CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JUICIO:"TANIA CHAVES DE MENNA C/ INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (IPS) S/ AMPARO CONSTITUCIONAL. AÑO: 2020."----------

00..0 8

ACUERDO Y SENTENCIA N° 28

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los.....del mes de julio del año dos mil veinte, estando reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala, **DR. JOSÉ WALDIR SERVÍN BERNAL, DR. CRISTÓBAL SÁNCHEZ y DR. AGUSTÍN LOVERA CAÑETE,** bajo la presidencia del primero de los nombrados, ante mí la Secretaria autorizante, se trajo a estudio el expediente caratulado: **"TANIA CHAVES DE MENNA C/INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (IPS) S/ AMPARO CONSTITUCIONAL"**, a los efectos de resolver el recurso de Apelación interpuesto por la Señora **TANIA CHAVES DE MENNA,** por derecho propio y bajo patrocinio del ABG. GUILLERMO VELÁZQUEZ, contra la S.D. N° 31 de fecha 02 de julio de 2020, dictada por la Juez Penal de Sentencia ABG ELIO RUBÉN OVELAR.----------

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal de Alzada acordó plantear y votar la siguiente:----------

CUESTION

1) ¿Es justa la determinación del órgano inferior?.----------

Practicado el sorteo, para determinar el orden de votación arrojó el siguiente resultado: **DR. JOSÉ WALDIR SERVIN BERNAL (MIEMBRO PREOPINANTE), DR. CRISTÓBAL SÁNCHEZ** y **DR. AGUSTÍN LOVERA CAÑETE.**----------

A LA ÚNICA CUESTIÓN PLANTEADA, EL MIEMBRO PREOPINANTE, DR. JOSÉ WALDIR SERVÍN BERNAL, dijo: Que por la resolución apelada, el A-quo dispuso: " ***1) RECHAZAR*** *por inoficiosa la Acción de Garantía Constitucional de Amparo incoado por la Señora TANIA CHAVES DE MENNA por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado contra el INSTITUTO DE PREVISION SOCIAL (IPS), en virtud a los fundamentos expuestos y conforme a los informes contundentes del IPS transcriptos ene el exordio de la presente resolución.* ***2) IMPONER*** *las costas en el orden causado.* ***3) ANOTAR,*** *registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia."*----------

PODER JUDICIAL TERCERA SALA TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Dr. CRISTÓBAL SÁNCHEZ
Miembro

DR. JOSÉ WALDIR SERVIN
Miembro del Tribunal de Apelación Penal, 3ª Sala, Capital

Abog. Mercedes Sosa G.
Actuaria Judicial

Departamento Técnico de Contrataciones rmolinas

Escaneado con CamScanner

Escaneado con CamScanner

2021-10-09 12:36:49.769513-03

Que, en contra de la citada resolución, la Señora **TANIA CHAVES DE MIENNA,** por derecho propio y bajo patrocinio del Abg. GUILLERMO VELÁZQUEZ, interpuso recurso de apelación, y alegó entre otras cosas: "...*Vengo por el presente escrito y en primer término, a* ***DARME POR NOTIFICADA*** *de la* ***Sentencia Definitiva Nro. 31 de fecha 02 de Julio de 2020***...*al mismo tiempo de* ***INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN*** *en contra de la misma, en tiempo, plazo y forma establecidos en el art. 581 y concordantes del CPC, basándome en los fundamentos que seguidamente paso a exponer:...El A-quo ha decidido el asunto con sometido apresuramiento y carencia total de consideración de los extremos alegados por mi parte en la promoción de la garantía constitucional del amparo. En efecto no otorgó preeminencia al* ***bien jurídico "VIDA" y "SALUD"*** *formulando criterios mutanclales en lo que atañe a los "reglamentos" y "decretos" del Instituto de Previsión Social, como el añejo y gastado argumento de que "el medicamento solicitado por el amparista no forma parte del vademécum de la Institución" irrespetando claramente el orden de prelación de leyes establecida en la pirámide* ***Kelseniana,*** *orden jerárquico por el cual la Constitución Nacional debe ser aplicada en primer lugar...el* ***A-quo*** *otorga preeminencia a una cuestión administrativa, derivada de un reglamento por encima de un derecho constitucional y un bien jurídico de mayor relevancia...El considerando de la resolución, no es más que una transcripción de la contestación y argumentos de la representante convencional del I.P.S., es decir no existe una motivación jurídica o fundamentos en base a los preceptos legales que deben regir en una cuestión excepcional como lo es el Amparo Constitucional. Es mentira que no se haya agotado la instancia administrativa, pues se encuentra agregado en autos - y forma parte de las instrumentales presentadas con la promoción de la acción - la Nota presentada por Mesa de Entrada del Instituto de Previsión Social, por la cual solicito la provisión del medicamento necesario para la lucha contra mi enfermedad. Aunque sostengo con toda potencia de ley, que en la cuestión puesta a vuestra competencia* ***NO EXISTEN VÍA PREVIAS O PARALELAS QUE AGOTAR, PUES LA URGENCIA FUNDADA Y ALEGADA, EN CUANTO AL DERECHO DE LA SALUD Y LA VIDA DEBEN SER CONSIDERADAS Y RATIFICADAS POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL*** ...*Por otro lado, refiere la representante del IPS en su contestación - que después es argumento del juez- que* ***"existen diversas opciones terapéuticas con otros medicamentos de las que dispone la paciente que acude al servicio oncológico- Hospital Central del IPS".*** *Esto* ***EXCELENCIAS,*** *es verdaderamente inaceptable, pues mediamente y conforme a la evaluación de la enfermedad que me afecta, requiero del medicamento señalado por el especialista oncólogo para la lucha contra el cáncer; es decir* ***SEÑORES MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE APELACIONES, es verdaderamente inadmisible que éste se aun argumento válido***

