

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: UNICA.-

EXPTE. Nº 23526/09

SENTENCIA Nº 19.-

ACTOR: MARCELO CARLOS SUAREZ.-

DEMANDADO: IPROSS.-

OBJETO: AMPARO-CUBRA EL COSTO DE FERTILIZACION ASISTIDA .-

VOCES: RECHAZA LA ACCION.-

FECHA: 23 de marzo de 2009.-

///MA, 23 de marzo de 2009.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor H. SODERO NIEVAS, Alberto I. BALLADINI y Luis LUTZ y con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para el tratamiento de los autos caratulados: "SUAREZ, MARCELO CARLOS S/AMPARO S/APELACIÓN" (Expte. Nº 23526/09-STJ-), elevados por el señor Juez Jorge A. Serra, a cargo del Juzgado Civil, Comercial y de Minería Nº1 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 Víctor H. SODERO NIEVAS dijo: - - - - -

-----Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por el amparista a fs. 58 y por el apoderado de Fiscalía de Estado, Dr. Roberto Stella, a fs. 71, fundados a fs. 81/83 y 74/80 respectivamente, contra la sentencia de fs. 51/53, que hizo lugar parcialmente al amparo interpuesto, ordenando al I.Pro.S.S. afrontar –por única vez- el costo del 70% de los gastos que demande el tratamiento de microfertilidad asistida conocido como “Método ICSI” y demás erogaciones que deba efectuar el amparista a fin de someterse al mismo. - - - - -

-----El juez del amparo, funda su fallo teniendo en consideración que a la fecha no existe disposición legal alguna referida expresamente a la obligatoriedad de la cobertura pretendida en autos. Sin perjuicio de ello tiene en cuenta que las Leyes Provinciales R 3059 y R 3450 (y sus decretos reglamentarios), han creado en el ámbito del Poder Ejecutivo el "Programa Provincial de Salud Reproductiva y Sexualidad Humana", elaborado y ejecutado en forma conjunta por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social y el Ministerio de Educación y Cultura, destinado a la población en general, entre cuyos objetivos se encuentra el de "...Garantizar la protección integral del embarazo para que toda mujer y su pareja puedan gozar del mismo y atravesar el parto en las mejores condiciones posibles físicas, psicológicas y sociales...", entendiendo que se debe dar respuesta también a aquellas parejas que no puedan engendrar naturalmente y requieran para lograrlo la intervención de la medicina mediante las prácticas de fertilización asistida.- - - - -

-----Considera que la imposibilidad del amparista de engendrar por medios naturales se encuentran suficientemente probadas en autos con las constancias médicas acompañadas y lo que surge del informe del Cuerpo Médico Forense. Agrega, que no obstante el eventual bajo porcentaje de éxito del tratamiento que fuera estimado por Dr. Saccomanno (Cuerpo Medico Forense) y sin perjuicio del resultado adverso de los tres intentos anteriores, entiende que corresponde hacer lugar a la acción intentada.- - -

-----El a quo, teniendo en cuenta los antecedentes del caso que demuestran que han existido tres intentos anteriores que no han dado resultado y el porcentaje de efectividad del tratamiento al que refieren los informes de fs.6, estima procedente hacer lugar en forma parcial a la acción intentada, ordenando al IPROSS afrontar -por única vez- el costo del 70% de los gastos que demande el tratamiento y otros gastos, calculado en base al "razonable equilibrio entre la obligación que cabe atribuir a la obra social, el monto que demandaría el tratamiento y las menores posibilidades de éxito que el tratamiento ofrecería, respecto de otros casos". Por último, señala que la circunstancia de que el amparista haya afrontado sin recurrir a la obra social tres tratamientos previos, permite inferir que podrá abonar el costo del porcentual a su cargo. - - - - -
- - - - -

-----El apoderado de Fiscalía de Estado, se agravia porque se obliga a la Obra Social

IPROSS a contradecir la normativa que rige la cuestión en cuanto se trata de una prestación no prevista, afectando así la sustentabilidad de la misma y modificando el presupuesto de la Administración, en detrimento de los demás afiliados. Asimismo, alega que habiendo afrontado el amparista tres practicas anteriores sin éxito, y dadas las circunstancias personales del mismo (55 años; los anteriores tratamientos fracasados y los porcentuales de éxito médico de este nuevo y cuarto tratamiento "in vitro") no corresponde que la obra social afronte dicho gasto, cuando por otro lado dicho tratamiento no es reconocido por ninguna obra social del país, incluida el IPROSS. Al respecto, agrega que reconocerla implicaría poner en riesgo la sustentabilidad de la obra social.

