Y RESULTANDO: El Dr. Claudio José Ana dijo:

Que a fs.13/26 vta., comparecieron los Sres. +++, y +++, deduciendo acción de amparo y medida cautelar en contra de la Administración Provincial de Obra Social (A.P.O.S.), solicitando la cobertura por parte de la misma, del ciento por ciento (100%), de la fórmula medicamentosa de aminoácidos hipoalergénicos “NEOCATE JUNIOR, SABOR VAINILLA”, en favor de su hijo menor de un año y seis meses de edad, +++, D.N.I.: +++; ya que el mismo presenta diagnóstico de alergia a la proteína de la leche de vaca (APLV), realizado por la Dra. Fernanda Romano Casco, especialista en inmunología y gastroenterología pediátrica del Hospital de la Madre y el Niño de la Provincia de La Rioja.-

Declarada la procedencia formal de la acción de amparo articulada, de acuerdo a resolución de éste Cuerpo de fecha 4-05-2.017; y evacuado el informe por parte de la Fiscalía de Estado de la Provincia; se encuentran los autos en estado de resolución, fs. 76, firme y consentida.-

Y CONSIDERANDO:

I) De acuerdo al art.385 del C.P.C., corresponde en ésta etapa procesal determinar si el A.P.O.S. lesionó, restringió, alteró o amenazó con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados, las leyes de la nación, la Ley Fundamental de la Provincia, o leyes provincia-les; artículo 43 de la C.N. y 28 de la C. Pcial.-

II) El menor de edad, +++, ha ejercido sus derechos, a través de sus representantes legales – progenitores- art.25 y 26 C.C.C.N., conforme surge del acta de nacimiento de fs.8; habiéndose acreditado la actuación complementaria del Ministerio Público, Asesor Oficial de Menores e Incapaces, exigida en el art.103 del mismo cuerpo legal, artículo 22 Ley 5.825. (L.O.M.P.).-

Que de acuerdo a la documental que obra a fs.7, y el informe de fs.42/70, se acredita el carácter de afiliado al A.P.O.S., del menor +++, D.N.I.: +++, AF. Nro +++. -

Que a fs.4/5 vta.y a fs.53/54, obra documental e informativa, de la cual surge diagnóstico e indicación médica, ya referenciada, producida por la Dra.Fernanda Romano Casco, en la que expresamente consignó: “...+++ , A.P.O.S. +++, niño de 1 a 4 años en seguimiento de diagnóstico de alergia a la proteína de leche de vaca por lo que debe cumplir fórmula de aminoácidos hipoalergénico en forma permanente e ininterrumpida para evitar recaídas y proporcionar buen soporte nutricional. Debe recibir 1.000 ml de formula reconstituida por día de Neocate Junior sabor Vainilla, lo que corresponde a 8 latas x 400 gr; que dicho diagnóstico fue actualizado, conforme documental que obra a fs.74/74 vta.la cual indicó leche Neocate Junior sabor a Vainilla por 6 latas y 6 latas restantes sin sabor ...” .-

Que del informe de la Fiscalía de Estado de la Provincia, conforme actuaciones E3 Nro 6362/2.016, caratulado:“+++ (0000012108888700) s/co-bertura de leche; el Dr.Juan Daniel Karam, responsable de planes especiales de la A.P.O.S.; dio cuenta de la cobertura del 75% para la compra en farmacia privada de los ocho (8) envases de 400 gs. requeridos por la profesional que atiende al menor,

desconociendo los motivos por los cuales el afiliado, no procedió a la autorización de los 8 envases cuya cobertura fue otorgada oportunamente.-

III) La alergia a la leche de vaca (APLV) es la alteración alimentaria más común en lactantes y niños pequeños. Se trata de una reacción exagerada del sistema inmunitario ante una o más proteínas que contiene la leche de vaca. Ministerio de Salud de la Nación.

(<http://www.msal.gov.ar/index.php/contacto/523-alergia-a-la-protei-na-de-leche-aplv>).

IV) El derecho a la salud, 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; así se ha expedido éste Cuerpo, abordando la temática expuesta en autos Expte N°2.206–Letra “D”–Año 2014, Caratulado: “Delgado Julián-Amparo” y Expte. N°2548-L.”C”-A°2016-Cara-tulados: “Carletti Julieta. Amparo”, La Rioja, uno de julio de dos mil dieciséis, entre otros.

