

Derecho A La Salud Del Nino

JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud del niño

Se revoca la resolución apelada y

se hace lugar a la acción de amparo entablada disponiéndose que la obra social demandada preste a la amparista cobertura al 100% de asistencia médica y quirúrgica con su médico tratante. Paraná, 25 de abril de 2019. Y VISTOS: Estos autos caratulados: ?HEFFEL, ANGÉLICA GEORGINA - EN REPR. DE SU HIJA- CONTRA OSECAC SOBRE AMPARO LEY 16.986?, Expte. N° FPA 168/2019/CA1 proveniente del Juzgado Federal N°2 de Paraná, y; CONSIDERANDO: I- Que, vienen las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 43/44 vta. por la parte actora, contra la resolución de fs. 37/42 vta. que rechaza la acción de amparo interpuesta en autos, impone las costas a la actora, regula honorarios y tiene presente la reserva del caso federal. El recurso se concede a fs. 49, se contestan agravios a fs. 47/48 vta., y quedan los autos en estado de resolver a fs. 51 vta. II- a) Que, la apelante se agravia porque el a quo no consideró la necesidad y urgencia de llevar a cabo la cirugía lo antes posible frente al diagnóstico de la menor. Asimismo, se agravia del rechazo de la acción de amparo, ya que al dictar sentencia no se tuvo en cuenta que el médico que la asistió y asiste a la menor, el Dr. Simón, es de la cartilla de prestadores de la obra social OSECAC. Considera que la obra social adopta una postura caprichosa al designar otros médicos y otra institución de la cual la amparista y la paciente, no tienen conocimientos. Alega, además, que es en otra provincia, y que el profesional de Santa Fe, no conoce la historia clínica de la menor. Se agravia de que el a quo entienda que no hubo arbitrariedad por parte de la demandada, cuando a simple vista se observa el perjuicio económico que le provocaría a su hija ser operada con un profesional que no la conoce y en una provincia que no es la suya. Por último se agravia de la imposición de costas y en caso de no hacerse lugar al amparo, solicita se modifique el monto de los honorarios determinado en el fallo, estableciéndose estrictamente el mínimo de 20 UMA. b) Que, la demandada sostiene que de su parte no hubo arbitrariedad al autorizar las prestaciones solicitadas en la ciudad de Santa Fe. Destaca que el Dr. Simón, con quien se atiende la menor, efectivamente es prestador de la Obra Social, pero que dichas prácticas de mayor complejidad, se han contratado en la ciudad de Santa Fe. Solicita la confirmación del fallo apelado, con costas. III- a) Que, previo al tratamiento de la cuestión traída a juzgamiento, resulta dable recordar que se encuentra en juego el derecho a la salud de una menor, titular de derechos específicos indispensables para su formación y que está protegida por la Convención sobre los Derechos del Niño, de raigambre constitucional. b) Que, la amparista, en representación de su hija menor, ocurre a la jurisdicción y promueve acción de amparo dirigida contra la Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles -OSECAC-, a fin de que se le otorgue la asistencia médica y quirúrgica que necesita su hija en la localidad de Crespo, con el profesional Dr. Simón, donde ella es atendida y no en otra localidad, de manera urgente en función de la gravedad de la situación. Que, el Sr. Juez de Primera Instancia no hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y ello conforma el presente recurso. IV- Que, planteadas las cuestiones en el sub judice, corresponde a este Tribunal expedirse en virtud de la apelación deducida por la amparista, y analizar si se han dado en autos los presupuestos sustanciales del amparo, tales como si ha existido un acto u omisión manifiestamente ilegítimo o arbitrario por parte de la demandada que implique en forma, actual o inminente, la conculcación del derecho a la salud de la hija de la accionante. Que, resulta pertinente recordar que la evaluación de la cuestión en litigio debe partir necesariamente de la existencia de un derecho constitucional a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- (cfr. C.S.J.N., Fallos 321:1684; ?Asociación Benghalensis y otros v. M. de Salud y Acción Social-Estado Nacional?, 323:1339, y ?Campodónico de Beviacqua...?, 323:3229), que fija un marco interpretativo para la normativa infraconstitucional. En el sub examine, nos encontramos con una menor de 10 años de edad que se encuentra domiciliada, junto a su familia, en la localidad de Hernández, provincia de Entre Ríos. Ella padece desde -aproximadamente- hace 4 años de adenosinitis y otitis crónica, la que ha sido tratada por el Dr. José Clemente Simón de la ciudad de Crespo, de esta provincia. Que, la enfermedad se ha ido agravando con el tiempo, por lo que dicho profesional indicó las cirugías de adenosinitis crónica más otitis. Sufre de permanente dolor y como consecuencia de ello no puede desarrollar su vida plenamente. Del resumen de historia clínica que surge de la orden de prestación para alta complejidad (cfr. fs. 13) firmado por el Dr. Simón, se desprende que Tamara respira en forma bucal, padece adenosinitis crónica, otitis crónica e hipoacusia 20-30. A fs. 12 se encuentra la historia clínica del médico pediatra neumonólogo Diego J. Dagnino. Sentado ello, cabe destacar que frente al pedido de la amparista, la contestación de la demandada que obra a fs. 10 fue la de otorgarle un turno para un médico en Santa Fe. Ahora bien, en virtud de lo expuesto, no se encuentra en discusión la enfermedad que padece Tamara, ni la necesidad de la intervención quirúrgica. Efectivamente, el problema surge en tanto la parte actora solicitó que dicha intervención sea realizada por su médico tratante y prestador de la obra social en la ciudad de Crespo, que además, es más cercana de la ciudad de Hernández donde habita la familia. Por su parte, la obra