----Señala que no existen casos similares tratados con anterioridades por ese STJ, la doctrina y jurisprudencia invocadas por el magistrado no resultan aplicables. - - - - -

-----Arguye que el sentenciante privilegia de esta manera el bienestar individual del presentante por sobre el bienestar general de los afiliados. - - - - -

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

-----El amparista apela a través de su letrado, el Defensor del Ministerio Público Dr. Gustavo Butron sosteniendo que no puede el juez del amparo, apoyarse en el dictamen del Médico del CMF, al que considera errado y a quien se le pidiera un informe sobre el método a utilizar y no un diagnóstico -sin rigor científico- sobre el paciente. - - - - -
- - - - -

-----En esencia, se agravia por la decisión que ordena la cobertura "por única vez" y solo en un "70 %" del total de gastos, basado, a su entender, en una presunción netamente subjetiva del Juez en la apreciación de las características personales y económicas del amparista. - - - - -

-----La Sra. Procuradora General Dra. Liliana Piccinini, dictamina a fs. 89/99 que corresponde rechazar la apelación deducida por el representante legal de la Fiscalía de Estado y hacer lugar a la apelación del amparista y en consecuencia revocando parcialmente la sentencia recurrida en cuanto dispone la cobertura parcial y por única vez. - - - - -

-----Hace referencia al dictamen N° 87/08 producido en autos "M. E. Á. s/ amparo s/ Competencia", que resulta aplicable al caso de autos.- - - - -

- - - - -

-----Como lo dijo en dicha ocasión, negarse a reconocer que la infertilidad es un problema relacionado con la salud, implica desconocer el avance científico existente en el tema, como así también que dichos reconocimientos se posterguen -bajo un fundamento meramente economicista- en perjuicio de necesidades de este tipo, que hacen básicamente a la dignidad y naturaleza humana. - - - - -

- - - - -

-----Considera que el agravio de la Fiscalía de Estado no tiene chances de prosperar, pues no se ha logrado "demostrar que el excesivo valor de la prestación requerida pudiera redundar en la afectación ilegítima del derecho que también asiste al resto del universo de los afiliados a la obra social, esto es, que por los gastos que una cobertura en particular demanda, las necesidades de otros beneficiarios pudieran quedar indebidamente insatisfechas".- - - - -

-----Por otro lado, señala la Procuradora General que cuando el fallo recurrido valora los tres intentos previos que no dieran resultado esperado y añade el informe de Cuerpo Médico Forense, a su entender no pareciera ser un criterio racional el del "esfuerzo compartido", cuando los tres anteriores fueron soportados con el peculio del amparista, además de realizar el aporte obligatorio y solidario. - - - - -

-----En cuanto al informe de fs. 6, advierte que por sí sólo no constituye un elemento científico que le permita al aquo asumir el temperamento de la cobertura parcial. Agrega que no cabe determinar la prestación por única vez.- - - - -

-----Pasando a considerar los recursos intentados debo señalar que los mismos deben ponderarse a la luz de lo resuelto por este Superior Tribunal de Justicia en el precedente "MELENDEZ, VIVIANA ALEJANDRA E IBARRA, GUSTAVO S/AMPARO S/APELACIÓN", Se. N° 133/08.- - - - -

