dr. Enrique Rene Rivas en representación de los Sres. M. P. y L. M. U., contra sentencia del 13 de febrero de 2014 de la Cámara Civil y Comercial Sala III, la cual rechaza la demanda entablada contra el Estado Provincial.

De los hechos que interesan a la presente instancia -de manera sucinta- diremos que los ahora recurrentes entablaron en un primer momento demanda ordinaria por daños y perjuicios en nombre de su hijo menor de edad G. P. contra el Estado Provincial por la deficiente atención recibida en el Hospital de Niños de la Ciudad de San Salvador de Jujuy y asimismo del Instituto de Seguros de Jujuy (Obra Social de los empleados públicos provinciales, en adelante ISJ).

En la acción referida los padres relatan el largo peregrinar de su hijo, luego de varias visitas al centro médico, en el medio es internado en el Sanatorio Nuestra Señora del Rosario, sin contar con la cobertura de la Obra Social (ISJ), razón por la cual no se le hacen la totalidad de los estudios clínicos necesarios y se le da de alta; con posterioridad, es llevado a la guardia del Hospital de Niños Héctor Quintana en un par de oportunidades hasta que el menor es internado, siendo atendido en diferentes unidades médicas del nosocomio por el transcurso de 21 días, siendo derivado por pedido desesperado de los padres al Hospital Garrahan de Capital Federal, por presentar hasta ese momento diagnóstico presuntivo de enfermedad oncológica y sin que durante el transcurso de su internación se hubiera prescripto o suministrado tratamiento médico preventivo para paliar el avance de la enfermedad, sólo se dispuso el tratamiento paliativo del dolor.

Desgraciadamente el niño fallece, luego de varios meses de internación y de proporcionársele el tratamiento en el centro hospitalario al que fue finalmente derivado (Hospital Garrahan).

Cabe aclarar que los ahora recurrentes, antes del desenlace fatal de su hijo menor entablaron acción autosatisfactiva contra el ISJ, a fin de que el mismo diera cumplimiento con lo solicitado por los médicos tratantes en cuanto a los implementos necesarios para la hospitalización domiciliaria, sin que el demandado diera oportuno acatamiento, produciéndose el fallecimiento del menor.

La demanda principal, fue reformulada por los representantes del menor al momento del fallecimiento de este último, requiriendo el daño moral, diferencias en la cobertura de los tratamientos médicos y pérdida de chance.

El A quo, dictó sentencia rechazando la demanda e imponiendo la costas a la parte actora considerando, que:"En efecto, es claro que el resultado final era inevitable dada la escasa posibilidad de supervivencia que presenta dicha enfermedad, más aún en el estadio en que fue detectada. Ello quiere decir que el resultado fatal e inexorable se hallaba signado ya con anterioridad a la primera atención médica recibida. En resumidas cuentas, no se ha demostrado que la conducta de los dependientes del Hospital de Niños o bien de la Obra Social hubiese sido la causa eficiente del daño, los que ni siquiera fueron demandados ni citados al proceso, por lo que no hay en definitiva relación de causalidad adecuada entre la muerte del menor y el obrar profesional de los médicos demandados o de la obra social, presupuesto imprescindible de la responsabilidad. En este sentido existe profusa doctrina al respecto (Highton, Elena I.: 'Prueba del daño por mala praxis médica', en 'Revista de Derecho de Daños', N° 5, Bs. As., 1999, p. 75; o "El incumplimiento de la obligación asistencial como causa de la responsabilidad médica", ED, 154-92 de Costa, Enzo F.: ;" "El carácter conjetural de la medicina y la configuración de la mala praxis médica, LL, 1997-C-590Félix A. Trigo Represas, entre tantos autores)".

