

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Sres. Jueces:

I

A fs. 89 se corre vista de las presentes actuaciones a esta Procuración General a fin de que me expida sobre la apelación deducida y sustanciada en autos (art. 11 Ley K Nº 4199).

El recurso ha sido interpuesto por la apoderada de la Fiscalía de Estado, Dra. Laura Lorenzo contra la sentencia de fecha 06.04.20 dictada por la Sra. Juez de amparo, María Cecilia Criado, titular del Juzgado de Familia Nº 10 de la Ira. Circunscripción Judicial a través de la cual resolvió: “*I. HACER LUGAR AL AMPARO interpuesto y en consecuencia ordenar al Hospital Zonal Bariloche, que haga efectiva provisión de la totalidad de medicamentos necesarios para la cobertura del tratamiento por TRES MESES (3) consecutivos en favor del paciente K., J.N P. S. DNI 95618214, DEBIENDO LA AMPARISTA PRESENTAR EN FARMACIA LA RECETA CON LA PRESCRIPCIÓN MEDICA DE LOS MEDICAMENTOS PARA 3 MESES DE TRATAMIENTO, ello bajo apercibimiento de imponer sanciones pecuniarias al Hospital, y de poner en conocimiento a su superior jerárquico en caso de incumplimiento.*” (sic)

ANTECEDENTES

En breve resumen a fs. 1/9 surge que en fecha 12.07.18 se presenta la Sra. A. C. J. interponiendo acción de amparo contra el Hospital Zonal Ramón Carrillo de San Carlos de Bariloche destinado a que el mismo le provea de manera mensual a su esposo, S. K., la medicación Fanpridina 10 mg y Fingolimod 0.5g, indicada por su médico tratante, necesaria y esencial para la discapacidad que padece.

Relata que el Hospital Zonal proveía la misma de manera normal pero a partir del mes de abril del año 2018 empezaron a haber retrasos siendo asistida en sus reclamos por la

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Defensora del Pueblo.

Afirma que el cuadro de salud de su esposo, de no tomar la medicación, puede derivar en convulsiones epilépticas y/o ceguera. Asimismo agrega indicación médica y certificado de discapacidad.

Requerido informe al Hospital Zonal Bariloche, a fs. 17 (20.07.18) manifiesta que efectivamente el paciente fue diagnosticado por el Dr. Sergio Lindembaun con esclerosis múltiple. Indican que los pedidos existentes en farmacia fueron retirados por el paciente y que la medicación Fingolimod, habría sido enviada en el día del responde por el Ministerio de Salud agregando que no existía ningún otro pedido pendiente a favor del Sr. K.. A su vez se expresó que se le había explicado reiteradamente al peticionante la necesidad de realizar cada pedido con la receta que así lo sustente.

De las actuaciones surge que desde mediados del año 2018 a febrero de 2020 la situación se fue repitiendo, en cuanto la falta de entrega, y la puesta a disposición de la medicación por parte del Hospital luego de recibida la intimación por parte del juzgado.

Finalmente en fecha 10.03.20 pasan los autos a resolver.

FALLO IMPUGNADO:

En fecha 06.04.20 la Sra. Juez de amparo inicialmente describe los antecedentes y señala que “...no puede pasarse por alto que el presente amparo fue iniciado hace dos años atrás. Y que desde esa fecha al presente de manera reiterada pero intermitente el Sr. K. ha quedado sin el suministro constante de medicación con lo gravoso que ello puede ser para su cuadro de salud”.

En ese sentido observa que ha existido incumplimiento por parte del Hospital Zonal sobre la provisión de medicamentos.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Suma a lo expuesto que en el marco de la pandemia no se puede exigir al paciente o familiares que transiten todos los meses en procura de la receta para presentarse en la farmacia máxime cuando ya se conoce que se trata de un tratamiento prolongado. En atención a ello remarca que las formas deben adecuarse para facilitar el acceso a la medicación.

Entiende que el objeto del amparo tiene la finalidad de garantizar la provisión ininterrumpida de la mediación que mensualmente necesita el amparista.

Luego cita pronunciamientos del STJRN y de la CSJN referidos al derecho a la salud.