-----En aquella oportunidad se consideró que la vía elegida resulta ser la correcta en función del principio rector que fija nuestra Carta Magna Nacional en materia de salud;

así como las previsiones del art. 43 de la Constitución Provincial y la jurisprudencia, que a través de distintos pronunciamientos se ha expedido sobre el tema en cuestión; con cita de las disposiciones referentes al derecho a la salud de nuestra Constitución Provincial, en su artículo 59, Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 75 inc. 22 de la C.N.), la “Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, suscripta por la Argentina el 17/07/1980 y ratificado por la Ley 23.179 en 1985; por los arts. 2, 9, 10, 15 de la Parte II del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1.966 y la Ley R N° 3450 que creó el programa Provincial de Salud Reproductiva y Sexualidad Humana. Se tuvo en cuenta además, los precedentes jurisprudenciales donde se siguió la jurisprudencia que se ha pronunciado en favor de la cobertura de este tipo de prestaciones, señalando que “...la prestación no se encuentre contemplada en el PMOE -programa médico obligatorio de emergencia- no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud.”- - -

-----La sociedad debe respetar todos los derechos enunciados en la Carta Magna y la necesidad de acompañar tales derechos con una normativa específica, legislación que deberá respetar el derecho a la Salud, que goza de raigambre constitucional y dentro del cual se encuentra la Medicina Reproductiva, que tal como hoy la conocemos, debe abarcar no sólo los métodos de anticoncepción sino los de reproducción en su totalidad; obligando a las Obras Sociales y Prepagas a brindar cobertura para la utilización de la Biotecnología Reproductiva, para aquellos casos que por esterilidad o infertilidad no puedan concebir en forma natural.-

-----El art. 59 de la Constitución Provincial establece: La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar. 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.

Organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica. La ley organiza consejos hospitalarios con participación de la comunidad. Los medicamentos son considerados como bien social básico y fundamental. La autoridad pública implementa un vademecum y las medidas que aseguren su acceso a todos los habitantes. Este artículo debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 16: Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana. Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan.-----

-----En el fallo “Melendez” se señaló respecto a la calificación de “dignidad”, que ésta ha completado el derecho humano. Entre los conceptos de persona y de derechos humanos existe una relación tan íntima que no se puede definir el uno sin el otro. Para la concepción jurista tradicional, de carácter mecanicista, ambos conceptos serían separables, como un envase de su contenido. Por un lado el individuo, como titular de derechos y por el otro, estos últimos como facultades de aquél. Para la teoría de los derechos humanos el concepto de persona lleva implícito el de sus derechos, y estos no son meras propiedades adicionadas a la persona, sino que constituyen su propia definición. Cuan amplia sea la definición de persona que adoptemos, igualmente amplia será la gama de derechos que le reconozcamos (cf. Russo, Eduardo A., “Derechos Humanos y Garantías”, *El derecho al mañana* Ed. Eudeba, 1999, p. 49) Este razonamiento se condice con amplia jurisprudencia de la CSJN en tanto “lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art.75 inc. 22CN) reafirma el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida. Y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales. Las obras sociales o las entidades de la medicina pre-paga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros; C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 2, del 26/05/08 “AMR y otro v. Obra Social de la C. de Bs. As.; N° especial “Bioética” X Aniversario, Lexis Nexis).-----

-----Corresponde tener en cuenta las particulares circunstancias del presente caso y la situación concreta del accionante en relación a su estado físico y de salud reproductiva;

además de la circunstancia que haber efectuado tres experiencias previas in vitro, por metodología ICSI con resultados negativos. Particularidades que son parcialmente diferentes al caso citamos (Melendez).- - - - -

-----Efectivamente, en el caso el amparo es la vía idónea para tratar la afección invocada a su derecho de salud reproductiva, en tanto de la documental obrante en autos surge que se ha agotado la vía administrativa, al dar cumplimiento con la Ley provincial K N° 2753, obteniendo a su pedido respuesta negativa por parte de la Obra Social, por no encontrarse la prestación requerida en el PMOE (Programa Médico Obligatorio de Emergencia).