Asimismo, tuvo en cuenta que: "(...) merece serios reparos el informe pericial de fs. 393-405 en varios puntos específicos de los cuales me aparto. Es lo que sucede con las respuestas a las preguntas f), g), h) i) de la actora y c) del accionado.- En efecto, por un lado el perito reproduce cifras que denotan la alta mortalidad del tumor padecido por el niño, y por otro concluye que la derivación no fue oportuna sino tardía, sin especificar en relación a qué tiempos ni puntualizar qué incidencia pudieron tener los días de antelación en el tratamiento/curación o chances de sobrevivencia del menor, cuando en el Hospital de derivación la punción de médula ósea se hizo recién a los diez días, a los veinte se obtuvo el diagnóstico y se aplicó tratamiento quimioterápico luego de dos semanas de hallarse internado en dicho Hospital. No valoró que el niño ingresó ya con dolores óseos además de fiebre al Hospital, que ya tenía infiltrada la médula ósea con el tumor (células malignas) que llevó a presumir una leucosis en primera instancia, que al noveno día ya se palpó una adenopatía cervical y a los doce días de internado (27/03/10) ya aparecieron al tacto dos tumores de 2x3 cm. en la calota, todo según el propio relato del perito a fs. 397-397. Tal como surge del centellograma óseo realizado en el Hospital Garrahan (fs.133), un mes después ya había metástasis (secundarismo óseo) en los huesos del niño.-Ello nos da la pauta de que al ingreso la enfermedad se hallaba ya en un estado avanzado de evolución y si bien los galenos presumieron correctamente que se trataba de cáncer, no llegaron a precisar el tipo específico del mismo dado que el décimo cuarto día de internación (fecha 29/03/10) se pidió la derivación".

Concluye el sentenciante:"Si efectuamos un análisis comparativo del tiempo que insumió a un Hospital altamente especializado como Garrahan -más de quince días- arribar a un diagnóstico de certeza pese a que el menor ya había viajado con un diagnóstico presuntivo de enfermedad oncológica, y el tiempo que permaneció en el Hospital de Niños hasta ser derivado, resulta que el mismo no resultó excesivo ni puede haber sido causa o concausa del fallecimiento. Finalmente y en relación al incumplimiento del I.S.J. con los elementos de cuidado paliativos solicitados, el tiempo de demora (hasta el lamentable deceso del niño transcurrieron cuatro días hábiles), no alcanza a erigirse en un elemento determinante del daño, por lo que no puede imputarse a la obra social consecuencia alguna. Ello es así en cuanto no cualquier

incumplimiento genera responsabilidad si no se comprueba una inobjetable relación de causa-efecto entre la conducta cuestionada y el perjuicio sufrido".

Para finalmente resolver: "De tal modo, por todo lo expuesto, entiendo que la demanda entablada en contra del Estado Provincial no puede prosperar, por lo que debe ser rechazada".

Contra dicha sentencia se alza en recurso de inconstitucionalidad el Dr. Enrique Rene Rivas en representación del Sr. M. D. P. y la Sra. L. Marianela U.-padres del menor fallecido-, en virtud de considerar la sentencia emanada de la Sala III de la Cámara Civil y Comercial agravante en los siguientes puntos:

El quejoso considera que el resolutorio atacado es arbitrario y no constituye una derivación razonada del derecho vigente en virtud de realizar afirmaciones dogmáticas y apartarse de importantísimas constancias regularmente incorporadas a la causa, prescindiendo de prueba decisiva.

En un extenso memorial, el recurrente identifica como agravio que en forma contundente el Tribunal sentenciante incurrió en prejuicios y afirmaciones dogmáticas (que el menor estaba condenado a muerte al momento de recibir la primera atención; que la médula se encontraba infiltrada, que la atención en el hospital fue "aceptable" y que son razonables las demoras en la derivación y provisión de cuidados paliativos), que prescindió de prueba decisiva: realización en Jujuy de dos PAMOS cuya muestras no sirvieron para nada ni fueron enviados a anatomía patológica para confirmar o descartar el diagnóstico presuntivo de leucemia, falta de realización del centellograma óseo para el que se tenía turno asignado el 25 de marzo con lo que se podría haber determinado o descartado tumores óseos primarios o enfermedad metastásica temprana, la irregularidad que representa el hecho de que no existan anotaciones en la historia clínica de lo sucedido el 25 de marzo, que el menor estuvo veintidós días internado en el hospital de niños sin diagnóstico de certeza ni derivación oportuna a pesar de la sospecha de enfermedad oncológica y que el hospital careciera de oncólogo pediatra y la aparatología para completar diagnóstico de enfermedad maligna, que al 25 de marzo incluso al 30, el menor estaba estable y con buen estado general, que los tumores aparecen el 27 en región parietal y el 1 de abril en región costal, la buena respuesta del paciente al tratamiento con quimioterapia en el Hospital Garrahan; que ni siquiera se intentó investigar los tumores, las obscenas demoras, atento al estado del paciente, en solicitar la tercera PAMO y concretar -el ISJ- su derivación; que el menor estaba compensado y con buen estado general al 30 de marzo del 2010; la intrascendencia -que postula- de la falta de oportuna provisión de los elementos para los cuidados paliativos.

