

Salta, 23 de abril de 2019

Y VISTOS: Estos autos caratulados: "D. N S en representación de su hija menor **R., G. M.** vs. **Instituto Provincial de Salud de Salta - Amparo**", **Expediente N° 664.005/2019 de esta Sala Tercera, trámite a cargo del doctor Marcelo Ramón Domínguez, y**

CONSIDERANDO

D) A fs. 31/32, la señora N S D, en representación de su hija menor G. M. R., promueve una medida cautelar innovativa en contra del Instituto Provincial de Salud de Salta, requiriendo se ordene la cobertura del 100 % del costo de la alimentación especial indicada médicamente para la niña, consistente en leche fórmula especial -Nutrilon Pepti Junior-, como así también que se disponga, cautelarmente, el reintegro de las sumas ya abonadas para la compra de la mencionada fórmula láctea. En sustento de la cautelar, manifiesta que se le ha diagnosticado a la niña, a los pocos meses de vida, alergia a la proteína de la leche de vaca; que a los fines de evitar las consecuencias que ella trae aparejada, se le prescribió la ingesta de la leche referida, conforme historia clínica pediátrica cuya copia acompaña -fs. 17-, suscripta por la médica, especialista en pediatría, doctora Emilce Marioli. Relata que, en razón de la afección que padece la niña, tras la ingesta de lácteos, manifiesta una respuesta anormal, con reacciones adversas, ya sea por contacto cutáneo y, también, respiratorios por inhalación, lo cual, puede llegar a producir anafilaxia, reacción alérgica grave que, en algunos casos, causa la muerte inmediata ya que impide la respiración. Refiere que, desde los primeros meses de vida de la niña, ha afrontado las diferencias que estipula el Instituto, cuya cobertura alcanza sólo al 80 % del costo de la leche indicada, no pudiendo sostener, a la fecha, dichas erogaciones, por resultar muy elevadas. Señala que, en razón de ello, efectuó una presentación, el 4 de abril del corriente año, requiriendo la cobertura total de la leche medicamentosa, sin respuesta a la fecha. Manifiesta que la obra social actúa de manera arbitraria e indebida, negándose a proporcionar una solución, poniendo en riesgo el tratamiento y la vida de la menor, colocando a la familia en una situación económica sumamente desventajosa. Invoca, finalmente, como fundamento de su pretensión cautelar, las disposiciones de la Ley N° 27.305.

Ofrece su caución juratoria personal y la de su letrada patrocinante, como contracautela. Solicita se haga lugar a la medida cautelar peticionada.

A fs. 37, pasan los autos a despacho para resolver la medida requerida.

II) La precautoria solicitada en autos se enmarca en la figura de la cautela innovativa, decisión ésta que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado y se traduce en la injerencia del juez en la esfera de la libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor (Peyrano, Jorge Walter, *La Medida Cautelar Innovativa*, ed. Depalma 1981, pág. 21/22). Al mutar el estado de hecho o de derecho, configurando un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa, su procedencia debe ser examinada con criterio restrictivo desde que se trata de una medida excepcional.

En materia de amparos, en ese marco de excepcionalidad, se ha reconocido la viabilidad de esta medida a fin de evitar que la sentencia definitiva pueda resultar de imposible cumplimiento, tendiendo a asegurar el éxito de la resolución definitiva con que concluirá el juicio y hacer que la sentencia tenga la misma eficacia que si se hubiere dictado al momento de la demanda.

La Corte de Justicia estableció: "... si bien las obligaciones del Estado en materia de salud, hasta la reforma constitucional de 1994, podrían inferirse de la mención del carácter integral de la seguridad social, el otorgamiento de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha modificado sensiblemente el panorama legal en cuestión (artículo 75 inc. 22 CN). En el mencionado pacto, los Estados Partes se han comprometido a propender al derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, adoptando medidas para hacer efectivos tales derechos (CSJN, "Campodónico de Bevicqua, Ana Carina vs. Ministerio de Salud - Acción Social", 24/10/2000, La Ley, 2001-C, pág. 32). Asume así el Estado tales obligaciones con características proyectivas, comprometiendo la aplicación progresiva del máximo de los recursos posibles. Esto significa un esfuerzo constante que asume y que no se agota en un acto concreto, sino que debe ser una política continua y comprometida. Es que el goce de la salud, entendido en el sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquélla, que dimana de preceptos de la más alta jerarquía normativa (cfr. Preámbulo y artículos 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22, CN; 3 y 8 de la Declaración Universal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4 inc. 1, 5, inc. 1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos). ... Que reiteradamente ha señalado este Tribunal que las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud. Dicho

análisis no entraña más que un juzgamiento acerca de la posibilidad de la existencia del derecho debatido, toda vez que su definitivo esclarecimiento constituye materia del pronunciamiento final a dictarse oportunamente (Tomo 70:1025)” (CJS, T.124:165/176).