-----En tal sentido, el precedente “M. P. E. y otro v. Ministerio de Salud - Instituto de Obra Médico Asistencial -IOMA-”; C. Cont. Adm. San Nicolás, del 17/04/2007(Cf. Lexis N° 70037436), referido por el a quo, se señaló que es justificado por parte de los amparistas, acudir a la acción incoada a los fines de canalizar sus pretensiones, acreditadas por los fundamentos esgrimidos en su demanda y la prueba aportada, y por la negativa en sede administrativa, ya que no se trata de una cuestión que permita una larga discusión en un proceso ordinario, en atención a que el transcurso del tiempo perjudica la posibilidad de procreación de los amparistas, en virtud de sus edades. - - - - -

-----En dicho contexto, resulta razonable y fundada la decisión del a quo para lograr soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones. Máxime, teniendo en consideración la incorporación de los derechos reproductivos en los textos constitucionales, en los instrumentos internacionales y en precedentes jurisprudenciales, que el juez del amparo tuvo en cuenta para fundar su sentencia. - - - - -

-----La falta de regulación legal de la biotecnología permite que las obras sociales y empresas de Medicina prepaga hagan oídos sordos a esta problemática y, amparándose en diversos fundamentos, se nieguen a cubrir el costo de las diferentes terapias de reproducción. Proceder que afortunadamente no es respaldado por las decisiones judiciales. Los avances científicos, por su parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la Ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de los

problemas concretos, que deben solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil o penal. La ciencia médica no descansa y día a día incorpora nuevos avances en post de solucionar las incapacidades del sistema reproductor, representando actualmente el escollo más difícil de superar para las parejas que ven frustrada la posibilidad de concebir naturalmente, la falta de cobertura de las obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga de los diferentes tratamientos contra la esterilidad e infertilidad. (Conf. María Soledad Web, en “El libre ejercicio del derecho a la reproducción”, publicado en LA LEY 2008-B, 152).- - - - -

-----Así, puntualmente en el precedente “A., M. R. y otro v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -ObSBA-“, Tribunal: C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª del 26 de mayo de 2008, citado por el a quo, se señaló que “la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, además de su derecho a procrear. Esta consideración resulta acorde con la conceptualización de la salud promovida desde hace décadas por la Organización Mundial de la Salud, según la cual ésta implica un estado de completo bienestar físico, mental y social. La enfermedad, por lo tanto, constituye una noción negativa, deducible y clasificable en relación a la imposibilidad de satisfacer esta definición general de salud, implicada en el pleno goce del derecho humano a la vida. Desde esta perspectiva, como fue anticipado, es indudable que las circunstancias por las cuales la accionante se ve impedida de procrear representan un desmedro en su salud y, por ende, se constituyen como un derecho enteramente pasible de protección” (cf. Lexis Nº 70045051).- - -

-----Se advierte que no existe en nuestro país leyes que regulen específicamente el tema. Tan sólo se puede relacionar la ley 25673 y su decreto reglamentario Nº 1282/03, que regulan la Promoción y desarrollo de la Salud Reproductiva y Procreación responsable (Adla LXII-E, 5119; LXIII- C, 2675) garantizando asimismo el acceso a la reproducción y educación incorporándose a la estrategia de la atención primaria a la salud, o sea que lo subsume en el Programa Médico Obligatorio, pero sin contemplar los tratamientos tecnológicos relativos a infertilidad, sobre los que aún pesa la discusión ético-científica (C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 2, del 26/05/08 “AMR y

otro v. Obra Social de la C. de Bs. As.; “Bioética” Lexis Nexis). En Nuestra Provincia, existe la Ley R N° 3059, consolidada por Ley 4270, que creó el programa de Provincial de Salud Reproductiva y Sexualidad Humana. No obstante, la ausencia de reglamentación en la materia no puede constituir un óbice para la admisión de la acción planteada. Es sabido que los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente, pues no remiten en la pregunta por su origen a la letra de los textos legales, sino a necesidades y posibilidades inherentes al individuo, al punto de caracterizar debidamente su condición de ser humano. Dicho de otro modo, persona no es una suma de atributos contenida en un determinado texto legal, más bien, es la medida del ejercicio efectivo del contenido de los derechos humanos. Por eso puede afirmarse que quien ve afectados sus derechos humanos ve, de manera inmediata, afectada su condición de persona (cf. “A., M. R. y otro v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires –Obsta”, ya citado). - - - -