Asimismo, expresa el quejoso que el fallo dictado no es una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, lo que agrava las garantías constitucionales a la defensa en juicio, debido proceso y legalidad con directa incidencia en el derecho de propiedad de sus mandantes el que resulta avasallado.

Prosigue indicando que de acuerdo a las constancias de la causa, surge de la propia representante del Estado, que el Hospital de Niños no contaba en 2010 con especialista en oncológica pediátrica ni aparatología necesaria para completar estudios de patología maligna y que al menos el 24 de marzo de 2010 trabajaban con el diagnóstico presuntivo de leucemia, sin aportarle al menor tratamiento paliativo ni realizar estudio complementario para determinar el diagnóstico certero, que de su propio reconocimiento como ya lo expresara no contaban con los medios, pero tampoco procuraron derivarlo a centros mas especializados.

Concluye el Dr. Rivas refiriendo que el nosocomio público se encuentra obligado constitucionalmente a organizar el sistema de salud y frente a un deficiente funcionamiento del mismo Estado responde directa y objetivamente, de tal modo, si el servicio no funcionó o funcionó mal o tardíamente queda atrapada la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, finaliza, solicita la revocación de la sentencia emanada de la Cámara Civil y Comercial y se haga lugar a la demanda con la correspondiente imposición de costas a la contraria.

Corrido el traslado de ley, se presenta a contestar la Dra. María Jimena Bernal en representación del Estado Provincial solicitando el rechazo con costas de la sentencia recurrida, por ser la misma improcedente atribuyendo a los argumentos dados por el recurrente la calidad de meras discrepancias con los fundamentos del fallo atacado.

Cumplidos los trámites procesales de rigor se giran las presentes actuaciones al Ministerio Público Fiscal a fin de que emita dictamen, el cual se pronuncia por el rechazo del recurso articulado (fs. 77/82).

Firme el llamado de autos, la causa se encuentra en estado de ser resuelta.

Del estudio pormenorizado de las constancias de autos me encuentro en condiciones de adelantar mi voto por la procedencia del recurso interpuesto, ello en virtud de los siguientes fundamentos:

Considero atendibles las quejas del recurrente, en cuanto a la apreciación y análisis de las pruebas aportadas al proceso.

Cabe destacar, que el presente proceso se inicia durante la internación de G. P. de cuatro años de edad y dicho proceso es reconducido meses después por el fallecimiento del menor.

De la Historia Clínica del Paciente puede destacarse que según certificado médico de la Dra. Luciana Bellone especialista pediatra, el niño sufría desde el uno de marzo estado febril ascendente y que su estado general fue desmejorando, solicita en el mismo internación y determina consulta con la Dra. Mayek -especialista en hematología oncológica-, destaca que el paciente fue internado en el Sanatorio del Rosario los días 8 y 9 de marzo de 2010, donde se le realizan estudios médicos por presentar cuadro febril y dolor en los miembros inferiores, sin poderse determinar causa del estado febril, se le da el alta condicional, destacando la dificultad con la Obra Social para la autorización de estudios médicos. En tanto a fs. 27/28 figuran fichas de atención en el Sanatorio Nuestra Señora del Rosario (Expte: Aseguramiento de Prueba N° 234.964/2010).

A fs.30 dentro de la historia clínica de atención recibida del Hospital Héctor Quintana, se deja determinado que el niño lleva una evolución de 15 días de estado febril y dolores intercostales, habiéndose internado el día 15 de marzo en sala verde del nosocomio. A fs. 33 la pediatra L. Martínez descarta patología hematológica, por dolores óseo y heritrosedimentación elevada, correspondiendo dicho informe al primer día de internación en el nosocomio referido.

Al octavo día de internación 22/03/10 (fs. 38 Expte N° 234964/10) se palpan adenopatías - tumoraciones en la cadena cervical posterior bilateral, en el noveno día de internación el 23/03

se le realiza la primera PAMO- Punción Lumbar.

