

///MA, 21 de septiembre de 2009.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Alberto I. BALLADINI y Luis LUTZ, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "ARMENDI, VERONICA Y OTRO S/AMPARO S/APELACIÓN" (Expte. N° 23944/09-STJ-), elevados por el señor Presidente de la Cámara del Trabajo de la Tercera Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de San Carlos de Bariloche, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado:- - - - - V O T A C I O N - - - - - El

señor Juez doctor ALBERTO I. BALLADINI dijo:- - - - -

-----En autos, a fs. 40/47 vta. los accionantes demandan al IPROSS la cobertura integral del tratamiento de microfertilidad asistida y cobertura económica para los tratamientos que sean necesarios hasta lograr un embarazo (cf. 2º párrafo, punto I, fs. 40).- - - - -

- - - - -

----- La sentencia de fs. 64/74 hizo lugar a la acción de amparo interpuesta, ordenando a la Obra Social I.Pro.S.S. a cubrir íntegramente los gastos del tratamiento de fertilidad asistida –por el “Método ICSI”- reclamado en autos..- - - - -

-----Contra la misma, interpone recurso de apelación la apoderada de Fiscalía de Estado, Dra. Laura Lorenzo, a fs. 85, fundado conjuntamente con el representante legal de la Fiscalía de Estado Dr. Roberto Stella a fs. 87/93.- - - - -

-----El Tribunal del amparo, funda su fallo teniendo en consideración la normativa vigente en la materia y la opinión vertida por el Superior Tribunal de Justicia en el precedente “MELENDEZ”, Se. 133/08, circunstancia en que –a su entender- se resolvió un caso de similares características. - - - - -

-----El Tribunal del amparo analiza la viabilidad de la acción, fundado principalmente en el derecho a la vida y a la salud, el beneficio de gozar de un elevado nivel de salud como uno de los derechos fundamentales del ser humano de acuerdo a lo establecido en el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud, no identificando solamente la salud con la ausencia de enfermedad, conforme lo sostiene también gran parte de la doctrina y la jurisprudencia.- - - - -

-----En cuanto a la salud reproductiva y al derecho a la procreación, señala el Tribunal que éstos se encuentran contemplados en la Constitución Nacional (art.75 inc. 22), en la Constitución Provincial (art. 36 inc. 1 y 4) y en la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” suscripta por la Argentina el 17 de julio de 1980, ratificada por ley 23.179 en 1985. - - - - -

-----La sentencia expresa que la accionante tiene un diagnóstico de esterilidad primaria de varios años de evolución de causa obstructiva tubárica por lo que requiere someterse a un tratamiento de fertilidad in vitro para poder tener un hijo. - -

-----Que no han sido cuestionados -continúa el fallo- por la demandada los antecedentes clínicos denunciados ni la necesidad del tratamiento y que, no obstante las pautas generales que rigen el sistema, “debe ceder ante el más importante de los derechos - cuya protección está por encima de los demás- como lo es el derecho a la vida, que involucra el de la salud, la dignidad humana y el bienestar común, implícitamente reconocido en el art. 33 de la Constitución Nacional.- - - - -

-----Por último, sostiene que las obras sociales deben brindar a sus beneficiarios los servicios de salud contenidos en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia y otras coberturas obligatorias, sin poder alegar carencias, preexistencias o exámenes de admisión.- - - - -

-----A fs. 87/93 los recurrentes expresan que resulta aplicable el precedente de este Cuerpo “SUAREZ”. Alegan que el tratamiento de fertilización ICSI no se encuentra comprendido en el PMOE por lo que el Tribunal no puede suplir una función legislativa.- - -

-----Destacan que la actora ya se ha realizado distintas prácticas sin éxito y que el fallo ha aplicado antecedentes que no resultan válidos a este caso particular, pues la solución no es genérica. Específicamente, señalan que se le ha realizado a la actora cuatro intervenciones quirúrgicas y que además, por vía de excepción, a pesar de no estar nombrado, se le cubrió el 50% del tratamiento solicitado “in vitro”, método ICSI, con resultado negativo.- - - - -

