

Suprema Corte:

–I–

La Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos revocó, por mayoría, la sentencia de grado y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo promovida por C B B y P F M , en representación de su hijo, A. M., contra el Instituto de Obra Social de la provincia de Entre Ríos (en adelante, IOSPER) y, en subsidio, contra esa provincia, a fin de obtener la cobertura médica y farmacológica —integral, regular, ininterrumpida y en un cien por ciento— de la alternativa terapéutica consistente en el uso de aceite de cannabis para tratar la epilepsia refractaria que padece el joven de acuerdo con las indicaciones de su médico neurólogo (fs. 325/330).

El tribunal señaló que los actores fundan su pretensión en la Ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta Cannabis y sus derivados.

Afirma que, a través de ella, el Estado Nacional se obligó a suministrar, en forma gratuita, aceite de cannabis en caso de cumplimiento de ciertas condiciones, como la inscripción en el registro creado en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación. Advirtió que se trata de un sistema riguroso que requiere la intervención de autoridades habilitadas e idóneas en la materia.

Expuso que esa ley no impone a las obras sociales la obligación de proveer aceite de cannabis ni incluye a la planta de cannabis y sus derivados en el Programa Médico Obligatorio (PMO). Agregó que el artículo 7 del decreto reglamentario 738/2017 determina que los pacientes que no se encuentran incorporados al programa nacional y tienen prescripto el uso de aceite de cannabis deben afrontar el costo. Destaca que ello es razonable puesto que se trata de una sustancia de uso experimental no aprobada para su comercialización, lo que justifica un intenso control estatal.

Concluyó que, aun sin desconocer el grave estado de salud del joven ni los beneficios terapéuticos del aceite de cannabis, la denegatoria de la obra social no es manifiestamente ilegítima, por lo que la acción de amparo debe ser rechazada.

-II-

Contra ese pronunciamiento, los accionantes interpusieron recurso extraordinario (fs. 335/350), que contestado (fs. 355/363 y 366/370) fue concedido por el *a quo* (fs. 379/380).

Los apelantes sostienen que existe cuestión federal puesto que se encuentran en juego los derechos a la vida, la salud y la integridad física consagrados en la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las leyes 23.661, 24.901 y 27.350. Alegan, además, que la decisión es arbitraria puesto que efectúa una interpretación restrictiva del ordenamiento legal que ampara a las personas con discapacidad.

Exponen que su hijo es una persona con discapacidad. Destacan que padece de epilepsia refractaria, por lo que se acostumbra rápidamente a los fármacos suministrados para tratar las convulsiones, que, por ende, pierden efectividad. Aseveran que para ese tipo de epilepsia el suministro del aceite de cannabis es el tratamiento más efectivo. Puntualizan que su hijo recibe ese tratamiento desde el año 2016 y que desde entonces las convulsiones disminuyeron de 10/15 diarias a 3/4 semanales. Agregan que ello permitió reducir el uso de otros medicamentos y mejoró el peso de su hijo, el control de esfínteres y la respuesta a consignas simples y, en definitiva, su calidad de vida.

Reseñan que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción teniendo en cuenta que el uso del aceite de cannabis es una alternativa terapéutica. Agregan que, del mismo modo, el voto en minoría de la sentencia

apelada destacó que está acreditada la efectividad de esa droga para disminuir las convulsiones en los casos de epilepsia refractaria.

Aducen que, en sentido contrario, el voto mayoritario se limitó a analizar la ley 27.350 con una visión parcializada de los derechos en juego. Critican que no tuvo en cuenta que la ley 27.350 debe ser interpretada e integrada con la ley 24.901. Se agravan de que la sentencia reconoció el gravísimo estado de salud del joven pero no le otorgó tutela judicial efectiva.

Aclaran que la ley 27.350 y su reglamentación no liberan a la obra social de otorgar la cobertura de esa sustancia, pues no la eximen de las obligaciones de la ley 24.901. Apuntan que, a la fecha de interposición del recurso, la provincia de Entre Ríos no se encuentra adherida a la ley 27.350, por lo que no existe articulación entre la Nación y la provincia que permita acceder a las personas que padecen epilepsia refractaria a la provisión de la sustancia en cuestión con la urgencia que demanda la enfermedad.

Añaden que el hecho de que la reglamentación de la ley 27.350 no incluya la cobertura del aceite de cannabis dentro del PMO no impide acceder a la prestación requerida, pues este último es mutable a la luz de los avances científicos y, además, constituye el piso mínimo de las prestaciones a cargo de los agentes de salud. Afirman que la Organización Mundial de la Salud determinó que esa droga tiene alto potencial terapéutico.