A fs 41, la Dra. L. Cari determina diagnóstico actual Leucemia, corresponde al décimo día de internación siendo trasladado al sector de Oncohematología.

Undécimo día de internación se lo medica con antibióticos y se le realiza la segunda punción de medula al haber sido informada la primera PAMO con células anormales y el 20% de células muertas, cabe resaltar que de esta segunda extracción realizada el 25/3 no hay resultado.

El 26/3 se le palpan nuevas tumoraciones en la región parietal y comienza con vómitos posprandiales, el 27/3 se descubren tumoraciones temporal izquierda, se le comienza a suministrar morfina cada seis horas.

Durante los días sucesivos hasta la derivación al Hospital Garrahan, se le suministra morfina para el dolor, y se siguen llevando adelante los estudio de rutina en sangre, orina y exámenes ecográficos en riñón e hígado.

Cabe aclarar que el día 29/3 los padres del menor solicitan la derivación a centro medico de mayor complejidad el cual se realiza el día 6 de abril, tras intensos y reiterados pedidos a la obra social para autorización de traslado en avión sanitario.

El niño G.P., es trasladado al Hospital Garrahan el día 6 de abril, donde se le llevan adelante los estudios médicos necesarios y a los diez días con pronóstico presuntivo de neuroblastoma se comienza a realizarse aplicaciones de quimioterapia, el diagnóstico se confirma el 26 de abril de 2010 determinando que el diagnóstico definitivo es neuroblastoma pobremente diferenciado, histología desfavorable- NEUROBLASTOMA ESTADIO IV.

Es necesario dejar determinado que el niño experimentó una gran mejoría, volviendo incluso a caminar, luego de las aplicaciones de quimioterapia, pero debido al metástasis de la enfermedad de origen, no fue suficiente y finalmente fallece el 5 de octubre de 2010.

Luego de la síntesis realizada, debo destacar que en la pericial médica que rola fs. 393/405 del expte. N° 240.344/10 y la contestación a las observaciones realizadas (fs. 449/453), se llevó adelante un estudio pormenorizado de la atención proporcionada al paciente en los nosocomios en los cuales fue atendido el menor, en donde el perito destaco:

-Pregunta f) del informe pericial, fs. 402 y vta: La derivación no fue oportuna, fue tarde. A los ocho días de internación, 23/03/10, se realizó la punción de médula ósea y al no tener diagnóstico definitivo correspondía derivar. En esa fecha el niño estaba compensado, con buen estado general y con presencia de tumores pequeños.

-Pregunta g) fs. 402 vta: El tratamiento médico fue adecuado y/o paliativo de acuerdo a la clínica sin diagnóstico definitivo. No es el adecuado para el neuroblastoma.

-Pregunta i) fs. 402 vta: La derivación tardía no ha permitido hacer diagnóstico certeza y la quimioterapia, radioterapia, etc. Todo de acuerdo a la evolución. Consecuencia que se aceleró la muerte.

Pregunta j) fs. 402 vta.: Un neuroblastoma es el tercer tumor pediátrico mas frecuente y

comprende 6-10% de todos los cánceres de la infancia, y el 15% de las muertes por cáncer en niños. La Tasa anual de mortalidad es de 10 por cada millón en niños del grupo etario de 0-4 años de edad, y el 4 por millón en el 4-9 años de edad.

La mayor incidencia se encuentra en el primer año de vida, y entre 1-2% de los casos son tumores congénitos. El rango de edad es amplio, incluyendo los niños mayores y adultos, pero solo el 10% de los casos ocurren en personas mayores de 5 años de edad. En el caso que nos ocupa está dentro del 4x10 de la tasa anual de mortalidad. Chances tenía para controlar la enfermedad pediátrica si el diagnóstico era más precoz. El niño debuta con los signos de dolor y fiebre en el Estadio I.

Pregunta t) fs.403 vta: Todo paciente tiene diagnóstico presuntivo al momento de la primera consulta. A la vez y mas cuando se encuentra internado, debe hacerse los diagnósticos diferenciales e ir descartando. La médica que hace la HC de ingreso, M L. Martínez, así lo hace en su planteo "descartar patología hematológica para dolor óseo, fiebre, pérdida de peso y VSG o eritrosedimentación en aumento" fs. 33 de la cautelar. Esto no se realizó en forma precoz. Mas se pensó en una infección, en traumatismos contusos, entre otros.

