

Título: Amparo de salud. Reemplazo de leche para evitar retraso y desnutrición. Interés superior del menor

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LLGran Cuyo2011 (julio), 561

Cita: TR LALEY AR/DOC/2060/2011

Sumario: 1. Los hechos. — 2. La sentencia de primera instancia. — 3. La sentencia de segunda instancia. — 4. La urgencia y gravedad. — 5. El derecho a la salud y su necesaria interrelación con los derechos humanos desde la óptica del Corpus Iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. — 6. El PMO. — 7. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de prestaciones de Salud con respecto a la Niñez. — 8. El razonamiento económico y el aludido desequilibrio para la Obra Social. — 9. La circunstancia que el padre del niño enfermo no sea menesteroso. — 10. Conclusión

#### 1. Los hechos

Juan José María es un bebe con graves problemas de salud. Desde los 2 meses presentó sangre oculta en materia fecal con deposiciones con moco espumoso con importante anitís y fisura anal, además de vómitos.

Los médicos tratantes le diagnosticaron alergia a las proteínas de la leche de vaca (gastritis grado 3), por lo que su vida dependía de reemplazar su alimento por hidrolizados proteicos hasta los 24 meses de edad.

La falta del sustituto de la leche podía producir en el infante cuadros de diarrea que lo llevarían indefectiblemente a su desnutrición, con un eventual retraso madurativo irreversible, afectando grave y seriamente su salud.

El alimento que necesita el niño en lugar de la leche de vaca se llama NUTRILOM PEPTI JUNIOR HE, de laboratorios NUTRICIA-BAGO.

La Obra social de la Provincia de San Juan se negó a pagar el alimento necesario para la vida del niño y ofreció una leche diferente al alimento que la criatura requería denominada KAS 1000 y sólo a una cobertura del 40%.

La leche -KAS1000- que ofreció la obra Social contiene en su composición "caseinato de sodio hidrolizados", y la caseína es una proteína que se encuentra en la leche de vaca.

Al serle suministrada la KAS 1000, al pequeño; los resultados fueron negativos y le provocaron diarreas, irritaciones y fisuras anales, irritación generalizada y falta de apetito.

Ante la negativa de la prestadora de salud de cubrir el costo del suministro del suplemento nutricional con hidrolizados proteicos recetado por prescripción médica, indispensable para vida del niño, y el ofrecimiento de la cobertura parcial de una leche diferente a la que el infante requería y que tenía componentes que le hacían mal a su salud el padre de Juan José María en representación de su hijo, inicio amparo contra la Obra Social de la Provincia de San Juan y contra la Provincia a fin de que se cubriera el precio total del suplemento nutricional con hidrolizados proteicos recetado por prescripción médica que el niño tolera que es la NUTRILOM PEPTI JUNIOR HE.

#### 2. La sentencia de primera instancia

El juez de primera instancia, en una excelente sentencia, hizo lugar a la pretensión del accionante y puso de relieve entre otras cuestiones que "No es fácil comprender que el médico funcionario de una Obra Social diga que se actúa dentro de la legalidad cuando se le ofrece a un niño una leche o suplemento alimentario en razón de la patología que padece, que le es contrariamente adverso a su salud" y que "Si bien se ha normatizado la lactancia materna hasta el año de edad, la misma Organización Mundial de la Salud considera lactante al niño de dos años y más de esa edad, por lo que debe contemplarse estos otros casos especiales de niños con más de un año que requieren para su salud y desarrollo una lactancia específica".

Esta resolución fue apelada por la Obra Social de la Provincia de San Juan y por el gobierno de la Provincia de San Juan.

#### 3. La sentencia de segunda instancia

Los integrantes de la Cámara Segunda de Apelaciones de la Ciudad de San Juan modificaron la resolución apelada condenando a la Obra Social de la Provincia a pagar el 40% del suministro del alimento recetado con argumentos difícilmente entendibles e indiscutiblemente insuficientes para justificar el rechazo impetrado.

Los magistrados firmantes señalaron que:

\* Que el PMI cubre la asistencia del menor al 100% hasta el año y que el niño tenía más de un año

\* Que el PMO no contempla la provisión del suplemento nutricional con hidrolizados proteicos recetado por

prescripción médica

\* Que la Obra social estaba basada sobre principios de solidaridad que se podían ver afectados si se hacía lugar a lo requerido por el menor por intermedio de su representante.