Departamento Técnico de Confirmaciones
Escaneado con CamScanner
Escaneado con CamScanner
2021-10-09 12:36:49.769513-03

para rehuir de la obligación legal de proveer los medicamentos que un tratamiento requiere. ADMITIR ESTE OFENSIVO ARGUMENTO, SERÍA COMO ACEPTAR A PROVISIÓN DE "ASPIRINAS" PARA LUCHAR CONTRA EL CÁNCER... *Concluyendo, la negación por parte del Instituto de Previsión Social a proveer los medicamentos requeridos, con la excusa de no estar incluido en la Lista de Medicamentos Esenciales y Listado de Insumos Médicos Esenciales por cuestiones administrativas; y por otro lado no poder costearlo en ningún centro privado, es una violación evidente al derecho fundamental a la salud, a la cual se llega por desamparar y poner en riesgo mi calidad de vida , atentar contra la dignidad humana, la integridad personal y consecuentemente mi propia vida. Por lo que se ruega que el derecho fundamental a la vida no sea negada, revocando la injusta decisión del A-quo, y* ***HACER LUGAR*** *al Amparo... "* .....

Por su parte, la **ABG. NORA MURDOCH GUIRLAND**, en nombre y representación del Instituto de Previsión Social (IPS), bajo patrocinio de los abogados Omar Montiel Olmedo y Sara Enciso Ovelar, al contestar el respectivo traslado ha alegado, entre otras cosas, cuanto sigue: *"... El INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL no actúa de manera ilegítima al reglamentar los requisitos para que el asegurado acceda a los beneficios solicitados por la recurrente, ni viola disposiciones constitucionales o legales, al contrario el proceder de mi mandante se ajusta a derecho ...El INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL, en su carácter de ente autónomo y autárquico, en base a las atribuciones que le fueron concebidas por Ley y conforme a las reglas que rigen el Derecho Administrativo, ha reglamentado la forma de concesión de las prestaciones que otorga a sus asegurados, con miras a una justa distribución de la cobertura que brinda. A los efectos, ha establecido una serie de requisitos imprescindibles para tener acceso a los beneficios que otorga. Asimismo los recursos financieros del INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL, se encuentran protegidos constitucionalmente (art. 95 CN), y n puede ser desviado de sus fines. Además la pretensión de la demandante atenta notoriamente contra el Art. 7mo. de la Ley 1535/99 Administración Financiera que establece: "Lo presupuestos se elaboraran observando las siguientes normas fundamentales:) en ningún caso los organismos y entidades del Estado incluirán en su presupuestos recursos para desarrollar planes o programas que no guarden relación directa con sus fines y objetivos establecidos por la Constitución, la ley o sus Cartas orgánicas", y el c) que establece " en la Ley del Presupuesto General de la Nación no se incluirá ninguna disposición que tenga vigencia fuera del ejercicio fiscal, ni disposiciones o cláusulas que modifiquen o deroguen otras leyes de carácter permanente ". Con lo expuesto se demuestra a V.S. a improcedencia de la presente acción , ya que el sistema de Seguro Social ofrecido por el Instituto, es solo para sus aportantes asegurados como cotizantes titulares y su*