-Pregunta c) de la demandada, fs. 404: Los estudios realizados al menor NO fueron los adecuados. Las muestras de la punción medular no fueron enviadas a patología. No se han efectuado las biopsias de las tumoraciones que presentaba durante la internación.

Dicho examen pericial fue desestimado por el Tribunal sentenciante considerándolo poco claro y desajustado su informe con respecto a las preguntas realizadas por las partes.

En más de una oportunidad me he pronunciado sobre el valor de la prueba pericial y los extremos necesarios para que la misma sea desvirtuada por los Tribunales sentenciantes, en el caso en particular, donde a todas luces hablamos de procedimientos médicos que escapan a la ciencia jurídica, es innegable que el apartamiento realizado por el A Quo, es a primera vista arbitrario.

Tal como lo expresara en fallos anteriores, hago más las enseñanzas de Enrique Palacios sobre la prueba pericial, a la que se refiere como, que: "es aquella que es suministrada por terceros que a raíz de un encargo judicial y fundado en conocimientos científicos, artísticos o prácticos comunican al juez las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen", o bien para Araf en su libro "La Prueba" página 265 establece que: "es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designados en un proceso determinado, verifican hechos, los ponen en conocimiento del juez y dan su opinión fundada sobre la interpretación de los mismos a fin de formar la convicción del magistrado, siempre que para ello se requiera esos conocimientos".

Como se observa de estas definiciones entiendo no podemos apartarnos en cuanto estamos frente a una prueba ofrecida por las partes para dirimir el conflicto, aceptando así que el conocimiento en abstracto lo tienen personas extrañas a ellas, en miras al reconocimiento de su saber específico, ajeno al saber común, de forma que si bien no es vinculante para los magistrados, es sabido que como regla no pueden apartarse del dictamen puesto a su consideración, ya que es innegable que el perito ha entrado en contacto con los hechos del proceso de forma deliberada y a raíz de un requerimiento judicial; como lo establece el jurista Falcón en su obra "La Prueba Pericial" página 370.: " No sólo puede expedirse en relación a los

hechos pasados o presentes sino también futuros", ya que la peritación es una expresión de la ciencia, porque el perito expone lo que sabe por percepción, deducción o inducción de los hechos, pero es, además una operación valorativa" (Cámara 2º C. Com. de La Plata Sala III, 12-2-80 repertorio de La Ley XL, J-Z 1962).

Debo destacar que los alcances de la eficacia probatoria del dictamen pericial es resorte, también en principio, exclusivo del sentenciante, sin embargo, interpreto que el A Quo -en el presente proceso- no ha tenido en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en los que se funda. Al hablar de competencia, refiere a que la imparcialidad del perito se presume por su designación, ya que actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos esenciales. (L.A. Nº 55, Fº 1954/1965, Nº 621).

He puntualizado también que existen parámetros aceptados por la más calificada doctrina que determinan cuáles son los requisitos para que el dictamen del perito tenga eficacia probatoria. Así, no basta que exista jurídicamente y que no adolezca de nulidad, sino que es necesario, además, que reúna ciertos requisitos de fondo o contenido, entre ellos: a) razonabilidad: que sea un medio conducente respecto al hecho por probar; b) congruencia: que el hecho objeto del dictamen sea pertinente; c) que el perito sea experto y competente para el desempeño de su encargo; d) buena fe: que no exista motivo serio para dudar de su desinterés, imparcialidad y sinceridad; e) que no se haya probado una objeción por error, grave, dolo, cohecho o seducción; f) que el dictamen esté debidamente fundamentado; g) que las conclusiones sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos; h) que además sean convincentes y no aparezcan improbables, absurdas o imposibles; i) que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto; j) que no haya rectificación o retractación del perito; k) que el dictamen sea rendido en oportunidad; l) que no se haya violado el derecho de defensa de la parte perjudicada con el dictamen, o su debida contradicción; m) proporcionalidad: que los peritos no excedan los límites de su encargo; n) que no se haya declarado judicialmente la falsedad del dictamen; o) que el hecho no sea jurídicamente imposible por existir presunción de derecho o cosa juzgada en contrario; p) que los peritos no hayan violado la reserva legal o el secreto profesional que ampara a los documentos que sirvieron de base a su dictamen, etcétera (L. A. Nº 55, Fº 1954/1965, Nº 621).