-----Este razonamiento se condice con amplia jurisprudencia de la Corte Suprema, en tanto "...lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Ley Suprema) reafirma el derecho a la preservación de la salud - comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339,, 3229, entre otros)".- - - - -

-----En el precedente “A., M. R. y L., M. v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires - ObSBA-“; Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., N. 6, del 20 de noviembre de 2007, Lexis N° 70041567; también mencionado por el a quo, se sostuvo que “la salud reproductiva involucrada en el presente caso, abarca la salud psicofísica de ambos peticionarios, dada la frustración que puede traer aparejada la búsqueda insatisfecha de progenie, así como su derecho a procrear. Por lo tanto, también integra su derecho a la salud entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, en los términos definidos por la Organización Mundial de la Salud... Dentro del denominado derecho constitucional de familia, el derecho a la salud reproductiva comprende tres contenidos distintos pero complementarios al decir de Andrés Gil Domínguez: información, prevención y planificación. Este último responde a una profunda

convicción de ser o no ser madre/padre, lo cual "forma parte de un proyecto de vida porque modifica sustancialmente cualquier autobiografía...supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas". Precisamente en el marco del principio de reserva consagrado en el art. 19 de la CN. se desenvuelve la protección del principio de autonomía de las personas que la bioética resguarda, a elegir su plan de vida. En este caso concreto, trazando su biografía a través de la búsqueda de descendencia, que sólo puede ser alcanzada a través de la cobertura que demandan los amparistas de la obra social demandada". - - - - -

-----Asimismo en dicho precedente se destacó el Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación. También es dable resguardar judicialmente este derecho. Numerosas parejas han hecho realidad el postergado sueño de ser padres gracias a los avances científicos en materia genética, por eso también existe un derecho de aquellas personas aquejadas de la imposibilidad física de procrear de acudir a estos logros científicos en pos de su derecho al disfrute más alto posible de su salud integral. También se tuvo en consideración, el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado. - - - - -

-----A partir de 1994, los derechos a la vida y a la salud se encuentran consagrados en la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados en el art. 75, inc.CN. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus arts. 25, inc. 1 y 30; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 11; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", en su art. 10; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en el art. 12. Por su parte la CN en su art. 14 bis establece "...la protección integral de la familia"... La ley 25673 crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable y establece en su art. 2 que uno de los objetivos de la misma es "alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia", reforzado con la afirmación del art. 3 respecto de que la ley está destinada a la población en general "sin discriminación alguna".- - - - -

-----El hecho de que el tratamiento de fertilización asistida ICSI no figure como prestación reconocida para su cobertura por la obra social en el Plan Médico Obligatorio de Emergencia no resulta óbice para la cobertura de dicho tratamiento, puesto que tal situación contraviene normativas constitucionales de rango superior (cf. A., M. R. y L., M. v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -ObSBA-; ya citado).- - - - -

- - - -

-----De este modo, y atento a las particularidades de la causa, considero que deberá hacerse lugar parcialmente a los agravios del recurrente amparista, concediendo la cobertura en un 100%, en tanto en el caso de autos, debe prevalecer el derecho invocado por el actor, pues se ha concluido que éste posee efectivamente un respaldo constitucional. - - - - -

-----El amparista posee garantizado desde el bloque de legalidad constitucional su derecho a la salud, el que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida. Como corolario, se concluye que el cumplimiento de la cobertura pretendida en autos se encuentra efectivamente a cargo de la requerida, en su carácter de obra social a la que cautivamente se halla afiliado el amparista. - - - - -

-----En conclusión, esta decisión se adopta para un solo tratamiento de fertilización asistida por el Método ICSI, teniendo en cuenta, tal como lo manifestara el a-quo, el resultado negativo de los tres intentos anteriores, de similar metodología a la aquí pretendida y el porcentaje de efectividad del tratamiento al que hace referencia a fs. 6, con un 100 % de cobertura. En tal sentido, tengo muy especial consideración del voto del Dr. Luis LUTZ en el precedente “MELENDEZ” en el que acertadamente acompañara la solución propuesta, agregando que la adhesión formulada lo era para el único caso particular planteado en autos, y sin que ello comporte eventualmente rever el criterio en casuísticas en la que se manifiesten diferentes circunstancias.- - - - -