-----Sostienen que pertenecer a un ente solidario como el IPROSS tiene ventajas pero implica compatibilizar el máximo de comodidad con los recursos de la entidad, limitados ante el incremento de gastos en salud. Lo contrario implica el peligro de la

sustentabilidad del sistema.- - - - -

-----Entre los agravios, mencionan que la sentencia desconoce que los órganos del Estado son los encargados de establecer las políticas para la convivencia social, y para el caso de la obra social es la única que puede razonablemente priorizar las prestaciones.

- - - - -

-----A fs. 96/100 contestan traslado los accionantes expresando que no le asiste razón a la recurrente por cuanto el IPROSS solamente cubrió, mediante una vía excepción, el 50% de los medicamentos del tratamiento, y en una sola oportunidad.- - - -

-----Por último señalan que no se dan en autos los requisitos propios del amparo.- - - -

- - - - -

-----A fs.105/110, la Sra. Procuradora General, Dra. Liliana Piccinini, señala en punto a la carátula del expediente venido en recurso el nombre correcto de la actora es Verónica “Armenti”, y no “Armendi”, lo que deberá rectificarse a efectos de evitar futuros inconvenientes en la identificación del titular -sujeto activo- en la presente acción.- - - -

- - - - -

-----La Procuración General reitera y ratifica el criterio ya expuesto en autos “Melendez” dict. N° 210/08 de fecha 26.11.08, citado por el Tribunal de origen. - - - -

- - - - -

-----Considera que de las constancias documentales que acompañan los accionantes que han agotado la instancia administrativa; la urgencia está dada y acreditada con los informes médicos, la edad de la amparista y las condiciones de su sistema reproductivo con el resultado -luego de varias intervenciones quirúrgicas- de la imposibilidad definitiva de lograr un embarazo por vía natural. -

-----Concluye que debe rechazarse el recurso de apelación impetrado por el Apoderado de Fiscalía de Estado, confirmando la sentencia del Tribunal del Amparo. - - - - -

- - - - -

-----Pasando a considerar la apelación intentada, debo señalar que en el precedente SUAREZ, MARCELO CARLOS S/AMPARO S/APELACIÓN", Se.19/09 tuve en consideración que allí se pretendía una orden judicial que ordenara a la Obra Social IPROSS asumiera el costo de una prestación de fertilización asistida, cuando la misma no se encuentra prevista en el nomenclador.- - -

-----Del mismo modo que en aquel caso, la amparista ya intentó otra práctica anterior, con resultado negativo, y más aún, ya para ser considerado en el presente, se añade que ha mediado una determinada cobertura por parte del IPROSS, y por vía de excepción.- -

- - - - -

-----Tal como se señalara en el precedente anterior (Suarez): No se puede desconocer que cuando se encuentran comprometidos los derechos a la salud, el instituto excepcional y urgente del art. 43 de la Constitución Provincial viene mereciendo un criterio amplio de interpretación y aplicación del S.T.J., pero siempre en orden a preservar y restablecer el orden jurídico vigente y comprometido ante específicas circunstancias del caso en las que se advierte la ilegalidad manifiesta de un proceder.- -