\* Que no existía urgencia y gravedad que obligara a la Obra Social adoptar las medidas que permitiera al menor contar con el suplemento nutricional con hidrolizados proteicos recetado

\* Que el padre no era menesteroso.

Para analizar la sentencia en cuestión creemos necesario partir de determinar la urgencia y la gravedad de la cuestión planteada.

Luego de aclarar el grado de importancia y de necesidad de la enfermedad del niño nos detendremos en la determinación de que se entiende por Derecho a la Salud y cuales son los tratados que la contemplan y como ha sido interpretado este derecho por el Comité de Derechos Humanos y culturales.

Para luego, aclarar cual es la Interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado tanto al PMO como al derecho de los niños con relación a las prestaciones de Salud.

#### 4. La urgencia y gravedad

El tribunal rechaza la petición de un niño que se le cubra el total del alimento que le es necesario para vivir señalando que no hay ni urgencia, ni gravedad en la pretensión.

No advertimos como puede considerarse que no es urgente alimentar a un infante que no puede tomar leche normal, para evitar que caiga en la desnutrición, y en un eventual retraso madurativo irreversible, afectando grave y seriamente su salud. Resulta claro que la situación no sólo es urgente, es perentoria, apremiante, inaplazable e imperiosa.

Coincidimos con los magistrados en que la cuestión no es grave; pero a diferencia de ellos, que la subestiman, estimamos que la situación es gravísima, ya que no puede ser calificada de otro modo la posición en que se encuentra un niño que desde los 2 meses presentó sangre oculta en materia fecal con deposiciones con moco espumoso con importante anitís y fisura anal, además de vómitos y que no resiste otro alimento que aquel cuya cobertura se solicita.

Es terrible la posición de la Obra Social de San Juan que ante el pedido de un niño de un año que se le suministre del suplemento nutricional con hidrolizados proteicos recetado por su médico le ofrece entregar una leche materna que contienen en su composición "caseinato de sodio hidrolizados", y la caseína es una proteína que se encuentra en la leche de vaca, que le hace mal al niño y le provoca diarreas, irritaciones y fisuras anales, irritación generalizada y falta de apetito.

En tal sentido creemos que la obra social debe proveer al menor el alimento necesario para sobrevivir, porque en este caso no se trata de una leche suplantable por otra leche sino de un medicamento que hace a la vida, que es el bien más esencial del ser humano.

Al ingresar al examen del fondo del asunto, corresponde recordar que la CSJN tiene dicho que el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves como la del menor Juan José María, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental [\(1\)](#).

Para llegar a tal conclusión vamos a analizar que se entiende por derecho a la salud y porque la resolución comentada lo limita.

#### 5. El derecho a la salud y su necesaria interrelación con los derechos humanos desde la óptica del Corpus Iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Del preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud se desprende que el derecho a la salud no sólo consta de un "estado de completo bienestar físico, mental y social" sino que también comprende "la ausencia de afecciones o enfermedades". Y que "El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos. La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común. El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo. La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos

médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud. Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo. Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas".

En consonancia con lo expresado, la Opinión General n° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [\(2\)](#) al analizar el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enseña que "la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente".

Y a renglón seguido expresa que "Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas "medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho". Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud.

Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales".

"El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación.... Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud"[\(3\)](#).

Tras describir en líneas generales el Derecho a la Salud, vamos a analizar el PMO que es la forma como el Estado Nacional garantiza en líneas generales la cobertura de tal derecho

## 6. El PMO

El programa Médico Obligatorio, fue aprobado por una resolución del Ministerio de Salud y Acción Social nro. 247/96, el cual es definido por la misma norma en su primer párrafo como "el régimen de Asistencia Obligatoria, para todas las obras sociales del sistema de las leyes 23.660 y 23.661". Habiéndose impuesto su cumplimiento con posterioridad a las Empresas de Medicina Prepaga mediante la sanción de la Ley 24.754 (Adla, LVII-A, 8).

La citada Resolución ministerial ha sido ampliada con posterioridad mediante diversas resoluciones, como por ejemplo la 312/97, 154/97, 625/97, 742/2009, y modificada por la resolución nro. 201/2002 que aprobó el Programa Médico Obligatorio de Emergencia —que es el que se encuentra vigente en la actualidad—.

Ahora bien, el hecho que alguna prestación no se encuentra incluida en el PMO no puede ser óbice para su otorgamiento si se encuentra afectado gravemente el derecho a la salud. Ello así porque, el PMO es una serie de coberturas mínimas que puede extenderse para hacer efectiva la protección constitucional del derecho.