social ofrece un médico en la provincia de Santa Fe. En este punto, es dable destacar que el ofrecimiento de la demandada no puede prosperar. No resulta muy difícil comprender la complejidad y el trastorno que puede significar para esta familia trasladarse a la ciudad de Santa Fe para la intervención y para los controles posteriores a la cirugía. La propuesta efectuada por OSECAC puede ser útil y práctica para quien reside en esa zona, pero para los usuarios que se encuentran en la localidad de Hernández, es altamente complicada y por lo tanto, arbitraria, más aún cuando la amparista y su hija concurren a la ciudad de Crespo para tratarse con un médico que es prestador de la obra social, y así ha sido reconocido por la misma demandada en su contestación de agravios a fs. 47 vta. En este orden de ideas, es dable puntualizar que el argumento central del rechazo del juez de primera instancia, consistió en considerar que el Dr. Simón, de la ciudad de Crespo, no era prestador de OSECAC. Ese argumento resulta erróneo, toda vez que del mismo relato del escrito inicial surge esa circunstancia, y fundamentalmente por el reconocimiento expreso de la obra social demandada -OSECAC-. Sin perjuicio de lo expresado, es dable destacar que no se encuentra en tela de juicio ni la calidad ni el prestigio del profesional ofrecido de la provincia vecina. Lo que surge claro, es que dicho ofrecimiento no es una respuesta satisfactoria para las necesidades de la amparista y su hija, cuando se encuentra en una provincia distinta y a 115 km. de distancia aproximadamente de su domicilio. Recordemos que frente a los derechos en juego, la magistratura se encuentra frente al deber de elaborar una jurisprudencia de necesidades? (ver por todos, Peyrano, Jorge W.: ?El perfil deseable del juez civil de siglo XXI?, en Lexis Nexis-Jurisprudencia Argentina, boletín del 10/10/2001). De lo expuesto surge claramente que la propuesta con la que la demandada pretende cumplir no se condice con lo prescripto por su médico tratante, ni con las necesidades de la parte actora. A mayor abundamiento, es dable destacar que la niña se atiende desde hace un prolongado tiempo con el Dr. Simón, y con su equipo, que incluye a la fonoaudióloga Silvia Graciela Di Franco, quien le ha realizado asimismo todos los estudios pertinentes (cfr. fs. 15, anamnesis audiológica a raíz de la hipoacusia que padece Tamara). Por ello, la propuesta de la demandada -que no se condice con lo solicitado- no puede, de ninguna manera, constituir una barrera para la efectiva tutela de los derechos conculcados. Corresponde resaltar que la extensión y relevancia del derecho humano a la salud, reconocido en los diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, indica que la omisión de efectuar la intervención quirúrgica solicitada, en debida y oportuna forma, implica un perjuicio a la salud y a la calidad de vida de la menor, que violenta su derecho constitucional, más aún cuando se ha resaltado los padecimientos actuales y dolores que está sufriendo Tamara a raíz de su otitis crónica. Resulta por ello desacertado el argumento de la demandada referente a la carencia de urgencia en la intervención. No brindar una respuesta jurisdiccional favorable, oportuna y eficaz sería violentar los derechos constitucionales en detrimento de la salud de la niña, debiéndose, a su vez, ponderar el criterio de la Corte Suprema de Justicia de garantizar ampliamente el derecho a la salud integral (cfr. sent. 11-6-98 ?Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. v. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires? y en sentido coincidente S.C.Mendoza, en LL. 1993-E-36). ?Conjugando el derecho a la salud y el interés superior del niño, recientemente la Corte ha dicho que ?Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y la sociedad toda, más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda la autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos (cfr. ?Q.C., S Y c. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/amparo, 24/4/2012, cit. en Viramonte, Carlos Ignacio ?Régimen jurídico del Derecho a la Salud? en Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales, tomo I, 2013, ed. La Ley, p. 706). Entonces, se concluye que la conducta adoptada por la demandada resulta arbitraria atento la existencia de un derecho constitucional a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida-. Era deber de la obra social evaluar el caso personal de la menor, en lugar de adoptar una conducta que se constituyó en una verdadera barrera para la efectiva tutela de los derechos involucrados. Por ello, es que corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido, revocar la resolución de fs. 37/42 vta. y, en consecuencia, hacer lugar a la acción de amparo entablada y disponer que la obra social demandada -OSECAC- preste cobertura al 100%, de asistencia médica y quirúrgica con su médico tratante, Dr. José Clemente Simón, en la localidad de Crespo, provincia de Entre Ríos. Disponer como plazo de cumplimiento de la sentencia el de diez (10) días desde la notificación de la presente, atento a la urgencia del caso requerido. V-a) Que, atento al modo que se resuelve y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 279 del CPCCN, corresponde adecuar las costas y la regulación de honorarios. Por ello, de acuerdo a lo prescripto por los arts. 14 y 17 de la ley 16.986 y el art. 68, primer párrafo, del CPCCN, atento el resultado obtenido, corresponde imponer las costas en ambas instancias a la demandada vencida. b) Que, finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 48 de la ley 27.423, y -siendo criterio de este Tribunal que los amparos de salud no son pasibles de considerar un monto sobre el cual se pueda aplicar la escala del art. 21 de dicha ley- corresponde regular los honorarios teniendo en cuenta las pautas establecidas en el art. 16 de la ley de honorarios. De este modo, la presente regulación debe respetar los 20 UMA establecidos en el mencionado art. 48, como un mínimo del cual los jueces no pueden apartarse por revestir carácter de orden público de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del nombrado art. 16.