Si bien la precautoria requerida tiene estrecha relación con la acción de fondo, evaluando la gravedad de la situación denunciada por la accionante y estando en juego el derecho de salud de una persona con diagnóstico, confirmado por estudios bioquímicos, de Alergia a las Proteínas de la Leche de Vaca (APLV), situación expresamente contemplada por la Ley N° 27.305; y teniendo en cuenta que se encuentra en juego el derecho a la vida y a la salud, que es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta garantizado tanto por la Constitución Nacional como por la Constitución de la Provincia y los Tratados Internacionales de rango constitucional, cabe admitir su despacho.

Cabe precisar, igualmente, que, en el *sub lite*, tal como ha dicho el Tribunal Címero Provincial, "El interés del menor, debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Esta norma, expresamente dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (CJSalta, marzo 28-2005, in re "*Bellomo vs. Obra Social del Consejo Profesional de Agrimensores*", Tomo 96:757/768).

A su vez, la Sala que integro sostiene que el interés superior de los niños -que se presenta manifiesto en el caso-, es la pauta principal que debe tener en cuenta un tribunal en la resolución de los asuntos vinculados a menores. Tal principio se encuentra consagrado en el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño que fuera aprobada mediante la sanción de la Ley N° 23.849, cuyo rango constitucional resulta incuestionable a la luz de lo normado por el artículo 75 -inciso 22- de la Constitución de la Nación, en cuanto prescribe que en todas las medidas concernientes a los menores que tomen los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será "el interés superior del niño". Germán Bidart Campos (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, t. III, págs. 619 y ss.), señala que si bien dicha Convención había sido incorporada al derecho interno antes de la Reforma de 1994, a partir de esta última y mediante su inclusión dentro de la lista de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, "se ha elevado al vértice de nuestro ordenamiento en el mismo nivel de la Constitución". Ello no sólo implica el reconocimiento por parte del Estado de los derechos en la misma enumerados, sino que

genera la obligación hacia éste de no dictar normas que la contradigan, de no aplicar disposiciones violatorias de la Convención, ni omitir su cumplimiento, y por último, de adecuar su derecho interno infraconstitucional a sus postulados (CApel. CC. Salta, Sala III, noviembre 15-2005, tomo año 2005, fº 1.264). Y tales pautas vinculadas al superior interés del niño han encontrado eco en la Ley N° 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (CApel. CC. Salta, Sala III, agosto 04-2006, tomo año 2006, fº 731/736; Id., Id., mayo 23-2007, tomo año 2007, fº 574).

Siguiendo ese orden de ideas, como sostuvo Laura N. Lora (*Discurso jurídico sobre El interés superior del niño* en: Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2006, pp. 479-488), “El interés superior del niño es un concepto que, si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto debe abarcar todos los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos. El principio está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en la Constitución Nacional (que los recepciona), además en las legislaciones nacionales”, y también -se agrega-, en la Constitución de la Provincia de Salta y en las demás leyes provinciales.

No se discute entonces, en nuestro derecho positivo, que la pauta del interés superior del niño es de aplicación obligatoria, en todas las medidas en que se hallan involucrados aspectos o cuestiones que atañen a personas menores de dieciocho años de edad. El carácter imperativo de dicha disposición exige, aun ante la falta de petición expresa por parte de los litigantes, que el juez la observe de oficio (CApel. CC. Salta, Sala III, marzo 16-2016, Int. tomo 2016, fº 92/100).

Por lo demás, sin perjuicio de enfatizar que por regla general he denegado la adopción de medidas precautorias en las acciones de amparo (ver “*Toconás vs. I.P.S.S.*”, sentencia del 30 de marzo de 2015, y “*Chacana vs. I.P.S.S.*”, decisión del 18 de febrero de 2015, entre otras), en el presente amerita su concesión por las circunstancias antes apuntadas, dado que está en juego la salud de la niña G. M. R.