Por otra parte la ley 23.661 (Adla, XLIX-A, 57) impone la actualización periódica del mentado programa, basándose en que la Ciencia médica en todas sus ramas, afortunadamente no es estática, sino dinámica, avanza día a día no sólo descubriendo patologías sino también la forma de tratarlas, curarlas, o atenuarlas. Las modificaciones que ha tenido en los últimos años la canasta básica de prestaciones que impone el PMO, resultan insuficientes para la realidad actual, teniendo en cuenta que existen innumerables cantidad de patologías y tratamientos que no se han incluido, como el que requiere el pequeño actor.

Partiendo de esta premisa, cabe señalar que, las disposiciones de la Obra Social demandada siguiendo al PMO establecen la cobertura de sólo el 40% de una leche diferente al único alimento exigido para la vida del menor. -KAS1000- que además contienen en su composición "caseinato de sodio hidrolizados", y la caseína es

una proteína que afecta al niño.

La especificación que otorga coberturas de leches maternizadas, según un vademécum de la propia Obra Social resulta complementaria y subsidiarias y del PMO y por lo tanto, debe interpretarse en razonable armonía con el principio general de la Resolución 201/2002 que aprueba el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 23.660 y que aún en el caso de emergencia sanitaria garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

Que a esos fines se consideran prestaciones básicas esenciales las necesarias e imprescindibles para la preservación de la vida y la atención de las enfermedades

El Programa Médico Obligatorio establece un piso mínimo de prestaciones que las Obras Sociales deben garantizar, lo cual no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir.

Por otra parte el PMO debía ser actualizado periódicamente y hace años que no se lo actualiza con lo cual no constituye una limitación para denegar una prestación cuando esta en juego la vida y la salud de un menor.

En definitiva la a que la prestación no está comprendida en el PMO no justifica la exclusión de la cobertura cuando está gravemente comprometida la vida y la salud de un niño, ya que el PMO constituye la base mínima de prestación que deben cumplir las Obras Sociales, interpretando sus obligaciones de conformidad con las reglas generales que es la de garantizar al usuario el servicio básico para la conservación de la salud.

La limitación de la cobertura al 40% basado en que otras leches, que no son las que el niño requiere el porcentaje con que se cubre el costo es del 40%, resulta completamente arbitraria, ya que en este caso en particular el alimento solicitado funciona como una medicación para una grave enfermedad.

La situación planteada es la misma que para los celíacos, donde la alimentación es considerada un medicamento y su cobertura es al 100 % <sup>(4)</sup>.

7. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de prestaciones de Salud con respecto a la Niñez

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que " La protección y la asistencia universal de la infancia constituye una política pública, en tanto consagra ese mejor interés, cuya tutela encarece -elevándolo al rango de principio- la Convención sobre los Derechos del Niño —arts. 3°, 24 y 24 de dicho pacto y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional—, siendo esta doctrina esclarecedora en cuanto a que la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, con lo cual, la consideración primordial de aquel interés orienta y condiciona la decisión jurisdiccional, con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, debiendo ser custodiado con acciones positivas por todos los departamentos gubernamentales" <sup>(5)</sup>.

El Tribunal Sanjuanino al no advertir la gravedad de la enfermedad del menor descuido la debida atención que el poder judicial debe poner en las respuestas a dar a los requerimientos de los menores con impedimentos físicos, alejándose injustificadamente de la posición marcada por el mas alto Tribunal de la Nación.

8. El razonamiento económico y el aludido desequilibrio para la Obra Social

La obra social condenada en primera instancia a otorgar el elemento necesario para el correcto crecimiento del bebe de apenas un año, al apelar el pronunciamiento sostuvo que proveer seis latas mensuales de 400 gms., del suplemento nutricional con hidrolizados proteicos desnaturalizaría la prestación de su servicio con respecto a los demás afiliados.

Este argumento es receptado por el Tribunal quien rechaza la cobertura integral de 6 latas mensuales de suplemento nutricional proteico poniendo de relieve que la solidaridad social sobre la que funciona la obra social se vería afectada si se la condenara de la manera en que lo estableció la sentencia de primera instancia.