- - - - -

-----Sin perjuicio de ello, este Tribunal ya ha expresado anteriormente que corresponde advertir diversos aspectos referidos al carácter público del I.PRO.S.S., que funciona con una ecuación financiera para sus prestaciones, respecto de cuyo desenvolvimiento equilibrado le caben responsabilidades a las autoridades, incluídos los integrantes del Poder Judicial (cf. SENTENCIA: N° 41, del 4 de mayo del 2.005, en autos caratulados: "SALAZAR, ANA s/AMPARO s/APELACIÓN"). Máxime cuando mediante la vía del amparo se pretenda acceder a determinadas prestaciones de manifiesta excepción, y aunque pudieren ser absolutamente legítimas, las que deben estar sujetas a una tramitación que asegure objetivamente la razonabilidad, procedencia y factibilidad de tal prestación (cf. autos caratulados: "BURZACO ANALIA MARCELA s/AMPARO s/APELACIÓN" (Expte. N° 21982/07-STJ, abril de 2.007). Ello, en tanto no se trata de una mera intelección de los hechos y el arbitrario ejercicio de la voluntad del juzgador, sino entender y aplicar el derecho a una situación determinada, sin incurrir en "voluntarismo", como ya se advirtió en "PIZARRO" (Se. N° 21/02).- - - - -

-----En punto a la procedencia de la acción de amparo, sabido es que éste es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a esa vía urgente y expeditiva (cf. CSJN., H. 90. XXXIV., Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social-, 13-03-01, T. 324, LL.18-05-01, N°

102.015; STJRNCO.: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación"; STJRNCO: Se. N° 151 del 4-12-01, "GARRIDO, Antonio s/Mandamus"). Ello es así, porque la excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especialísimas en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen un derecho se manifiesten de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna. En este sentido, es esencial que los jueces sean cuidadosos de la doctrina legal respecto de la notoriedad y constatabilidad de los actos que ameritan la acción, o sea que resulten palmarios, tangibles y manifiestos para acreditar la gravedad, urgencia e irreparabilidad y particularmente la inexistencia de otra vía (cf. STJRNCO: Se. N° 150 del 28-11-01, "ABECASIS, Ricardo y ALEGRE, María V. s/Amparo s/Apelación"), cuestiones que de modo alguno quedan acabadamente acreditadas en estas actuaciones.- - - - -

-----Ante las circunstancias presentadas en estos autos se advierte que tanto la amparista como la requerida tienen expedita la vía ordinaria con mayor amplitud de debate y prueba para el ejercicio de sus derechos y deslinde de sus responsabilidades, incluyendo desde los alcances de la cobertura hasta la modalidad de las prestaciones a cargo de la obra social o eventualmente la repetición de pagos o reintegros a criterio de quien en definitiva resulte ser el juzgador de esa situación de fondo por fuera de la presente garantía procesal específica.- - - - -

-----Tanto la ilegalidad, urgencia y gravedad manifiesta, recaudos ineludiblemente exigidos para dar andamio al amparo, no resultan configurados en tal caso, tal como lo sostiene la Fiscalía de Estado. Y por ello, cabe la dilucidación del conflicto en un ámbito procesal en el que se asegure la bilateralidad constitucionalmente garantizada a efectos de que la contraparte pueda hacer valer sus derechos de modo amplio y efectivo (STJRNCO Se. N° 89 del 28-07-03, "PERELLI, Paula Gabriela s/Acción de Amparo s/Apelación").- - - - -

-----Este Superior Tribunal ha señalado en autos caratulados: "CRIALEASE, Miguel s/AMPARO s/APELACIÓN" (Expte. N° 19646/04-STJ-) y reiterado en "SACHETTO, Patricia s/ACCION DE AMPARO s/APELACION" (Expte. N° 20507/05-STJ-), que mediante unidad de conducción el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en

la solución de la problemática de la salud. Es procedente el amparo siempre que se advierta de modo manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas reconocidos por el texto constitucional, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a otros procedimientos ordinarios, ya sean administrativos o judiciales.-

-----El amparo funciona como remedio apto ante una emergencia pero de ningún modo frente a cualquier emergencia o respecto de toda emergencia. Específicamente debe tratarse de la puesta en crisis de uno de los derechos y garantías constitucionalmente previstos o del incumplimiento por acción u omisión de un deber legalmente impuesto. -

