

Montevideo, 25 de enero de 2017.

Sentencia N°:

VISTOS:

Para sentencia de primera instancia estos autos caratulados: "**LARRAIZ, MARIA c/ MINISTERIO DE SALUD PUBLICA- Acción de Amparo IUE: 2-24/2017**".

RESULTANDO

1)-Que la parte actora promueve la presente Acción de Amparo contra Ministerio de Salud Pública, solicita la habilitación de la feria judicial y en síntesis expresa:

Que tiene 79 años de edad, tal como surge del informe de su médico tratante Dr .Vazquez, es portadora de Estenosis Valvular Aórtica de grado severo, mielodisplasia con anemia crónica y tratada con eritropoyetina a razón de 2 amp/ semanales, deterioro cognitivo sintomática y el médico indicó como último tratamiento posible para permitir una recuperación y con ello evitar el riesgo de muerte, un implante percutáneo de válvula aortica (TAVI).

Necesita un replazo de la válvula aórtica, no siendo posible hacerlo por la vía quirúrgica convencional.

Relata la enfermedad y que existe consenso entre el cuerpo médico nacional, avalado por estudios y practicas internacionales, en virtud de estar contraindicada en su caso la cirugía convencional.

Relata los costos del tratamiento y la carencia de medios económicos.

Que en la actualidad es afiliada al Sanatorio Americano, el cual no se hace cargo del procedimiento que necesita por no estar incluida en el PIAS.

Que, la compareciente solicita se amparen sus derechos constitucionales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad de la persona humana (artículos 7,8,44, y 33 de la

Carta) en la medida que el sistema actual de Salud no cubre los costos del procedimiento indicado.

Que relata la situación del compareciente, enumera los requisitos de la acción de amparo, ofrece prueba, funda el derecho y solicita condene al MSP a suministrar el procedimiento de implante percutáneo de válvula aórtica, mas costos y materiales para llevar a cabo el mismo 135 vto.

II)- Que las partes fueron convocadas a la audiencia dispuesta la Ley N° 16.011 la parte demandada MSP dio lectura a la contestación,

CONTESTACION DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA.

En síntesis en la representación invocada el M.S.P expresa que:

Tal como quedará demostrado, no se configuran en el caso la presencia de elementos necesarios para habilitar la acción impetrada, como los son: falta elemento de manifiesta ilegitimidad, que existen de otras vías para protección del derecho, así como también entendemos que no se violan el principio de igualdad y que el Estado protege y garantiza su derecho a la salud.

Que relata la competencia del MSP, no es función del MSP financiar el mencionado dispositivo a pacientes particulares, puesto que los cometidos de su mandante son otros.

No se configura la falta de ilegitimidad manifiesta, expresa la sustentabilidad del sistema de salud, la limitante económica, ofrece prueba, cito doctrina y jurisprudencia, fundo el derecho y solicita rechace el amparo.

Que cumplidas las formalidades y diligenciada la prueba, las partes alegaron y en el día de la fecha dicta sentencia.

CONSIDERANDO

1- ACCION DE AMPARO – Doctrina y Jurisprudencia.

Que, doctrina y jurisprudencia sobre la acción de amparo consideran que; es un medio procesal de carácter excepcional residual o "heroico" reservado para extremas situaciones en las que por falta de otros medios legales peligran derechos fundamentales.

En este sentido se ha expresado que el amparo supone el desamparo.

La ley establece que procede el amparo contra todo acto omisión o hecho de las autoridades estatales o para estatales, así como de particulares que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con ilegitimidad manifiesta derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la constitución.

La doctrina sostiene que, para el progreso de este tipo de accionamiento, medio sumarisimo y excepcional, es necesario que se configuren acumulativamente todos los elementos objetivos y subjetivos previstos fundamentalmente en los arts. 1º y 2º de la ley N° 16.011, desde que se encuentran en una relación de complementariedad tal que "deben concurrir todos ellos, en una estructura conceptual por la que no se entiende uno sin los otros."¹.

2-Legitimación y base fáctica:

La base fáctica de la acción de amparo radica en que María Elena Larraiz Almada, de 79 años de edad, es titular de un interés directo, personal y legítimo por ser portadora de Mielodisplasia con anemia crónica y tratada con eritropoyetina a razón de 2 amp/ semanales, deterioro cognitivo, **portadora de Estenosis valvular Aortica Calcificada de grado Severo, sintomática** y el médico tratante indicó como último tratamiento posible para permitir una recuperación y con ello evitar el riesgo de muerte, un implante percutáneo de válvula aortica (TAVI).