PODER JUDICIAL TERCERA SALA TRIBUNAL DE APELACION PENAL

Dr. CRISTÓBAL SÁNCHEZ
Miembro

DR. JOSE WALDIR SERVÍN
Miembro del Tribunal Apelacion
Penal, 3ª Sala. Capital

Abog. Mercedes Sosa G.
Actuaria Judicial

Dr. AC... A CAÑETE
Miembro

Documento Técnico de Contrataciones Públicas

Escaneado con CamScanner

Escaneado con CamScanner

2021-10-09 12:36:49.769513-03

beneficiarios ***que cumplan con los requisitos*** *establecidos por sus normas...Mi Instituyente no puede escapar a la rigurosidad de las leyes y reglamentos que la rigen, sin caer en faltas, transgresiones y delitos imputables finalmente a sus administradores y representantes por el contrario tienen la obligación de velar por el fiel cumplimiento de las mismas. Cabe también hacer mención a lo siguiente: en caso de que el IPS acceda a la provisión de las prestaciones a personas que, si bien son aseguradas, aun no reúnen un básico requisito como es el tiempo de aporte al seguro social , se estarían utilizando recursos de los aportantes en forma injusta, en perjuicio de otros asegurados que sí reúnen todos los requisitos necesarios y quienes podrían requerir en cualquier momento la provisión de este tratamiento, el cual tiene un costo muy elevado...Queda claro que, mi representado* ***no ha obrado de forma ilegítima,*** *en ningún momento, ya que su actuar no es contrario a los derechos de la parte actora, entendiendo que ésta* ***no posee el derecho que reclama;*** *ni tampoco es manifiesta...* ***PETITORIO****...Dictar resolución confirmando la SD n.° 31 de fecha 02 de julio de 2020, dictada por el Juzgado inferior por hallarse ajustada a derecho..."*----------

Que, el A-quo al argumentar la resolución recurrida ha expresado esencialmente: *"...no se ha agotado la instancia administrativa...el hecho de que exista otra vía procesal resulta un obstáculo para la tramitación de un juicio de amparo, pues de lo contrario cada parte podría establecer su propio procedimiento, recurriendo al amparo a gusto y placer y dejando sin efecto el art. 104 del CPC que establece la rigidez de las normas procesales. Que el medicamento solicitado por la amparista denominado TMD1 (ADO TRASTUZUMAB EMTANSINA O ADO TRASTUZUMAB) "KADCYLA" no forma parte del vademécum de la Institución...se pone de manifiesto que existen diversas opciones terapéuticas con otros medicamentos de las mismas características químicas que dispone la paciente para realizar el tratamiento en el servicio oncológico..Por tanto, y por los motivos expuestos corresponde rechazar la presente acción de amparo promovido por la Señora TANIA CHAVES DE MENNA, por sus propios derechos y bajo patrocinio de Abogado contra el INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL..."*.----------

Que, antes de abocarnos al fondo de la cuestión traída a estudio, es oportuno señalar la admisibilidad del mismo de conformidad a lo dispuesto en el art. 581 el CPC. En el presente caso, la resolución recurrida es de fecha 02 de julio de 2020, no obra en autos Cédula de notificación practicada a la recurrente de conformidad a lo dispuesto en el art. 133 del CPC, por lo que se considera notificada con la interposición del recurso, y el recurso fue interpuesto en fecha 03 de julio de 2020, por lo que su pretensión fue presentada en tiempo y forma, de conformidad a lo establecido en el art. 581 del CPC.----------

Departamento Técnico de Contrataciones Firmas

Escaneado con CamScanner

Escaneado con CamScanner

2021-10-09 12:36:49.769513-03

Que, para el caso que nos ocupa, tenemos que la Señora TANIA CHAVES DE MENNA, por derecho propio y bajo patrocinio del Abg. Guillermo Velázquez, en fecha 25 de junio de 2020, promovió Juicio de Amparo contra el Instituto de Previsión Social, expresando que la misma es una paciente diagnosticada con "CARCINOMA DUCTAL INFILTRANTE HER-2 POSITIVO – CÁNCER DE SENOS", a fin de que el Instituto de Previsión Social le provea el medicamento identificado como TDM1 "ADO TRASTUZUMAB O TRASTUZUMAB EMTANSINA", cuyo nombre comercial es KADCYLA, que es el medicamento indicado por la Profesional Oncóloga para el tratamiento de su enfermedad.----------

Que, cabe recordar lo dispuesto en nuestra Carta Magna con respecto a la Garantia Constitucional del Amparo, que en su artículo 134 reza: ***"DEL AMPARO.*** *Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que* ***debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente****. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley. El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida...."*(las negritas son nuestras).----------