Este razonamiento se aleja de la doctrina sostenida desde hace largo tiempo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien ha dicho en diversos precedentes que son las entidades de salud las que tienen que probar que la prestación al enfermo produce un desequilibrio que altera significativamente las bases del sistema, siempre teniendo en cuenta que la actividad que asumen las obras sociales tienen como objeto de la prestación, actividades y servicios tendientes a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas.

En tal sentido es impropio el planteo de la Obra Social Sanjuanina fundado en que el otorgamiento de 6 latas de suplemento dietario para un niño de un año de vida lesiona el equilibrio del sistema al irrogarle un costo económico que afecta la prestación del servicio a otros usuarios cuando no ha se demostrado un

incremento en la onerosidad de las prestaciones médicas que le provoque un perjuicio concreto en el sistema de salud ni que afecte a los demás usuarios.

Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado de arbitrarias por contener fundamentos sólo aparentes a las sentencias que, sostengan en abstracto argumentaciones en torno, a la afectación del contenido estructural de contratos de cobertura médica y al "exorbitante costo económico", sin ponderar en el caso concreto el perjuicio que le ocasionaba la sentencia impugnada (6).

#### 9. La circunstancia que el padre del niño enfermo no sea menesteroso

También resulta arbitrario el razonamiento realizado por el Sr. Juez Octavio Augusto Sánchez quien para no hacer lugar a la pretensión alega que el progenitor del menor, no es una persona absolutamente indigente y que no ha demostrado la imposibilidad absoluta de aportar algo para alimentar adecuadamente a su hijo.

Quien razona de esta forma olvida que las obras sociales no funcionan para los menesterosos, ni para las personas pobres de solemnidad, sino para quienes se afilian a ellas y que se sostienen con los aportes realizados por empleados públicos o por funcionarios administrativos o jueces quien con los descuentos mensuales de un porcentaje de sus haberes sostienen el sistema.

Ello así el afiliado a la obra social no debe demostrar ser indigente para solicitar a su prestadora de salud que cumpla con las obligaciones a su cargo y suministre lo básico al niño de un año de vida, sino que debe demostrar que es afiliado a la entidad.

Por otra parte es de hacer notar que no se puede descalificar al progenitor que viene a la justicia a buscar una solución a un grave problema de salud señalándole que "debe aportar algo para alimentar a su hijo", primero porque la buena fe se presume, segundo porque no hay pruebas de que no aporte "algo" para alimentar a su hijo, tercero porque el menor está gravemente enfermo y requiere de una prestación asistencial que supera lo meramente alimentario o la alimentación normal, cuarto porque el costo del elemento requerido, que no es lo único que requiere el niño para alimentarse, consume mas del 10% del salario del progenitor o lo que es lo mismo un sueldo cada 10 meses, debe ser destinado a la compra de un elemento que por su esencialidad para la salud gravemente deteriorada del pequeño, le debe ser provisto por la Obra Social

#### 10. Conclusión

El fallo de la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan se aparte de la Doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de prestaciones de Salud con respecto a la Niñez y olvida la necesaria protección que los jueces deben brindar a los niños con impedimentos físicos.

(1) v. doctrina de Fallos: 323:3229, 324:3569, entre otros.

(2) Organismo encargado de la supervisión de la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(3) Punto 3º de las consideraciones iniciales de la OG 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(4) STJ de la Provincia de Entre Ríos, causa "Marrama de Gamberini, Paola Leonor y otro c/Osde s/acción de amparo", sentencia del 19 de abril de 2010.

(5) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 09/06/2009, Rivero, Gladys Elizabeth, DJ, 19/08/2009, 2296 conf. esp. desarrollo efectuado por esta Procuración en el dictamen emitido con fecha 14/2/2006, in re "Arvilly, Giselle Marina c/Swiss Medical S.A." -S.C. Nº 804, L. XLI-, y doctrina de Fallos: 327:2413, con remisión a la opinión de este Ministerio; y criterios vertidos en torno al tema en Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, 3569; 326:4931; 327:2127, 2413; 328:1708; 329:2552 y "Cambiaso Péres de Nealón

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/03/2001 Hospital Británico de Buenos Aires c. M.S. y A.S Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil- Parte General - Carlos A. Ghersi, 170 - LA LEY 2001-C, 385 - LA LEY 2001-D, 363 - RCyS, 2001-736 - DJ, 2001-3, 87 - LA LEY, 2001-F, 909 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César Rivera - Editorial LA LEY, 2003 , 209, con nota de Gabriela Gutierrez Cabello; Cita Fallos Corte: 324:754 Cita Online: AR/JUR/2936/2001.