Expresa que la regularidad pretendida *“solo en el marco excepcional que estamos viviendo, se puede garantizar, si se le otorga al paciente la suficiente cantidad de remedios para la cobertura del tratamiento durante 3 meses”*.

Así sostiene que de esta manera se puede evitar que un futuro incierto, pero acaecible, el paciente se quede sin el suministro de medicación. En ese aspecto menciona la obligación del Estado dispuesta en el art. 59 Constitución Provincial.

Finalmente la sentenciante expresa que: *“Si bien no correspondería conceder prestaciones indeterminadas que aún no han sido prescriptas por el profesional médico porque ello constituiría un avasallamiento a la seguridad jurídica (cf. STJRNS4 Se. 148/17 "CANAVESE") en el caso de autos, y en el contexto de emergencia sanitaria imperante no aparece como un exceso de jurisdicción y una invasión de áreas reservadas al poder administrador la exigencia de provisión regular de un medicamento ante la necesidad de continuidad de un tratamiento prologando para la esclerosis múltiple diagnosticada...”*.

Bajo esas circunstancias, en el marco del aislamiento provisorio y preventivo decretado por el Poder Ejecutivo (Decreto Nº 297/2020) resuelve en sentido favorable a la petición.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

MEMORIAL DE AGRAVIOS

En lo medular el representante de la Fiscalía de Estado propicia la declaración de nulidad de la sentencia pues afirma que ha sido dictada en días inhábiles donde ya regía la feria judicial extraordinaria dispuesta por la Acordada 00/20 del Superior Tribunal de Justicia sin haber efectuado una habilitación al efecto -lo cual fue recién llevado a cabo mediante providencia de fecha 15.04.20-. Asimismo apoya el pedido nulificante en la ausencia de notificación pertinente dispuesta en el Art. 149 bis del CPCyC.

Seguidamente se agravia sosteniendo que, en lo relativo a la forma de entrega de los medicamentos, la sentencia excede el marco de lo peticionado por la amparista. Afirma que ello contraviene la indicación del médico tratante como así también el sistema y el cronograma de compras de medicamentos del Estado.

También alude a la pandemia y a la Emergencia Sanitaria COVID-19 en cuyo marco el Ministerio de Salud toma medidas necesarias para mitigar los efectos de la misma expresando que la cartera ministerial prioriza sus compras dentro de la excepción y no resulta la judicatura ser quien deba determinar la política de compra.

Afirma que el paciente nunca ha quedado sin medicación y transcribe el precedente “PACHECO” del STJ de fecha 21.03.18.

Por otro lado sostiene que el juez de manera alguna puede interferir en las actuaciones propias de otro poder del Estado, por caso de la administración, y bajo esa interpretación cita diversos pronunciamientos de ese Cuerpo (“TORRES CASTAÑOS” Se. 112/07; “AUDIOVISUAL” Se. Nº 106/17; “EVANGELISTA” Se. Nº 82/07) a cuyas consideraciones en honor a la brevedad me remito.

CONTESTACIÓN DE TRASLADO

Procuración General de la Provincia de Río Negro

A fs. 79/83 se presenta la titular de la Defensoría Nº 9 de San Carlos de Bariloche, Stella Maris Viudez y Gustavo Suárez, Defensor Adjunto, en representación de los amparistas.

Sobre el planteo de nulidad apoyado en la fecha de la sentencia y la falta de habilitación judicial entiende que ello debe ser desestimado toda vez que supone un excesivo rigor formal y un apartamiento de la tutela judicial efectiva al derecho a la salud.

En lo relativo al Art. 149 del código de rito refiere a la providencia de fecha 14.02.20 que en su parte pertinente ordena la notificación a la Fiscalía de Estado y a la Gobernación entendiendo que existió una habilitación tácita dada la urgencia y la premura de la cuestión subsanado luego mediante la providencia mencionada.

Sobre el segundo agravio -sentencia *extra petita* por la forma de la modalidad de entrega de la medicación solicitada- precisa que ello debe ser rechazado en tanto considera que el decisorio ha sido sumamente claro en sus considerandos, al aclarar que en el marco de la pandemia y refiriéndose a un tratamiento prolongado no se puede exigir al paciente o familiares que transiten mensualmente en procura de hacerse de la receta para presentar en farmacia. En estas especiales circunstancias lo que se pretende es que se asegure la provisión de medicamentos evitando un grave e irreversible daño a la salud del amparista.