En efecto, del análisis realizado de las constancias de autos, se advierte que la garantía constitucional incoada por la recurrente, reúne los requisitos establecidos por nuestra Carta Magna a saber; 1) un ataque claro y manifiestamente ilegítimo a una garantía constitucional; 2) la inminencia de un perjuicio grave e irreparable; 3) la inexistencia de otros remedios administrativos y judiciales; y 4) la individualización de la fuente de agresión.----------

Que, asimismo cabe recordar lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Nacional que reza: **"DEL DERECHO A LA VIDA.***El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción...",* en este sentido el Estado tiene la obligación, en todos los casos, sin excepción alguna, de garantizar al ciudadano el cumplimiento real y efectivo, no meramente declarativo o hipotético de ésta norma fundamental.----------

Que, el art. 68 de la Constitución Nacional establece: ***"DEL DERECHO LA SALUD.*** *El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho*

PODER JUDICIAL TERCERA SALA TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Dr. CRISTÓBAL SÁNCHEZ
Miembro

DR. JOSE WALDIR SERVÍN
Miembro del Tribunal Apelación
Penal, 3ª Sala Capital

Dr. AGUSTÍN [illegible] CAÑETE
MIEMBRO

Abog. Mercedes Sosa G.
Actuaria Judicial

Departamento Técnico de Contrataciones Públicas

Escaneado con CamScanner

Escaneado con CamScanner

2021-10-09 12:36:49.769513-03

fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la Ley, dentro del respeto a la dignidad humana".----------

Que, cabe destacar que, conforme a lo establecido en el art. 137 de la Constitución Nacional, Ley Suprema de la República del Paraguay, las disposiciones reglamentarias internas no pueden anteponerse a una disposición constitucional, especialmente cuando se refiere a un derecho esencial como es la Vida y la Salud de un ser humano, consagrado en nuestra Carta Magna y en todas las legislaciones en las que se reconocen los Derechos Humanos.----------

Que, el art. 68 de la Constitución Nacional establece claramente que nadie será privado de asistencia para prevenir o tratar enfermedades, lo cual significa que negarle la provisión del medicamento requerido por la Señora Tania Cháves de Menna para tratar su enfermedad, sería privarle de la asistencia médica que requiere, cuyo derecho se halla garantizado en nuestra Carta Magna.----------

Que, el A-quo ha expresado en la resolución recurrida que "*no se ha agotado la instancia administrativa*", sin embargo, no señala cuáles serían esos procedimientos previos. Cabe mencionar que en el caso que nos ocupa se trata de salvaguardar el derecho a la salud y la vida de un ser humano, los cuáles se hallan garantizados en nuestra Constitución Nacional, y recurrir primeramente a procedimientos administrativos podría ser perjudicial para el estado de salud de la Señora Tania Cháves de Menna, teniendo en cuenta que la misma padece de "Carcinoma Ductal Infiltrante Her- 2 Positivo – Cáncer de Senos", conforme surge de las documentales obrantes en autos.----------

Que, el A-quo también ha mencionado en la resolución recurrida: "*...existen diversas opciones terapéuticas con otros medicamentos de las mismas características químicas que dispone la paciente para realizar el tratamiento en el servicio oncológico...*". Sin embargo, cabe señalar que, en el presente caso, conforme surge de autos, la Profesional Médica Oncóloga ha recetado a la Señora Tania Chaves de Menna, para el tratamiento de su enfermedad, la utilización del medicamento identificado como TDM1 "ADO TRASTUZUMAB O TRASTUZUMAB EMTANSINA", cuyo nombre comercial es KADCYLA, por lo cual dicho medicamento es el que la misma requiere para su tratamiento.----------

Departamento Técnico de Contrataciones
Imolinas

Escaneado con CamScanner

Escaneado con CamScanner

2021-10-09 12:36:49.769513-03

Que, en esas condiciones a fin de salvaguardar la salud y la vida de la Señora Tania Chaves de Menna, corresponde que el Instituto de Previsión Social realice todas las gestiones necesarias, y provea en la brevedad posible a la asegurada el medicamento identificado como TDM1 "ADO TRASTUZUMAB O TRASTUZUMAB EMTANSINA", cuyo nombre comercial es KADCYLA, a fin de que la misma pueda continuar con su tratamiento para combatir la enfermedad que padece.----------

Que, por último cabe mencionar que en reiterados y uniformes fallos, este Tribunal de Alzada ha sentado postura en cuanto a la procedencia de la Acción de Amparo para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de un ser humano, cuyos derechos se hallan establecidos en la Constitución Nacional.----------