¹ Véase la Ley de Amparo, pag.21 y ss.

Solicita se amparen sus derechos constitucionales a la vida, a la salud, a la igualdad y a la dignidad de la persona humana (artículos 7, 8,44, y 33 de la Carta) en la medida que el sistema actual de Salud no cubre los costos del procedimiento.

3-Requisito temporal.

En el caso, puede considerarse que se cumple el requisito temporal requerido por el art. 4 inc. 2, pues es claro, que la acción de amparo debe incoarse dentro de los 30 días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión (ver resolución del MSP de fecha 16-1-2016,fs 111 y ss-118)

Que en la situación planteada, a criterio de la decisora y de acuerdo a la prueba documental agregada, no transcurrió el plazo previsto en la norma (ver documento individualizado).

4-Ilegitimidad manifiesta:

Respecto al requisito de la ilegitimidad manifiesta exigida legalmente, la doctrina sostiene que, ello implica que la misma debe surgir en forma clara " del mismo acto, o del expediente a través de una prueba sumaria".

En este sentido debe tenerse presente que la expresión alude conceptualmente a una ilegitimidad incuestionable, clara, como puntualiza Bertolino: efectivamente la lesión, restricción, alteración o amenaza de los derechos constitucionales ha de patentizarse con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta.

Es decir que para que el amparo proceda debe darse una violación grosera, ostensible de la norma constitucional.

Ahora bien el modo de esa violación no altera su esencia. En este último aspecto nos hallamos siempre frente a un comportamiento diverso del preceptuado por la norma o sea no hacer aquello que está prohibido - conforme Bertolino.

Que en primer lugar lamentablemente, la patología que tiene la actora pone en riesgo su vida, por ser portadora de **Estenosis valvular Aortica Calcificada de grado Severo**.

Ante el riesgo de muerte de la compareciente el médico tratante Dr. Vázquez, indica que deberán realizarse los procedimientos, pues el estado de la enfermedad es muy avanzado, por lo cual hay riesgo de vida y debe realizarse la indicación médica, lo que corrobora el Dr. Brusich (ver declaraciones perito designado en autos- Grado V de la Facultad de Medicina).

Que fue acreditado que el procedimiento, beneficiaría al paciente (ver declaración del Dr. Vazquez y Perito, sus conclusiones.

Que se advierte una vulneración a lo establecido por el art. 44 de la Constitución, pues si a la fecha el procedimiento indicado no fue evaluado, registrado o autorizado por el MSP, frente a los beneficios que otorga a la salud de los pacientes, la ilegitimidad queda de manifiesto, pues el tratamiento es de eficacia probada a nivel internacional y nacional. La prueba pericial, relata los beneficios del sistema TALVI, la misma evita la necesidad de toracotomía, circulación extracorpórea y paro cardiaco.

En segundo lugar el MSP por resolución de fecha 16-12-2016 negó el dispositivo solicitado por razones económicas, en tanto no existen recursos presupuestales en consecuencia su actuar es ilegítimo, por cuanto no incluyo en la canasta básica de prestaciones que debe brindar las mutualistas el procedimiento indicado a la actora o en su caso no autorizo el mismo ante la urgencia de la situación y enfermedad con riesgo de vida que cursa la amparista, no regula en forma la situación.

En otro orden, fue demostrado que a la fecha los beneficios de este procedimiento son muy buenos para el paciente que padece esta enfermedad, por lo cual el MSP debió actualizar e incorporar al PIAS dicho procedimiento – al FTM al no hacerlo el MSP- ha incumplido sus obligaciones de acuerdo a la competencia asignada a criterio del Tribunal,

por no dar una respuesta favorable a la situación planteada y no incluir el procedimiento en el PIAS de acuerdo a los derechos y principios establecidos en la Constitución².

También fue acreditado, los riesgos y beneficios del procedimiento y que la actora se encuentra en condiciones de recibirlo, dada su edad, peso, altura, antecedentes, no es posible realizar otro procedimiento.