Es que la petición cautelar constituye una actividad preventiva que, enmarcada en una objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, anticipa los efectos de la decisión de fondo, ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea

la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento. Las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente vinculadas con el reconocimiento de un derecho ulterior, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente. Dicho de otro modo, nacen al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Sentadas las pautas a las que responden los pedidos precautorios, la interpretación de tales premisas conceptuales no debe desatender, en el caso, la particular actividad que desarrollan las organizadoras del sistema médico, que excede el marco puramente negocial, adquiriendo matices sociales y fuertemente humanitarios que lo impregnan. Obsérvese que se trata de proteger garantías constitucionales prevalecientes, como la salud, vinculada estrecha y directamente con el derecho primordial a la vida, sin el cual todos los demás carecen de virtualidad y eficacia. La Constitución Nacional garantiza el derecho a la protección a la salud y confiere jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales (artículos 42, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación) y, de su lado, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Términos análogos resultan de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en tanto reconocen el derecho a la salud (artículos 25.1 y 11, respectivamente)”.

Es menester destacar en el punto que, en esta materia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho 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 eje y 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 a cual los restantes revisten siempre condición instrumental (doctrina de Fallos 323:329, 325:292, entre otros) y en esta línea, debe buscarse una solución que, fundada en derecho, satisfaga de la mejor manera posible la necesidad de los amparistas de poner en resguardo el derecho a la salud. El derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, toda vez que el individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. El derecho a la salud desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (artículo 75, inc. 22) entre ellos, el artículo 12 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º, artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa

Rica-; como así también el artículo 11 de la Declaración de Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

Confluyen en el *sub examine*, además, las claras disposiciones de la Ley N° 27.305, la cual, en su artículo 1°, establece que "aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral de leche medicamentosa para consumo de quienes padecen alergia a la proteína de la leche vacuna (APLV), así como también de aquellos que padecen desórdenes, enfermedades o trastornos gastrointestinales y enfermedades metabólicas, las que quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO)".

Pues bien, de las constancias de autos, sin hesitación, se desprende que la niña G. M. R. padece una patología que pone en evidencia su precario estado de salud, el que se vería agravado de negársele u obstaculizársele -en razón del costo- el acceso a la leche medicamentosa que le ha sido indicada en razón de la alergia que padece, pudiendo inferir las consecuencias lógicas que se derivarían de la falta del tratamiento prescripto por los profesionales que la atienden, dentro del estrecho marco cautelar en el cual al Proveyente le cabe expedirse, con la premura del caso y sin perjuicio de lo que eventualmente se decida en la acción de fondo.

Es que el incumplimiento de las prestaciones requeridas, colocarían en riesgo la salud y la propia vida, máxime cuando la niña padece una patología que impone un tratamiento regular y sin dilaciones. Ello importa proceder del modo adelantado, para evitar consecuencias irreparables. Corresponderá, entonces, hacer lugar a la medida cautelar peticionada, disponiendo la cobertura requerida por un plazo de 90 días corridos, computados a partir del siguiente al de la notificación del presente, por entender resulta un lapso de tiempo razonable para el dictado de la sentencia de mérito.

Asimismo, cabe diferir para el momento de la decisión de fondo el tratamiento de la pretensión, también requerida cautelarmente, de reintegro de las sumas que se dicen ya abonadas en concepto de diferencias o coseguro, del costo de la leche medicamentosa requerida por la niña G. M. R., por no ser tal cuestión materia cautelar, en tanto se trata de sumas ya erogadas.

Finalmente, como contracautela, corresponde aceptar la caución personal ofrecida por la letrada patrocinante a fs. 32, en los términos y a los fines del artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial.

Por ello,

RESUELVO

I) **HACER LUGAR** a la medida cautelar innovativa solicitada por la señora Natalia Soledad Durán, en representación de su hija menor G. M. R., y, en consecuencia, **ORDENAR** que el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S) provea, por el plazo de 90 días corridos, la cobertura, al 100% de su costo, de la leche medicamentosa "Nutrilon Pepti Junior", con la continuidad dispuesta por los médicos tratantes y hasta tanto se dicte sentencia en la presente acción de amparo.

II) **TENER** por aceptada la caución personal ofrecida a fs. 32 in fine por la letrada patrocinante de la actora doctora Mónica Meregaglia Navarro, en los términos del artículo 199 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia.

III) **MANDAR** se copie, registre y notifique por oficio al señor Presidente del Instituto Provincial de Salud de Salta, con copia de la presente sentencia y bajo legal apercibimiento.