Consecuentemente, en mérito a los argumentos esgrimidos corresponde REVOCAR la S.D. n.° 31 de fecha 02 de julio de 2020, dictada por el Juez Penal de Sentencia ABG ELIO RUBÉN OVELAR, y en consecuencia HACER LUGAR a la acción de Amparo Constitucional promovida por la Señora TANIA CHAVES DE MENNA, por derecho propio y bajo patrocinio del Abg. GUILLERMO VELÁZQUEZ contra el Instituto de Previsión Social (IPS), debiendo el Instituto de Previsión Social realizar todas las gestiones necesarias, y proveer en la brevedad posible a la asegurada el medicamento identificado como TDM1 "ADO TRASTUZUMAB O TRASTUZUMAB EMTANSINA", cuyo nombre comercial es KADCYLA, por así corresponder a estricto derecho.----------

Con respecto a las costas procesales, cabe señalar que el Juicio de Amparo, se rige por lo dispuesto en el Código Procesal Civil.----------

Así el Artículo 587 del C.P.C. establece: ***"COSTAS.*** *Sin perjuicio del principio consagrado en el Art. 192, no habrá condena en costas si antes de vencido el plazo para la contestación de la demanda o del informe a que se refieren los artículos 572 y 573, cesará el acto, la omisión o la amenaza en que se fundó el amparo. Si el vencido fuera autoridad, serán responsables solidariamente el agente de la administración pública y el órgano a que él pertenece".* Asimismo el Art. 193 del mismo cuerpo legal establece: ***"Exención.*** *El juez podrá eximir total o parcialmente de las costas al litigante vencido siempre que encontrare razones para ello, expresándolas en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad".*----------

Consecuentemente, y teniendo en cuenta la naturaleza de la resolución recurrida "Amparo", además de notar que no existió mala fe por parte de ninguno de los litigantes, este Tribunal de Alzada es del criterio,

POBER JUDICIAL TERCERA SALA TRIBUNAL DE APELACIÓN PENAL

Dr. CRISTÓBAL SÁNCHEZ
Miembro

Dr. JOSE WALDIR SERVÍN
Miembro del Tribunal Apelación Penal, 3ª Sala Capital

Abog. Mercedes Sosa G.
Actuaria Judicial

Departamento Técnico de Contrataciones rmolinas

Escaneado con CamScanner

Escaneado con CamScanner

2021-10-09 12:36:49.769513-03

que las costas procesales deben ser soportadas en el orden causado, lo que significa que cada parte deberá cargar con sus propios gastos causídicos.---

A sus turnos, el **DR. CRISTÓBAL SÁNCHEZ** y el **DR. AGUSTÍN LOVERA CAÑETE** manifiestan adherirse al voto del Miembro Preopinante DR. JOSÉ WALDIR SERVIN BERNAL, por los mismos fundamentos.----------

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando los Excmos. Miembros del Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala, ante mí, que certifico, quedando acordada la Sentencia como inmediatamente sigue:

Ante mí:

Dr. CRISTÓBAL SÁNCHEZ
Miembro

DR. JOSÉ WALDIR SERVÍN
Miembro del Tribunal Apelación
Penal, 3ª Sala. Capital

DR. AGUSTÍN LOVERA CAÑETE
MIEMBRO

Abog Mercedes Sosa G.
Actuaria Judicial

A C U E R D O Y S E N T E N C I A N° 28.....-

Asunción, 16 de julio de 2020.-

VISTO: El mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala;----------

R E S U E L V E:

1) REVOCAR la S.D. n.° 31 de fecha 02 de julio de 2020, dictada por el Juez Penal de Sentencia ABG ELIO RUBÉN OVELAR, y en consecuencia HACER LUGAR a la acción de Amparo Constitucional promovida por la Señora TANIA CHAVES DE MENNA, por derecho propio y bajo patrocinio del ABG. GUILLERMO VELÁZQUEZ contra el Instituto de Previsión Social (IPS), de conformidad y con los alcances de los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.----------

2) IMPONER las costas en esta instancia, en el orden causado.--------

3) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.----------

PODER JUDICIAL
TERCERA SALA
TRIBUNAL DE APELACION PENAL

Ante mí:

Dr. CRISTÓBAL SÁNCHEZ
Miembro

DR. JOSÉ WALDIR SERVÍN
Miembro del Tribunal Apelación
Penal, 3ª Sala. Capital

DR. AGUSTÍN LOVERA CAÑETE
MIEMBRO

Abog. Mercedes Sosa G.
Actuaria Judicial

Departamento Técnico de Contrataciones rmolinas

Escaneado con CamScanner

Escaneado con CamScanner

2021-10-09 12:36:49.769513-03