

///Carlos de Bariloche, 29 de diciembre de 2016.-

VISTOS: Estos autos caratulados "SOBARZO, VICTOR HUGO (en rep. de S., S.G.) C/ I.PRO.S.S. S/ AMPARO (e-s)" (Expte nro. A-583-16)

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 9 se presenta el Sr. Victor Hugo Sobarzo, DNI: 27.489.011, en representación de su hija menor, S.S (16 años), DNI: 42.708.184, quien interpone acción de amparo contra el Instituto Provincial de Seguro de Salud (I.PRO.S.S) a fin de que se autorice la derivación (con avión sanitario) de su hija al instituto FLENI – Escobar, a fin de recibir el tratamiento de rehabilitación neurológico específico y adecuado a su patología (encefalotapia post-anóxica), conforme urgente prescripción de su médico tratante, el Dr. Sergio Lindenbaum.

Refiere que la menor cuenta con certificado de discapacidad y que actualmente se encuentra en estado vegetativo, con un mínimo de conciencia.

Señala que, ante el diagnóstico de su hija y la falta de un centro de alta complejidad que pueda abordar la patología y rehabilitación en esta ciudad, los médicos tratantes han solicitado su derivación a una institución que cuente con los medios y especialistas adecuados (FLENI- Escobar o similar).

Por otra parte, informa que el I.PRO.S.S, luego de haber realizado una visita al Hospital Zonal a través de su médica auditora y una asistente social, le habría comunicado que no se haría lugar a la derivación solicitada por el médico tratante, atento que previamente habría que agotar en esta ciudad las posibilidades de rehabilitación, con kinesiólogos y médicos neurólogos locales.

Asimismo, señala que desde el I.PRO.S.S le informaron que pedirían la internación domiciliaria de la menor, lo que implicaría refaccionar y adecuar una habitación para que la misma pueda ser trasladada del hospital a su domicilio.

A fin de avalar sus dichos, acompaña certificado de discapacidad (fs.1); copia de carnet del I.PRO.S.S de la menor (fs. 2); copia DNI del Sr. Victor Hugo Sobarzo (fs. 3); copia recibo de sueldo del Sr. Victor Hugo Sobarzo (fs. 4); Solicitud de derivación I.PRO.S.S. (fs.5); Formulario Unico Para Derivación de Alta Complejidad (fs. 6 a 7) y Formulario coseguro I.PRO.S.S (fs. 8).

2º) Que se dio trámite al amparo requiriendo el informe de rigor (artículo 43 CNR), el que fué contestado a fs. 21.

Allí, el I.PRO.S.S señala que la menor se encuentra internada en el Hospital Zonal de esta ciudad, recibiendo atención médica acorde a su diagnóstico y estado.

Indica que con fecha 16/12/16 ingresó a Delegación una solicitud de derivación de la menor, a fin de que pueda recibir cuidados crónicos neurológicos y neurorehabilitación en centro de adecuada complejidad (sugiriendo FLENI - Escobar o similar), el que fuera suscripto por su médico tratante, el Dr. Sergio Lindenbaum.

Que ante dicha solicitud de derivación, el día 19/12/2016 el I.PRO.S.S efectuó una auditoría, presentándose la Dra. Brizuela y la Licenciada Contreras Sanchez (del Área Social del Instituto) en el Hospital Zonal, donde se realizó una reunión junto al médico neurólogo tratante, oportunidad en la que -según refieren- se acordó coordinar la búsqueda de alternativas terapéuticas acordes en centro de rehabilitación neurológica local (CENEBA).

Asevera que no existe negativa de cobertura por su parte y que la menor se encuentra recibiendo atención médica necesaria en el Hospital Zonal de Bariloche, sin que se configure un estado de urgencia ni emergencia.

Por otro lado, destaca que en virtud de la normativa protectoria de Niños, Niñas y Adolescentes, debe priorizarse que la menor permanezca en su ciudad de origen, cerca de familia y amistades, donde se encuentra su centro de vida.

Finalmente, informa que tratándose de una Derivación Extra-provincial, en Casa Central se están buscando centros prestadores de la provincia de Buenos Aires que ofrezcan los servicios y tratamientos indicados y cuanten con disponibilidad de cama para recibir a la adolescente.