- - - - -

-----Por ello corresponderá: 1º) hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el amparista a fs.58, fundado a fs.81/83, y rechazar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Fiscalía de Estado a fs.71, fundado a fs.74/80, revocando en consecuencia la sentencia del a quo de fs.51/53, haciendo saber

al IPROSS que deberá afrontar –por única vez- el costo del 100% de los gastos que demanda el tratamiento y demás erogaciones que deberá efectuar el amparista a fin de someterse al mismo; 2º) Costas en el orden causado atento las particularidades presentadas en el presente caso; 3º) De forma. - - - - -

MI VOTO.- - - - -

El señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo: - - - - -

-----Adelanto que disiento con la propuesta formulada por el distinguido colega, Juez de primer voto, y en tal sentido doy razones:- - - - -

-----En la demanda de autos se pretende una orden judicial que ordene a la Obra Social IPROSS asumir el costo de una prestación de fertilización asistida, cuando la misma no se encuentra prevista en el nomenclador.- - - - -

-----En este caso particular, el amparista ya ha llevado a cabo otras prácticas anteriores a su cargo sin éxito, y dadas las circunstancias personales del mismo -con 55 años de edad-, sumado a la estimación de reducidos porcentuales de éxito médico en este nuevo tratamiento que se peticiona, la requerida sostiene que no corresponde que la Obra Social afronte dicho gasto, cuando por otro lado dicho tratamiento no es reconocido por ninguna obra social del país, incluida el IPROSS; agregando que reconocerla implicaría poner en riesgo la sustentabilidad de la obra social.-

-----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, incluidos los integrantes del Poder Judicial (cf. SENTENCIA: Nº 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 el rechazo del recurso de apelación interpuesto por el amparista a fs. 58 –fundado a fs. 81/83- y hacer lugar el recurso de apelación de la Fiscalía de Estado de fs. 71 fundado a fs. 74/80; y en su consecuencia revocar la sentencia de fs. 51/53 venida en recurso, rechazando la acción deducida a fs. 20/21. Con costas.- - - - -

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

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

-----Me corresponde dirimir en la disidencia entre el distinguido colega del primer voto Dr. Victor Hugo Soderó NIEVAS y quien vota en el segundo, Dr. Alberto Italo BALLADINI.- - - - -

-----Anticipo mi coincidencia con este último, en tanto y en cuanto no hay una crítica razonada y fundada del fallo de fs. 51/53, que amerite una revisión de la viabilidad de la "acción de amparo", de naturaleza tan excepcional y urgente que no se condice con sus antecedentes obrantes en autos.- - - - -

-----El amparo, como garantía procesal específica plasmado en la Constitución Provincial, es una acción excepcional, sumárisima, 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, señalo 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).- - - - -

-----En suma, hago míos los argumentos del distinguido colega del segundo voto en atención a la inexistencia de los extremos fijados por nuestra doctrina legal del S.T.J. en cuanto a las "acciones de amparo" y con la advertencia que el pronunciamiento en "MELENDEZ", fue para esa cuestión y circunstancial situación.-

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

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el amparista Marcelo Carlos Suárez a fs. 58, fundado a fs. 81/83, y hacer lugar al recurso de apelación de la Fiscalía de Estado de fs. 71, fundado a fs. 74/80; y en consecuencia revocar la sentencia de fs. 51/53 venida en recurso, rechazando la acción deducida a fs. 20/21, conforme los fundamentos dados. Con Costas.- - - - -

Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse.- -

Fdo.: VICTOR HUGO SODERO JUEZ EN DISIDENCIA ALBERTO I. BALLADINI JUEZ LUIS LUTZ JUEZ ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION: TOMO I SENT. NRO. 19 FOLIO 131/150 SEC. NRO. 4