Asimismo, el art. 20 de la ley 27423 dispone que "Los honorarios de los procuradores se fijarán en un (40%) de los que por esta ley corresponda fijar a los abogados patrocinantes. Si el abogado actuare en el carácter de apoderado sin patrocinio, percibirá la asignación total que hubiere correspondido a ambos?", de este modo resulta dable destacar que este artículo toma relevancia para los casos en los cuales dentro de una misma parte se constituyen múltiples letrados actuando en diverso carácter, circunstancia que no se verifica en autos por lo que no corresponde efectuar mayores disquisiciones al respecto. Por último, corresponde señalar que la regulación debe efectuarse expresando el monto en moneda de curso legal y la cantidad de UMA que este representa a la fecha de la resolución, de acuerdo a lo expresado en el art. 51 de la mencionada norma. Por ello, al evaluar los trabajos realizados por los letrados de las partes considerando el valor, motivo, extensión y calidad de la labor; la complejidad y novedad de la cuestión planteada; la responsabilidad profesional, el resultado obtenido y la trascendencia de la resolución arribada; corresponde regular los honorarios pertenecientes a la Dra. Victoria Vanesa Weber, por su actuación en primera instancia, en la suma de PESOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS CATORECE (\$41.514,00), equivalentes a ... UMA, y por su trabajo ante esta Cámara en la suma de PESOS DIECISEIS MIL SEISCIENTOS CINCO (\$16.605,00) equivalentes a ... UMA; y a la Dra. Belkis V. Elseser por su actuación en primera instancia en la suma de PESOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA (\$37740) equivalentes a ... UMA y por su actuación en esta instancia en la suma de PESOS ONCE MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS (\$11.322,00) equivalentes a ... UMA, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16, 20, 48, 30 y 51 de la ley 27423 y Ac. 03/19 CSJN. VI- Que, finalmente y en cuanto la apelación de honorarios por altos y costas formulada por la actora, deviene inoficioso su tratamiento en razón del resultado arribado y la adecuación efectuada en esta instancia conforme lo dispuesto en el art. 279 del CPCCN. Por lo expuesto, SE RESUELVE: 1) Hacer lugar al recurso de apelación deducido, revocar la resolución de fs. 37/42 vta. y, en consecuencia, hacer lugar a la acción de amparo entablada y disponer que la obra social demandada -OSECAC- preste a la amparista cobertura al 100% de asistencia médica y quirúrgica con su médico tratante, Dr. José Clemente Simón, en la localidad de Crespo, provincia de Entre Ríos. 2) Disponer como plazo de cumplimiento de la sentencia el de diez (10) días desde la notificación de la presente. 3) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 279 del C.P.C.C.N. y 14, primera parte, de la ley 16.986). 4) Regular los honorarios pertenecientes a la Dra. Victoria Vanesa Weber, por su actuación en primera instancia, en la suma de PESOS CUARENTA Y UN MIL QUINIENTOS CATORECE (\$41.514,00), equivalentes a ... UMA, y por su trabajo ante esta Cámara en la suma de PESOS DIECISEIS MIL SEISCIENTOS CINCO (\$16.605,00) equivalentes a ... UMA; y a la Dra. Belkis V. Elseser por su actuación en primera instancia en la suma de PESOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA (\$37.740) equivalentes a ... UMA y por su actuación en esta instancia en la suma de PESOS ONCE MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS (\$11.322,00) equivalentes a ... UMA, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16, 20, 48, 30 y 51 de la ley 27423 y Ac. 03/19 CSJN. 5) Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la actora. Regístrese, notifíquese y difúndase a través de la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cumplido bajen. BEATRIZ ESTELA ARANGUREN CINTIA GRACIELA GOMEZ MATEO JOSÉ BUSANICHE

041837E