Acompaña copia de Solicitud de Derivación (fs. 18/19); Nota firmada por del Dr. Sergio Lindenbaum sobre ofrecimiento del I.PRO.S.S de realizar el tratamiento en esta ciudad (fs. 19 bis); Informe de Auditoría I.PRO.S.S (fs. 20).

3º) Que a fs. 23 se requirió a dicho especialista que informe concretamente el resultado de la evaluación que hubiera realizado el equipo tratante a la menor para definir si puede realizarse la rehabilitación que le fuera indicada en esta ciudad (en el centro CENEBA) o efectivamente debe derivarse a un centro de mayor complejidad.

4º) Que a fs. 26 se dio intervención a la Defensoría de Menores, la que contestó la vista a fs. 27, en mérito a los argumentos a los cuales me remito en razón de brevedad.

5º) Que no corresponde citar a la Fiscalía de Estado ni al Gobernador de la Provincia de Río Negro porque la defensa en juicio se encuentra garantizada con el informe previsto por el artículo 43 de la Constitución Provincial de acuerdo con la doctrina de nuestro Superior Tribunal (23/02/2006, “Curtolo”; 12/10/2006, 14/03/2007, “Soto Ojeda”; 30/03/2007, “Cortes” “Vargas”; 15/05/2007, “Tornero”; 26/11/2008 “Matar”, etcétera),

sin perjuicio de notificar a esos funcionarios la sentencia en los términos del artículo 149 bis del CPCC cuando se justifica en virtud de lo resuelto o del trámite posterior (12/06/2008, “Moyano”)

6º) Que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de particulares o autoridades públicas que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos y garantías reconocidas por la Constitución, un tratado o una ley (artículo 43 de la Constitución Provincial de Río Negro).

El amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que ante la ineficiencia de los procedimientos ordinarios originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos 310:576; 311:612; 314:1686; 317:1128; 323:1825, entre muchos otros).

Es la vía adecuada para subsanar e impedir que en situaciones de extrema gravedad se irroguen daños irreparables por las vías comunes establecidas al efecto (STJRN, 25/03/1996, SE 31/1996, “Ferro”, entre muchos otros). Es requisito indispensable la violación normativa notoria y fácilmente contestable del derecho invocado y la inexistencia de otras vías hábiles para resolver el conflicto (STJRN, 27/10/1999 SE 41/1999).

Es por ello que la CSJN ha dicho: “La acción de amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas pueda afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional” (C.S.J.N, octubre 4/1994, in re: Ballesteros Jose s/Acción de Amparo, fallo citado por Gozaíni, Osvaldo Alfredo, El Derecho de Amparo, pág. 8/9).

7º) Que de lo expuesto se desprende que uno de los requisitos para la procedencia de la acción intentada es que el acto lesivo contra el cual se deduzca el amparo revista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

8º) Que el derecho a la salud es constitucional (artículo 42 de la Constitución Nacional y artículo 59 de la Constitución Provincial).

Nuestra Constitución Provincial dispone que 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 casos de enfermedad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resaltado que el derecho a la preservación (de eso se trata en definitiva) se encuentra comprendido dentro del mismo derecho a la vida (Fallos 302:1284), y en sentido similar se ha pronunciado reiteradas veces el Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia (por ejemplo en el precedente “Cabral” del 30/09/2005).

Asimismo, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental (Fallos: 323:3229; 325:292, entre otros).

Que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

9º) Que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25 dispone que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

10º) Que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el art. 12 inc. “c” establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

Por eso establece que “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: ... inc. c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas...”.

11º) Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto San José de Costa

Rica- en su art. 5 señala que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

12º) Que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo inc. 1 del 6 dice que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

13º) Que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su artículo 25 que: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud...”

14º) Que en materia de infancia específicamente, el artículo 14 de la ley 26.061 tiene dicho que en materia de salud: “... Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud... inc. b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; ... inc. f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad...”

Asimismo, el artículo 26 determina que “Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida...”.

15º) Que valorando el marco normativo citado, corresponde analizar los hechos particulares que motivaran la presente acción, a fin de determinar su procedencia.-

16º) Que el día 16/12/2016, el amparista presentó ante el I.PRO.S.S el “Formulario Unico Para Derivaciones de Alta Complejidad” (fs. 13/15), a fin que se autorice el traslado de su hija menor al establecimiento FLENI-Escobar (o similar), ante la falta en esta ciudad de un centro de adecuada complejidad, acorde con el diagnóstico de la

menor.