Todos estos extremos están acabadamente cumplidos en el caso en debate.

En tal sentido tiene dicho y reiterado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y es constante la jurisprudencia de nuestros tribunales, que si bien los informes periciales no poseen para el juzgador carácter vinculante, cuando aquel se aparta de ese medio de prueba debe dar razones que justifiquen tal criterio sin malograr la búsqueda de la verdad esencial para el buen servicio de justicia (Fallos 308:1790).

Ello reviste mayor importancia aún en los casos de mala praxis médica, porque cuando se trata como sucede en la causa principal de comprobar el cumplimiento o no de las diligencias debidas y necesarias para evitar desenlaces dañosos -aquí desafortunadamente la muerte del paciente- resulta dificultosa la producción de la prueba así como establecer quien lleva la carga probatoria, de tal modo la pericial médica en estos casos si cumple con los requisitos antes enunciados, tiene una relevancia fundamental para el juez quien deberá apreciarla con los restantes medios y bajo la lupa de las reglas de la sana crítica muy cuidadosamente, como a mi juicio surge con nitidez de las conclusiones del experto (mutatis mutandi, Libro de Acuerdo: 56 Nº Registro: 587).

Considero que el fallo se basó en los dichos de la Dra. Mejek, a los que se asignó un valor probatorio pleno del que carecen; esto así, en razón de las circunstancias personales que atañen a esta declarante, porque su conducta es objeto del reproche formulado en la demanda, ya que al haber sido quien atendió al menor en su interacción primaria y a la cual están dirigidas gran parte de las críticas sobre la actuación y toma de decisiones sobre los tratamientos y diagnóstico que debieron ejecutarse, resulta evidente que se encuentra involucrada en la litis. Esta circunstancia, sin duda alguna, exigía un particular espíritu crítico en la apreciación de sus dichos; además porque sus expresiones no pasan de ser una declaración parcial y absolutamente carente de objetividad, entonces, por su propia naturaleza, no es idónea como medio probatorio atento el indudable interés que cabe presumir a favor de la deponente. De tal suerte, deviene reprochable los términos en que fueron aceptados sus dichos.

En relación al tema de que se trata, la Cámara prescindió de examinar los informes formulados por el perito médico, con la consiguiente seriedad de lo expresado por el galeno, dándole mayor trascendencia a los testimonios vertidos por un testigo interesada en el debate.

Lo antes dicho desvirtúa el pronunciamiento judicial derivándolo en arbitrario. En consecuencia, le asiste razón al recurrente en cuanto a que el tribunal ha efectuado un examen parcial e inadecuado de los elementos de convicción aportados a la causa, ha utilizado argumentos contradictorios y ha realizado afirmaciones dogmáticas que sólo otorgan al fallo fundamentación aparente, lo que constituye un menoscabo al derecho de defensa en juicio amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 308:1160 y 1790).

El Dr. Rubén Rivera, Perito Médico Oficial designado en esta causa, llevó adelante un estudio específico de la situación planteada por las partes; dio respuesta a los cuestionamientos realizados y despejó dudas sobre las observaciones hechas por la representante del Estado Provincial las cuales se encontraban identificadas con las realizadas por la Dra. Elena Majek, quien atendiera al menor durante su interacción primaria.

Principalmente del peritaje realizado y la consecuente contestación de las observaciones, puede inferirse que la atención recibida por el menor G. P. fue insuficiente, por no haberse realizado los estudios patológicos indicados en el protocolo médico en atención al mal estado de salud del niño.

Queda claro, aún de las propias declaraciones de la Dra. Majek, que el centro médico provincial no contaba con Oncólogo Pediátrico y que de los estudios clínicos realizados al menor al día ocho de su internación ya se sospechaba por los síntomas que padecía el hijo de los actores que su patología era oncológica, lo cual ante la falencia de especialista y de aparatología debió ser derivado de manera inmediata a un centro de mayor complejidad ( fs. 428/433).

Merece asimismo especial atención, el sin fin de demoras de la Obra Social para autorizar los estudios, internación y traslados del menor.