Entonces, conforme a lo establecido por la Ley N° 16.011, para que la acción de amparo prospere debemos estar en presencia de todos los supuestos o requisitos que esta acción residual y sumarisima prevé, exige y requiere.

En el caso, a juicio de la decisora estamos en presencia de una ilegitimidad manifiesta por parte de la Administración, como lo requiere la norma.

En la especie concurrimos a una situación extremadamente compleja, dolorosa y de acuerdo a la prueba documental y testimonial, urge realizar los procedimientos pues existe riesgo de muerte y no hay otro tratamiento eficaz.

Por los fundamentos expuestos, a criterio de la sentenciante, se configura el requisito de ilegitimidad manifiesta por parte del MSP, requerido por la normativa.

5. Ausencia de una vía eficaz alternativa que sea efectiva para la protección del derecho invocado, art. 2 de la Ley 16.011.

En conclusión, entre los requisitos base de procedencia del amparo, además de los individualizados, se encuentra el presupuesto de la ausencia de una vía eficaz alternativa que sea suficiente para la efectiva protección del derecho invocadamente lesionado, conforme con lo dispuesto por el art.2 de la Ley 16.011.

También fue acreditado que la mutualista negó la cobertura a la paciente por no estar incluido el procedimiento dentro de la canasta de prestaciones, por lo cual la única vía que le permite a la compareciente obtener el procedimiento indicado, es el amparo.

² Cfme Aplicación Directa de Principios y Normas Constitucionales –Fernando Tovagliari, Leslie Van Rompaey y Laura Barbier, páginas 158 y siguientes.

Examinada la demanda, se advierte que se configura tal presupuesto, lo que emerge de los propios términos de la demanda - los tiempos se agotan- lo que habilita la pretensión, el derecho a la vida no puede ceder frente a trámites administrativos. Que el procedimiento administrativo no fue eficaz, ver resolución del MSP de fecha 16-12-2016, se encuentra enterado de la situación de la actora y no da respuesta al procedimiento requerido e indicado por los médicos con relación a la enfermedad de la actora por motivos económicos.

Que la jurisprudencia en la discordia de la Dra. Beatriz Fiorentino y Dr. Tabaré Sosa³ afirman que la protección del goce de la vida y la salud, no pueden ceder frente a consideraciones económicas; debe hacerse aplicación coordinada de las normas de los arts. 7, 44, 72 y 332 de la Constitución con el Dec. 265/05 que también reconocen el derecho de todos los habitantes a la asistencia integral de la salud en condiciones de igualdad; que forzoso es significar que el reglamento es acto administrativo que se desenvuelve bajo las normas de jerarquía superior y toda violación de éstas o de los principios que la informan, invalidan el reglamento, el que debe ser desaplicado; por último, que la libertad de opción terapéutica, principio fundamental de la medicina liberal, supone también su necesaria efectividad en el sistema de salud (véase: LJU caso 15.510).

6 – Daño irreparable.

Con relación al daño irreparable, el eventual daño en el caso, tiene el carácter de menoscabo irreparable, pues hay riesgo de vida.

En primer lugar se cumplen los requisitos requeridos en la ley de amparo.

En segundo lugar, el tratamiento es la única opción para la paciente.

En conclusión, a juicio de la sentenciante en la presente situación, se cumplen en el caso todos los requisitos exigidos por la ley de amparo.

³sentencia del TAC 5°101/07.

Conducta Procesal.

La conducta procesal fue correcta.

Por tales fundamentos, Ley N°: 16.011, doctrina y jurisprudencia citada.

FALLO:

**CONDENAR AL MSP A REALIZAR LA CIRUGIA DE IMPLANTACION DE
IMPLANTE PERCUTANEO DE VALVULA AORTICA (TAVI), CUBRIENDO
PROCEDIMIENTO Y MATERIALES EN EL PLAZO DE 48 HORAS, DE
ACUERDO A LAS INDICACIONES DEL EQUIPO MEDICO TRATANTE.
TODO SIN ESPECIAL CONDENACION Y OPORTUNAMENTE
ARCHIVASE.**

DRA: ANA MARIA BELLO ANDRIOLO

JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA (DE FERIA).

1 Conforme: Real, Alberto -Rev.Uruguaya Derecho Tributario-1971.

2 RUD.4 1986-.pag 487 -Principales perfiles el amparo en el Derecho Uruguayo -