17º) Que en su descargo, el I.PRO.S.S señala que la solicitud de derivación de la paciente menor había sido solicitada por su médico tratante, por estar en desconocimiento de que la Obra Social autorizaba a realizar el tratamiento requerido con Ceneba, en esta ciudad, bajo la coordinación de la Dra. Martinez Infante (fs. 20/21).

18º) Habiéndose advertido la ausencia de firma del Dr. Lindenbaum en el informe de auditoría presentado por el I.PRO.S.S, y ante la manifiesta discrepancia entre lo manifestado por el médico tratante y la documental acompañada en autos (fs.5/6; 13/15 y fs. 20/21), se procedió a librar oficio al galeno, a fin que ratifique o rectifique la necesidad de derivación de la afiliada al instituto FLENI - Escobar (o similar).

Que según surge de la contestación del oficio (fs. 24), el Dr. Sergio Lindenbaum, manifiesta que, "...al tratarse de una paciente joven lo mejor sería brindarle, a la mayor brevedad posible, el mejor cuidado y la mejor posibilidad de rehabilitación y estimulación en centro adecuado a la alta complejidad de la paciente. Por otra parte, la rehabilitación ofrecida en el medio local requiere una infraestructura con la que la paciente no cuenta actualmente en su domicilio. Por todo esto considero que inicialmente debería derivarse a la paciente a centro de rehabilitación y estimulación c/internación y cuidados crónicos neurológicos, para evaluar luego si puede continuar en una segunda etapa su rehabilitación y cuidado en el medio local".

19º) Que el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia tiene dicho que en conflictos de esta naturaleza -entre el médico tratante y la entidad prestadora de salud-, corresponde priorizar lo opinión del profesional tratante en relación a la confiabilidad de lo que indica a fin de optimizar la calidad de vida de quien ha depositado su confianza (cf. STJRNS4 Se. Nº 126/13 "CASTRO", entre otros).

Asimismo, adviértese que la urgencia que esta vía excepcional requiere ha sido expresada en reiteradas oportunidades por el galeno (fs. 6, 13, 14, 18, 19 y 24), por lo que de no hacerse lugar a la derivación solicitada se pondría en riesgo la salud de una niña de 16 años, quien tiene la necesidad justificada de ser derivada a un instituto de mayor complejidad (FLENI - Escobar), y que de no hacerse lugar al mismo de forma inmediata se podría truncar el progreso del tratamiento, al no encontrarse acompañada por los profesionales idóneos y con las instalaciones necesarias a dicho fin.

Recientemente el STJ ha expresado que: "... el I.PRO.S.S debe buscar una solución que satisfaga de la mejor manera posible el reclamo del amparista a fin de poner en resguardo su derecho a la salud de manera oportuna, actual e idónea para la particular

circunstancia que atraviesa la afiliada, coordinando sus servicios con los del sector público y privado, así como el de obras sociales, si los hubiere...”(STJRNS4 Se. 112/16. “MONTENEGRO).

20º) Por todo lo aquí expuesto, considero que la negativa por parte del I.PRO.S.S resulta arbitraria y abusiva, en tanto que pone en serio riesgo la salud de una menor con discapacidad, sin tener en consideración el “interés del niño” (artículo 3 Convención sobre los Derechos del Niño) el cuál debe estar por encima de cualquier otro, sobre todo cuando -como en el caso- se contraponen con un derecho meramente patrimonial.

Asimismo, debe señalarse que el STJRN ha resuelto anteriormente que, en casos como el de autos, debe primar la calidad de vida del paciente, en tanto que las personas tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, no pudiendo negarse el acceso al tratamiento aconsejado por su médico (cf. STJRNS4 Se. 70/13 \\“POLICH” y Se. 126/13 “CASTRO”).