Al respecto, considero que las interpretaciones llevadas adelante por el Tribunal sentenciante son dogmáticas y arbitrarias, ya que no debe perderse de vista el especial servicio que presta el ISJ, que es ser proveedor de prestaciones médicas.

El tiempo en cuestiones de salud actúa como condicionante en el resultado del hecho. En

consecuencia, no puede soslayarse la falta de atención y autorización cuando el menor fue asistido en el Sanatorio Nuestra Señora del Rosario, a ello debe agregarse el tiempo que se perdió -seis días- en realizar las autorizaciones para el traslado del menor a Buenos Aires y la peregrinación de los padres para obtener los reconocimientos de gastos médicos mientras duró la internación y tratamiento en el Hospital Garrahan.

A ello cabe agregar, y no es menos importante, sobre todo por lo doloroso de la situación, el incumplimiento de asistencia con los implementos y disposición de personal capacitado para atender al menor en su domicilio en sus horas póstumas.

No cabe en estas situaciones, excusas de tiempo, un servicio médico y de prestadores como es el ISJ, no puede ampararse en los días inhábiles para resolver situaciones de urgencia de vida, en el caso de no contar con servicios administrativos de guardia, en todo caso debería incorporarlos, ya que la salud y sus necesidades no saben de feriados.

Tal como lo ha decidido nuestro Tribunal Címero en reiteradas ocasiones, quien contrae la obligación de prestar un servicio -en este caso, de asistencia a la salud- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 307:821; 312: 343; 315:1892 y 317:1921). Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad (Fallos: 306: 2030 y 317:1921, ya citados). Cabe señalar, asimismo, que el adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple tan sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (Fallos: 306:178; 317:1921, ya citado),( Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios. 06/07/1999 - Fallos:322:1393).

Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

Cuando no se atiende al propósito sustancial de la ley, y este es el de preservar la vida, la salud y la integridad física de un menor que se halla ante un grave riesgo, se comprometen derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a nuestro país.

Habida cuenta del objetivo primordial de la prestación médica y asistencial, es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 sobre protección integral de las

personas con discapacidad, corresponde declarar el derecho de la menor interesada a obtener los cuidados que su estado requiere.

En virtud de lo antes dicho y lo expresado hasta aquí, se hace necesario realizar la procedencia de lo reclamado por el recurrente, en cuanto a los daños y perjuicios sufridos, tanto como por la pérdida de chance.

Es innegable, a mi entender, el daño emocional, psicológico, moral y material sufrido por los actores y por supuesto por el menor enfermo.

Cuando una persona, a raíz de un evento dañoso sufre la pérdida o frustración de una expectativa o probabilidad de ganancias futuras, se dice que ha experimentado una "pérdida de chance". Ello sucede entonces cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad de lograr una ventaja patrimonial o evitar una pérdida de dicha índole. Prevot y Chaia, en concordancia con Zavala de González, definen la pérdida de chance como "la oportunidad verosímil de lograr una ventaja o de impedir una pérdida", o bien siguiendo a Cazeaux como "la posibilidad de un beneficio probable, futuro que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe" (Dr. Daniel E. Moeremans. LA PERDIDA DE CHANCE EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJT- LEX DIGITAL).

La reparación de la pérdida de chance no vulnera el principio de certeza del daño. En realidad constituye una zona gris, limítrofe, situada a mitad de camino entre el daño cierto y el puramente eventual o hipotético, debiendo, para ser resarcible, probarse el nexo causal entre el hecho y la razonable probabilidad del acontecimiento. Entre la variedad de hipótesis mencionadas por la doctrina y la jurisprudencia se incluyen la muerte de un hijo, la pérdida de un juicio por mala praxis profesional.

Para que la pérdida de chance sea resarcible es necesario que concurren dos condiciones específicas: que la posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida sea real y seria, es decir que sea probable la ocurrencia de un suceso favorable, lo cual lo distingue de la simple esperanza, evitando así los abusos eventuales de la noción. Lo frustrado "en enlace causal" con el hecho lesivo son las expectativas de las consecuencias mediatas previsible, es decir la posibilidad de obtener una ventaja económica o evitar una pérdida.