- - - - -

-----Coincido con la fundamentación de la Fiscalía de Estado en cuanto considera que de este modo se afecta directamente la sustentabilidad de la Obra Social provincial, modificando sustancialmente el presupuesto de su Administración, en detrimento de los demás afiliados. No cabe privilegiarse de esta manera la expectativa del eventual futuro bienestar individual del presentante por sobre las actuales e imperiosas necesidades de los afiliados, muchos de ellos con urgente necesidad de prestaciones médicas para atender su precario estado de salud. --

-----Por ello, corresponderá: 1º) Recaratular las presentes actuaciones, tal como lo peticiona la Sra. Procuradora General; 2º) Hacer lugar el recurso de apelación de la Fiscalía de Estado de fs.85 fundado a fs.87/88; y en su consecuencia revocar la sentencia de fs. 64/74 venida en recurso, rechazando la acción deducida en autos. Costas por su orden atento la temática de la cuestión debatida en autos.- - - - -

- - - - -

-----MI VOTO.- - - - -

El señor Juez doctor LUIS LUTZ dijo:- - - - -

-----Adelanto que adhiero a la propuesta del Dr. ALBERTO I. BALLADINI, agregando las siguientes consideraciones:- - - - -

-----ANTECEDENTES.-----

-----En primer término tengo presente que en sentencia N° 133, del 17 de diciembre de 2008, en los autos caratulados: "MELENDEZ, VIVIANA ALEJANDRA E IBARRA, GUSTAVO S/AMPARO S/APELACIÓN", en oportunidad de emitir mi voto señalé que la adhesión que formulaba lo era para el caso particular planteado en aquellos autos, en atención a las deficiencias argumentales de la recurrente, al dictamen de la Sra. Procuradora General y los fundamentos del preopinante, sumado a las características del caso, y sin que ello comportara eventualmente rever mi criterio en casuísticas en las que se manifiesten diferentes circunstancias, tal como se presenta en autos.-----

-----Mi postura ha sido posteriormente desarrollada en los autos caratulados: "SUAREZ, MARCELO CARLOS S/AMPARO S/APELACIÓN", sentencia N° 19, del 23 de marzo de 2009. En dicha oportunidad, y ante necesidad de dirimir la disidencia planteada, expresé que la "acción de amparo" cuenta con una naturaleza excepcional y urgente que no se condice con los antecedentes obrantes en autos. Allí hice míos los argumentos del Dr. Alberto I. BALLADINI, en atención a la inexistencia de los extremos fijados por nuestra doctrina legal del S.T.J. en cuanto a las "acciones de amparo". Agregué que el amparo, como garantía procesal específica plasmada en la Constitución Provincial, es una acción excepcional, sumarísima, de contralor constitucional, y para casos de singularidad extrema, por la cual se remueve el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho constitucional, en un marco de superlativa urgencia, gravedad e inexistencia de otra vía apta suficiente (en eficacia y tiempo) para arribar a ese resultado imperiosamente necesario para el afectado (STJRNCO: "Quesada, Felix Miguel S/Acción de Amparo S/Apelación", Se. N° 28/00 del 03-05-00; "Morales Huinca, Gumersindo Del Carmen s/Recurso de Amparo S/Apelación", Se. N° 68/00 del 4-09-00; "Sepulveda, Norma y Otros s/Recurso de Amparo s/Apelación", Se. N° 34/05 del 21-04-05).-----

-----La acción de amparo debe quedar reservada para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales (CSJN., Fallos: 323:2097).-----

-----Es por ello que, a mayor abundamiento, señalé que no está adecuadamente acreditada la inexistencia de otras vías, tanto administrativas como judiciales, e

inclusive que se haya intentado en estas últimas un reclamo a la obra social por un proceso ordinario con la previa cautelar adecuadamente contracautelada en orden a la celeridad que se invoca.- - - - -