En lo relativo a la eventual exorbitancia de la decisión judicial afirma que el principio de división de poderes no excluye su vinculación, es decir no se trata de la revisión de la cuestión comprendida en la zona de reserva de la administración sino de la aplicación concreta del ejercicio de la función propia y de garantizar derechos fundamentales.

Por último refiere a las personas con discapacidad las cuales, más aún, en este contexto de pandemia del COVID-19 deben tener asegurada la atención médica. Menciona que los Estados deben brindar especial atención a los grupos de riesgo y alude al así el DNU Nº 260/20.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

II

Ingresando en el análisis de las presentes actuaciones y habiendo examinado el recurso de apelación deducido principiaré adelantando que deberá hacerse lugar parcialmente al mismo.

En primer lugar, sobre el planteo de nulidad fundado en la ausencia de habilitación de feria frente al proveído de fecha 15.04.20 y los términos dispuestos en los Arts. 3 y 4 de la Acordada N° 13/20 del Superior Tribunal de Justicia el mismo debe ser rechazado, más aún teniendo presente la temática de que se trata el tema en estudio

Igualmente sobre el planteo nulificante sentado en la ausencia de cumplimiento del art. 149 bis del CPCyC, no es ocioso recordar que, tal como ha sido expuesto en múltiples oportunidades la falta de cumplimiento de lo dispuesto por el mencionado artículo del código adjetivo, constituye un vicio *in procedendo* subsanado –en el caso que nos ocupa- por la interposición del recurso de apelación y su correspondiente expresión de agravios, sin que se aprecie conculcado el derecho de defensa.

Es entonces a través del recurso en análisis donde la agraviada ha tenido la posibilidad de argumentar en cumplimiento del principio de bilateralidad ejerciendo la defensa de su accionar, de sus intereses y exponiendo el eventual perjuicio que puede sufrir, todo lo cual resulta revisable en esta instancia.

Expuesto lo anterior no se evidencia un estado de indefensión reprochable que amerite pretender la nulidad de lo resuelto fundado en tales vicios, pues ello implicaría declarar la nulidad por la nulidad misma.

Ahora bien, sobre la cuestión de fondo de manera reiterada, esta Procuración General ha sostenido que es deber del Estado garantizar el acceso al cuidado de la salud como derecho esencial y bien social que hace a la dignidad humana, tal como reza la extensa normativa de rango constitucional, tratados internacionales con la misma jerarquía –Convención

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad, y la Convención Internacional sobre derechos de las Personas con Discapacidad,(Art. 75 inc. 22), legislación nacional y provincial que delimitan el plus protectivo.

En particular la Provincia de Río Negro adhirió a la normativa nacional -ley 24.901- a través de la ley D N° 3.467, contando además con una ley provincial específica como lo es la Ley D N° 2.055, mediante la cual instituyó un régimen de promoción integral de las personas con discapacidad tendiente a garantizarles el pleno goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, arbitrando los mecanismos dirigidos a neutralizar la desventaja que su discapacidad les provoca respecto del resto de la comunidad (cf. “CASTELLI” Se 81/18, entre otros).

No es ocioso recordar que el Alto Tribunal ha sostenido que *"...los discapacitados, a más de la especial atención que merecen 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 tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos"* (cf. Corte Suprema, in re "Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional" de 15.6.04

En función de ello, en primer lugar, advierto que no existió por parte de la requerida una negativa o reticencia a la entrega de los medicamentos solicitados por la requerida, aunque sí se ha reiterado la demora en hacer efectiva la misma.

Como consecuencia de ello, se observa que en autos la Sra. J. debió recurrir el en julio del año 2018 a la celeridad vía constitucional del amparo en orden a lograr restablecer el derecho considerado conculcado respecto de su esposo, quien requería en forma urgente la provisión del medicamento mencionado, el cual le era provisto por el nosocomio local con normalidad, hasta que en el mes de abril de dicho año, empezó a verse.