Al respecto Bustamante Alsina expresa que la pérdida de una "chance" es un daño cierto, no eventual, pues se frustra ciertamente para otro una oportunidad que existe como tal, de obtener una ganancia o de evitarse un perjuicio. La indemnización es de la "chance" misma y no de la ganancia, por lo que aquél debe ser apreciada judicialmente, según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad (Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad civil" Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993, 8ª Ed, pg. 176 y "Equitativa valuación del Daño no mensurable, LL 1.990-A. 654).

Concluyo conforme lo expresé en Libro de Acuerdos N° 56, Registro: 587, en el sentido que "comparto con doctrina y jurisprudencia -aún admitiendo que no es pacífica en su totalidad- que en determinados supuestos el fundamento de la responsabilidad galénica se sustenta en la tesis de la pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad, y reside por tanto en que la culpa del médico privó al paciente de tener acceso a posibilidades diagnósticas o terapéuticas con cuya concurrencia pudo no haberse producido el daño. Es decir, el resultado lesivo atribuible al accionar negligente deja de ser la muerte o daño en la salud del paciente, y pasa a

ser la frustración de la posibilidad de prolongar la vida, curarse, o bien padecer un daño físico menor (Confrontar La tesis de la pérdida de chance en medicina, por Rafael Acevedo, La ley 2011-F-1106). A lo que debo agregar la responsabilidad del actuar de la Obra Social Instituto de Seguros de Jujuy, por quien debe responder el Estado Provincial por ser titular de dicha entidad, como también por el actuar de sus dependientes del Hospital de Niños Héctor Quintana.

Finalmente y para concluir, encuentro necesario dejar determinado que la responsabilidad que le cabe al Estado Provincial por el accionar de la Obra Social- Instituto de Seguro de Jujuy- y la deficiente atención del menor en el Hospital de Niños Héctor Quintana, es una responsabilidad directa por la mala prestación del servicio de salud del cual aquél es titular. En consecuencia, existe en el caso una responsabilidad objetiva por la mala prestación del servicio -valga la redundancia-, dejando en claro, entonces, que lo que se evalúa es la prestación del servicio. Resulta sumamente ilustrativo y por ese motivo reitero las expresiones del perito médico volcadas a fs. 401/405, quien claramente expone: "La mayor incidencia se encuentra en el primer año de vida, y entre 1-2% de los casos son tumores congénitos. El rango de edad es amplio, incluyendo los niños mayores y adultos, pero solo el 10% de los casos ocurren en personas mayores de 5 años de edad. En el caso que nos ocupa esta dentro del 4x10 de la tasa anual de mortalidad. Chances tenía para controlar la enfermedad pediátrica si el diagnóstico era más precoz. El niño debuta con los signos de dolor y fiebre en el Estadio I.- La derivación tardía no ha permitido hacer diagnóstico de certeza y la quimioterapia, radioterapia, etc. Todo de acuerdo a la evolución. Consecuencia que se aceleró la muerte"(destacado agregado).

Por todo lo considerado corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Enrique Rene Rivas en representación de M. P. y L. M. U. En su mérito, revocar la sentencia del 13 de febrero de 2014 emitida por la Sala III de la Cámara Civil y Comercial, debiendo en consecuencia remitirse las actuaciones al Tribunal subrogante a fin de que se haga lugar a la demanda entablada y admita las pretensiones en ella reclamadas. Imponer las costas al Estado Provincial en virtud del art. 102 del C.P.C. y diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con base firme para ello.

Los Dres. del Campo, Jeneffes, Puig y Lamas González, adhieren al voto que antecede.

Por ello el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy;

Resuelve:

1º) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Enrique Rene Rivas en representación de M. P. y L. M. U. En su mérito, revocar la sentencia del 13 de febrero de 2014 emitida por la Sala III de la Cámara Civil y Comercial, debiendo en consecuencia remitirse las actuaciones al Tribunal subrogante a fin de que se haga lugar a la demanda entablada y admita las pretensiones en ella reclamadas.

2º) Imponer las costas al recurrente en su calidad de vencido. Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con base firme para ello.

3º) Registrar, agregar copia en autos y notificar por cédula.

Firmado: Dra. Clara Aurora De Langhe de Falcone

Dr. José Manuel del Campo

Dr. Sergio Marcelo Jenes

Dr. M. Ramón Puig (Habilitado)

Dra. L. Nilda Lamas González (Habilitada).

Ante mí: Dra. Constanza María López Iriarte

Secretaria Relatora.