-----Cuando existen vías alternativas reparadoras aptas, éstas obstan a la aplicación del recurso de amparo, remedio constitucional, excepcional y residual, viable únicamente ante la inoperancia de todos los demás trámites idóneos para atender el reclamo planteado (cf. STJRNCO "K., V. J. s/Amparo s/Apelación", Se. 25/98 del 12-03-98; STJRNCO "G., J. C. y O., L. R. s/Amparo s/Apelación", Se. 26/98 del 12-03-98).- - - - -
- - - - -

-----Por eso, si la cuestión planteada exige el agotamiento de una etapa de mayor amplitud de debate, discusión y ejercicio de pruebas que pudieran hacer valer las partes en un juicio contradictorio, todas estas circunstancias -no mediando una irreparabilidad del perjuicio- resultan ser ajenas al ámbito natural procesal del amparo. Admitir lo contrario supone autorizar el amparo como la forma habitual para corregir lo que eventualmente debe ser examinado por otro sendero procesal o legal (Cf. STJ in re: "Femminella Russo" del 7.5.96"; "Badillo, Nora Lina s/Amparo s/Apelación", Se. 42/98 del 14-04-98).- - - -

-----No puede autorizarse al amparo como la forma habitual para corregir lo que eventualmente debe ser examinado por otro sendero procesal o legal. Ello, porque existen vías alternativas reparadoras aptas que obstan a la aplicación de este remedio constitucional, excepcional y residual, viable únicamente ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales para atender el reclamo planteado. - - - - -
- - - - -

-----Mientras el acto es susceptible de cualquier remedio dentro de la propia administración, o de cualquier recurso ante otro órgano de alzada, no puede considerarse impugnabile por la acción de amparo (Cf. Bidart Campos, Derecho de Amparo, Las Vías Procesales Previas, págs. 147/148, Ed. Ediar 1961; STJRNCO "Ortiz, Pascual Guillermo s/Amparo", Se. 194/97 del 28-10-97).- -

-----CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL DECISORIO.- - - - -

-----Efectuada esta breve reseña, cabe ahora agregar lo ya indicado en "FULVI" (A.I. N°

154/01, en cuanto en el caso se interpone demanda de amparo eligiendo un Tribunal sin aportar justificación de tal opción, que sea el "... inmediato ..." (cf. Constitución Provincial, art. 43), ni observar las reglas de la competencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin respetar la especialidad en el fuero, o la acreditación de la necesidad y la procedencia de su actuación jurisdiccional y otros aspectos de la acción.-----

-----Por otro lado, en el presente caso también se advierte que la amparista ya intentó otra práctica anterior, con resultado negativo, y ha mediado una determinada cobertura por parte del IPROSS, y por vía de excepción.-----

-----DECISORIO:-----

-----Por todo lo expuesto, y efectuadas las consideraciones pertinentes, con cita de los precedentes que aluden a un criterio mayoritario restrictivo sobre este tipo de cuestiones, adhiero al voto del magistrado preopinante y en tal sentido, corresponderá hacer lugar el recurso de apelación de la Fiscalía de Estado de fs.85 fundado a fs.87/88; y en su consecuencia revocar la sentencia de fs. 64/74 venida en recurso, rechazando la acción deducida en autos.-----

-----MI VOTO.-----

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Recaratar las presentes actuaciones, tal como lo peticiona la Sra. Procuradora General.-----

Segundo: Hacer lugar el recurso de apelación de la Fiscalía de Estado de fs.85 fundado a fs.87/88; y en su consecuencia revocar la sentencia de fs. 64/74 venida en recurso, rechazando la acción deducida en autos. Costas por su orden atento la temática de la cuestión debatida en autos.----- Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse.--

Constancia: Que no suscribe la presente el señor Juez doctor Víctor Hugo Sodero

Nievas por encontrarse en uso de licencia (art.39 "in fine" L.O.).- - - - -

- - - - -

Fdo.:LUIS LUTZ JUEZ LBERTO I.BALLADINI JUEZ ANTE MI:EZEQUIEL
LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION:TOMO II SENT. NRO.80 FOLIO 714/724 SEC. NRO. 4