V) Que los artículos 28 (los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio), y 33 (las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerado; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno), de la Constitución Nacional; y los arts. I (todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona), IX (toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad), de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art.3 (todo individuo tiene derecho a la vida), art.25.1 (toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...); art. 25.2 (la maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social), de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 (los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia), art.12–1. (los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental),art.12-2. (entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la morti-natalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art.4 (toda persona tiene derecho a que se respete su vida...), art.5 (toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral), art.19 (todo niño, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); art.6.1 (los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho

intrínseco a la vida), art.6.2 (los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño), art.24.1 (los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios), art. 24.2 (los Estados partes, asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a)reducir la mortalidad infantil y en la niñez, b)asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud, c)combatir la enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud, mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados...), de la Convención sobre los derechos del niño; con jerarquía superior a las leyes, art.75, inc.22 de la C.N.; constituyen lo que podemos llamar núcleo o bloque de constitucionalidad en materia de salud, debiéndola asegurar el Estado como derecho fundamental de la persona humana, artículo 59 de la Ley Fundamental de la Provincia; el cual se integra con las siguientes normas nacionales; Ley ASA-0979 (Antes Ley 20.445), Sanción: 22-05-1.973 Promulgación: 22-05-1973, Publicación: B.O. 11-06-1.973, Actualización: 31-03-2.013, Rama: Administrativo–Salud (Asistencia alimentaria destinada a prevenir y tratar la desnutrición infantil y materna con la entrega de leche en polvo al setenta por ciento (70%) de los menores de cinco (5) años de los grupos más expuestos); Ley ASA-2.493 (Antes Ley 25459); Sanción: 15/08/2001; Promulgación: 10-09-2.001; Publicación: B.O. 12-09-2.001; Actualización: 31-03-2.013; Rama: Administrativo–Salud; características de la leche en polvo incorporada a programas alimentarios; Texto Definitivo; Ley ASA-2.678, (Antes Ley 25.724); Sanción: 27- 12 -2002; Promulgación: 16/01/2003; Publicación: B.O. 17/01/2003; Actualización: 31–03–2013; Rama: Administrativo–Salud.- Programa de Nutrición y Alimentación Nacional; LEY Y-1603 (Antes Leyes 23.660, 23.890, 26.417 y 26.425); Sanción: 29/12/1.988; Promulgación: 05/01/1989; Publicación: B.O. 20/01/1989; Actualización: 31/03/2013.- Obras Sociales; LEY Y-1604 (Antes Ley 23.661); Sanción: 29/12/1988, Promulgación: 05/01/1989, Publicación: B.O. 20/01/1989, Actualización: 31/03/2013, Rama: Seguridad Social; Sistema Nacional de Seguro de Salud; Ley 27.054, Pacto Federal Legislativo de Salud. Aprobación. Sanción: 03/12/2014; Promulgada de Hecho: 23/12/2014; Boletín Oficial 12/01/2014, principalmente con la ley 26.061. De Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, B. O. 26-10-2.005, (art.1–Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte; art.14: “...Derecho a la salud. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud), y con la Ley 27.305. Leche medicamentosa. Obligatoriedad.-

VI) La Organización Mundial de la Salud, ha expresado que un sistema de salud, engloba todas las organizaciones, instituciones y recursos cuyo principal objetivo, es llevar a cabo actividades encaminadas a mejorar la salud. La mayoría de los sistemas de salud nacionales comprenden el sector público, privado, tradicional e informal. Las cuatro funciones principales de un sistema de salud, se han definido como: la provisión de servicios, la generación de recursos, la financiación y la gestión.-http://www.who.int/topics/health_systems/es/.-

Este Cuerpo, se ha expedido en este sentido, abordando la temática expuesta en autos Expte Nro 2206–Letra “D”–Año 2014, caratulado:“Delgado Julián- Amparo” por lo que considera y reafirma el derecho a la salud como la esencia de la persona humana. Expte Nro.2548-L.”C”-Aº2016- caratulados:“Carletti Julieta. Amparo, La Rioja, uno de julio de dos mil dieciséis.-

VII) Que de acuerdo al informe elevado por la Fiscalía de Estado, el Estado Provincial, cuenta con un plan especial, a través de la Resolución Nro 09/1.994, estableciendo la cobertura de leches en sus distintos tipos: enteras, maternizadas y especiales; contemplando que para la franja etaria en la que se encuentra el hijo de la afiliada ocurrente (1 año 6 meses), y la leche especial requerida, contaba con una cobertura de cuatro (4) envases, con un coseguro a cargo del afiliado del 60%; brindando A.P.O.S., una cobertura mayor, el 75%, colocándola en una situación ventajosa con respecto al resto de los afiliados, dado que sólo tiene que pagar el 25% del coseguro.-

Que luego puso de manifiesto, que el sistema normativo de las leyes 27.305, 23.660 y 23.661, no alcanza al A.P.O.S., en atención a las facultades legislativas reservadas por la Provincia, y no delegadas a la Nación; por lo que es necesario contar con una ley que adhiera a ésa legislación, para que sea el mismo obligatorio en la Provincia; no contando al afiliado con certificado de discapacidad que amerite la cobertura del 100%, por lo que considera que ha cumplido con lo ordenado por éste Tribunal.