Considero que lo recientemente señalado adquiere mayor relevancia cuando lo que está en juego es el derecho a la salud de una menor con discapacidad, por lo que cualquier demora y/o dilación en los tratamientos podrían agravar el estado actual de la misma.-

Aún cuando las posibilidades de éxito de los tratamientos no se avisoren de manera clara y concreta y el pronóstico y evolución de la patología no puedan determinarse con exactitud, deben adoptarse todas aquellas medidas que se orienten en la búsqueda de la protección de la salud, independientemente del estadio de la dolencia y/o enfermedad.-

Recuérdese, en este sentido, que el STJRN tiene dicho que: "Es procedente el amparo cuando 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" (VICENCIO" S.D. 45 del 13/05/2014).

21º) Por otro lado, corresponde aclarar que la menor cuenta con certificado de discapacidad (fs. 1), por lo cual se encuentra amparada por el régimen tuitivo de la ley 24.901 de “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad”, el cual tiene por principal objetivo el de crear “un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos “ (Art. 1º).

Que, en lo que se refiere a las presentes actuaciones, resulta necesario destacar que el artículo 15 de la ley establece que: “Se entiende por prestaciones de rehabilitación aquellas que mediante el desarrollo de un proceso continuo y coordinado de metodologías y técnicas específicas, instrumentado por un equipo multidisciplinario, tienen por objeto la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que un persona con discapacidad, alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social; a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean estas de origen congénito o adquirido (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole), utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios. En todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera...”.

Que, la Provincia de Río Negro adhirió a la normativa nacional señalada - ley 24.901 - a través de la ley D 3.467, contando con una ley específica como lo es la ley D 2.055, que instituyó un régimen de promoción integral de las personas con discapacidad.

En consecuencia, no existiendo elementos con la entidad suficiente que pongan en duda la recomendación del médico tratante y conforme lo resuelto recientemente por el STJ en autos "PRUDENCIO" (Sentencia del 24/08/2016), donde expresamente se indicó que "...Si el médico tratante funda adecuadamente la solicitud de un tipo especial de atención, es luego la requerida quien en el proceso tiene la carga de acreditar que la que pretende ofrecer es igualmente apta para garantizar el derecho a la salud del paciente...", no advierto de momento otra alternativa que satisfaga las necesidades de la menor mas que su derivación tal como fuera solicitada por el médico tratante, a los efectos de brindarle el tratamiento indicado en el lugar señalado, en virtud de la normativa ya citada.-

Ello, sin perjuicio de lo que pudiera indicar en el futuro el médico tratante, en función de su dictamen de Fs. 24.-

22º) Finalmente, recuérdese que tiene dicho la CSJN ("Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional" de 15.06.04; en igual sentido, doctrina de Fallos 322:2701 y 324:122) y, por su parte el STJRN ("VICENCIO Se. 45/14 y "LOFIEGO" Se. 142/15", en cuanto a las personas con alguna discapacidad, que requieren de un mayor cuidado de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los

jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos.-

De igual modo, es válido insistir que la Convención sobre los Derechos del Niño eleva el "interés superior" de los infantes al rango de principio rector de todas las decisiones de las autoridades públicas (cf. Corte Suprema, Fallos 318:1269; 22:2701; 323:2388; 324:112), en consecuencia, debe privilegiarse el derecho a la salud del niño discapacitado y garantizar su plena calidad de vida.-

Por todo lo expuesto, en base a los argumentos vertidos y en función de lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores, RESUELVO: I) Hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por el Sr. Victor Hugo Sobarzo, en representación de su hija S.S (16 años), ordenando al I.PRO.S.S la cobertura inmediata del 100% y derivación (con habilitación de vuelo sanitario) de la afiliada al establecimiento FLENI- Escobar (o similar). El traslado de la menor deberá ser efectuado, junto al Sr. Victor Hugo Sobarzo, en el plazo máximo de 2 días, con habilitación de días inhábiles, bajo apercibimiento de remitir las presentes actuaciones a sede penal. Vencido el plazo, comenzará a correr una multa diaria a favor del amparista de \$ 5.000 (CINCO MIL) por cada día de retardo, sin perjuicio de otras medidas que pudieran adoptarse en caso de reticencia injustificada.-
II) Protocolizar, registrar y notificar por cédulas al titular del I.PRO.S.S, al Gobernador de la Provincia y al Fiscal de Estado lo resuelto con habilitación de días y horas inhábiles.-

Mariano A. Castro

Juez