Se puede apreciar seguidamente informes del Ministerio de Salud – Hospital Zonal Bariloche, que dan cuenta de la efectivización de lo solicitado de manera mensual,

Procuración General de la Provincia de Río Negro

recordando al paciente que para su entrega resulta necesario la prescripción médica y, como adelantara, las constancias evidencian que en algunas oportunidades, la provisión del medicamento se ha producido con demora (Ver puntualmente fs. 17, 20, 25, 26,36, etc.).

No obstante, la demora indicada no puede configurar incumplimiento por parte del Hospital Zonal de San Carlos de Bariloche. .

De modo alguno puede soslayarse que es la propia magistrada quien advierte en su fallo que “...no puede pasarse por alto que el presente amparo fue iniciado hace dos años atrás. Y que desde esa fecha al presente de manera reiterada pero intermitente el Sr. K. ha quedado sin el suministro constante de medicación con lo gravoso que ello puede ser para su cuadro de salud”

Con lo cual debió –eventualmente- imprimir mayor celeridad al trámite a fin de dar cumplimiento a los lineamientos que impulsa la acción expedita que iniciara la amparista, dictando de manera oportuna la sentencia pronunciada recientemente (6.04.2020).

Contrariamente a ello ha descansado en los distintos pedidos de informes realizados a lo largo de 2 años aproximadamente, perdiéndose así un requisito esencial para este tipo de acciones el cual es la urgencia o peligro en la demora y desvirtuando de esta manera su carácter sumarísimo como medida destinada a atender supuestos en los que se requiere una respuesta en forma inmediata

De ese modo, sin desconocer que la Obra Social provincial debe observar un marco legal propio de actuación, y que en principio el Poder Judicial no debe inmiscuirse, no puede soslayarse que el IPROSS, aún teniendo acreditadas las condiciones de discapacidad y la regularidad con la cual debe tomar la medicación, de forma constante ha limitado sus derechos al punto de obligarlo a iniciar la instancia judicial

En efecto, la obra social no puede desvincularse de la cuestión alegando genéricas limitaciones de carácter legal y reglamentario, pues dicho argumento limita derechos de

Procuración General de la Provincia de Río Negro

carácter constitucional y convencional como son el derecho a la vida y a la salud, los cuales desde la reforma del año 1994 se encuentran consagrados en la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos jerarquizados en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna.

Ahora bien, a fs. 26 la recurrente expresa que interpone recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria dictada en autos, *“en tanto ordena la entrega futura de medicamentos en un término de cinco días bajo apercibimiento de remitir la causa a sede penal y la aplicación de astreintes ... por causar la misma un gravamen irreparable”*.

Centrándome entonces en el abordaje de esta puntual cuestión, he de señalar 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 STJ, pero siempre en orden a preservar y restablecer el orden jurídico vigente y comprometido ante específicas circunstancias del caso.

En autos, encuentro que asiste razón a la impugnante en tanto afirma que

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, y tal lo propuesto en el citado antecedente “PACHECO” el Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro, a través del Hospital Zonal Bariloche deberá –a mi criterio- buscar una solución que satisfaga de la mejor manera posible la situación del Sr. K.. a fin de poner en resguardo su derecho a la salud de manera oportuna, actual e idónea ante la particular circunstancia que se atraviesa en el marco de la pandemia acaecida por el COVID-19; resultando de público conocimiento la gravedad de la situación social y del sistema de salud por la que se está atravesando en la actualidad, el carácter de persona con discapacidad y estando dentro del grupo de riesgo, facilitando o allanando

Nº Receptoría Nº K-3BA-16-F2018

Expte. Nº 30744

“J.;A.D.C. EN REP. DE S., K. J.N RAUL C/ HOSPITAL ZONAL RAMON CARRILLO S/ AMPARO S/ APELACIÓN”

Procuración General de la Provincia de Río Negro

cualquier obstáculo burocrático que demore o imposibilite la prestación y/o que genere mayor angustia en el paciente y su entorno familiar.

Es mi dictamen.

Viedma, 19 de Mayo de 2020.

Jorge Oscar Crespo
Procurador General
Poder Judicial

DICTAMEN Nº 64 /20