VIII) Que la ley 7.212, sancionada en fecha 06-12-2.001, promulgada el 12-12-2.001 (vetada parcialmente por dec.859/2.001); Boletín Oficial 4-01-2.002; estableció las normas regulatorias de la Administración Provincial de Obra Social; la que en su artículo 3, determinó que A.P.O.S., otorgará a sus afiliados atención médica integral en todos sus niveles, comprendiendo la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud.-

IX) Que el Estado Federal, con el objeto de armonizar la legislación en materia sanitaria, se encuentra habilitado para dictar leyes, las que establecerán un piso normativo mínimo, a partir del cual las Provincias pueden sancionar normas con contenidos tuitivos más amplios, art.75, inc.18, 19, art.125, Preámbulo de la C.N.), pero en caso de conflictos entre normas sanitarias (una federal y otra local); sobre la base del principio de raigambre constitucional pro-homine, deberá regir la solución más favorable a la persona humana, a sus derechos, y al sistema de derechos en sentido institucional, art.75, inc.22.- Garay, Oscar Ernesto. Revista La Ley, 2.008-A, pág. 941.-

X) Que de acuerdo a lo expuesto, considero que el núcleo normativo de referencia, se torna en el caso plenamente operativo; pues en los términos de la del Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) -leyes, 23.660, 23.661, Decreto 492/95, y normas complementarias-, del que surgió el dictado de

la Ley 27.305 –Leche medicamentosa-; sancionada el 19 de octubre de 2.016; promulgada de hecho el día 4 de noviembre de 2.016; todos aquellos agentes que brinden servicios médicos– 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).

Que por las conclusiones expuestas, propicio hacer lugar sustancialmente a la acción de amparo incoada por los Sres.+++ y +++, en contra de la Administración Provincial de Obra Social, A.P.O.S.; disponiendo que la misma, proceda a la cobertura del cien por ciento (100%) de la fórmula medicamentosa de aminoácidos hipoalergénicos: “Neocate Junior (12 latas mensuales), sabor vainilla x 6 latas, sin sabor x 6 latas (conforme indicación de la profesional médica mencionada, de fecha 16-5-2.017, fs.74); en favor del menor +++, D.N.I: +++, Nro de Afiliación A.P.O.S. +++, transformándose en definitiva la medida cautelar ordenada en fecha 4-05-2.017, de acuerdo a la actualización precisada; concediendo un plazo de cinco (5) días para que la compareciente presente ante la obra social, actualización de estudios y gastos médicos y quirúrgicos.-

Que por razones de equidad, y atento a la naturaleza de los derechos en juego; en consonancia con los principios generales que se encuentran establecidos en los arts.705 a 710 del C.C.C.N. (que recogen las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad), y en atención a la actitud de las partes en el proceso; se eximen de costas a las mismas.-

X) Conclusión: Por las consideraciones desarrolladas, propongo: 1) Hacer lugar sustancialmente a la acción de amparo incoada por los Sres.+++ y +++, en contra de la Administración Provincial de Obra Social, A.P.O.S.; art.43 C.N., 28 C.Pcial, art.385 del C.P.C.; disponiendo que la misma, proceda a la cobertura del cien por ciento (100%) de la fórmula medicamentosa de aminoácidos hipoalergénicos: “Neocate Junior (12 latas mensuales), sabor vainilla x 6 latas, sin sabor x 6 latas; en favor del menor +++, D.N.I: +++, Nro de Afiliación A.P.O.S. +++, transformándose en definitiva la medida cautelar ordenada en fecha 4-05-2.017, conforme indicación médica de fs. 74; concediendo un plazo de cinco (5) días para que la compareciente presente ante la obra social, actualización de estudios y gastos médicos y quirúrgicos. 2) Eximir en costas. Es mi voto.-

El Dr.Mario Emilio Pagotto dijo: Que adhiero a la solución propuesta por el Dr. Claudio J.Ana.-

El Dr.Luis Alberto Nicolás Brizuela dijo: Que comparto la solución propiciada por los magistrados preopinantes.-

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

l) Hacer lugar sustancialmente a la acción de amparo incoada por los Sres.+++ + y +++, en contra de la Administración Provincial de Obra Social, A.P.O.S.; art.43 C.N., 28 C.Pcial, art.385 del C.P.C.;

disponiendo que la misma, proceda a la cobertura del cien por ciento (100%) de la fórmula medicamentosa de aminoácidos hipoalergénicos: "Neocate Junior (12 latas mensuales), sabor vainilla x 6 latas, sin sabor x 6 latas; en favor del menor +++, D.N.I: +++, Nro de Afiliación A.P.O.S. +++, transformándose en definitiva la medida cautelar ordenada en fecha 4-05-2.017, conforme indicación médica de fs.74; concediendo un plazo de cinco (5) días para que la compareciente presente ante la obra social, actualización de estudios y gastos médicos y quirúrgicos, conforme los fundamentos expuestos en los Considerandos, sin costas.-

II) Protocolícese, dése copia y notifíquese.-