-III-

El recurso extraordinario fue correctamente concedido puesto que se encuentra en tela de juicio la interpretación del derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud consagrado en normas de carácter federal (art. 75, incs. 22 y 23, Constitución Nacional; art. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 10, 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y leyes 24.901 y 27.350), y la

decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a las pretensiones que los apelantes fundaron en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 327:2127, “Martín”; 327:2413, “Lifschitz”; 335:168, “P. de C. M.”; y dictamen de esta Procuración General, causa L. 85, L. XLVII, “L. Edith Silvia c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo”, 28 de mayo de 2013). Además, el planteo de arbitrariedad debe ser tratado en forma conjunta en tanto se encuentra inescindiblemente relacionado con la cuestión federal.

–IV–

En el presente caso, corresponde determinar si A.M. —joven de 20 años con discapacidad— tiene derecho a que la obra social demandada —y, en subsidio, la provincia de Entre Ríos— le cubra en forma integral la alternativa terapéutica consistente en el uso de aceite de cannabis indicada por su médico neurólogo para tratar la epilepsia refractaria.

A mi modo de ver, la sentencia apelada denegó la cobertura sobre la base de identificar en forma errada el régimen jurídico que dirime el conflicto. En concreto, decidió la suerte de la acción sobre la base de ponderar únicamente las previsiones de la Ley 27.350 de Uso Medicinal de la Planta Cannabis y sus derivados, sin analizar fundadamente el alcance de las restantes normas aplicables, esto es, el artículo 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los artículos 10, 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, en particular, la ley 24.901 que regula el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad. Esa visión fragmentada contradice precisamente el objeto de la ley 27.350, que consiste en garantizar y promover el cuidado integral de la salud (art. 1).

En tal sentido, entiendo que las reglas de cobertura integral de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad previstas en los artículos 1, 15 y 38 de la ley 24.901, interpretadas a la luz de las normas constitucionales mencionadas, obligan en las circunstancias de este caso a la obra social demandada a cubrir el tratamiento solicitado.

En efecto, el derecho a la salud es ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional en favor de las personas con discapacidad (Constitución Nacional e instrumentos internacionales de derechos humanos citados). Nuestro orden constitucional adoptó además un modelo social de la discapacidad a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ese modelo implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Furlan y Familiares vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 133; y "González Lluy y otros vs. Ecuador", sentencia del 1 de septiembre de 2015, párr. 237). Para superar esos obstáculos, la citada convención propicia la adopción de medidas tendientes a lograr que la persona alcance el más alto nivel posible de salud, independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, garantizando la inclusión y participación plena y efectiva en todos los aspectos de la vida (arts. 3, inc. c; 19; 24; 25 y 26).

La Corte Suprema destacó que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país y enfatizó los compromisos asumidos por el Estado Nacional en esta materia (Fallos: 327:2127, "Martín" y 327:2413, "Lifschitz"). Agregó que los agentes de salud deben hacer su máximo esfuerzo por brindar una cobertura integral de las prestaciones que sus afiliados requieren en virtud de esa condición (Fallos: 327:2127 cit. y 331:1449, "Segarra").

En sentido coherente con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de igual jerarquía, la ley 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, que IOSPER se encuentra compelido a cumplir en atención a lo dispuesto en el artículo 9 de la ley provincial 9891 —texto sustituido por ley 9972—. Esa norma contempla prestaciones destinadas a cubrir un amplio espectro de las necesidades que pueden presentar las personas con discapacidad, pues no sólo busca dar respuesta a requerimientos de asistencia médica, sino a mejorar sus condiciones de vida y su relación con el entorno, teniendo como principal objetivo su habilitación y rehabilitación integral, en consonancia con el modelo social de discapacidad.

En concreto, el artículo 1 contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura “integral” a las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad.

El artículo 15 regula las prestaciones de rehabilitación, que define como aquellas que tienen por objeto la adquisición y restauración de aptitudes e intereses para que la persona con discapacidad alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social, a través de la recuperación de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y viscerales, “utilizando para ello todos los recursos humanos y técnicos necesarios”. La norma enfatiza que “[e]n todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuere el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fuere menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera”.

El carácter integral se manifiesta, también, en el artículo 38 que establece que “[e]n caso que una persona con discapacidad requiriere, en función de su patología, medicamentos o productos dietoterápicos específicos y que no se produzcan en el país, se le reconocerá el costo total de los mismos”. En el

dictamen emitido el 17 de marzo de 2014 en los autos C. 958, L. XLVII, “C. V., A. M. c/ Cemic s/ sumarísimo”, esta Procuración General entendió que, en consonancia con los principios que subyacen en la ley 24.901, esa norma prevé la cobertura cabal e integral de la terapia medicamentosa —de origen nacional y extranjero— que requiera una persona con discapacidad, aun cuando el medicamento no figure en la nómina del PMO.

A lo expuesto cabe agregar que las personas que padecen epilepsia, como ocurre en el caso, tienen una tutela específica adicional. En el ámbito nacional, la ley 25.404 establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4), y en la provincia de Entre Ríos, la ley 9705 dispone que “[l]a asistencia médica integral quedará integrada a los nomencladores de las obras sociales que operan en la Provincia, formando parte del plan básico obligatorio y gratuito para tratamientos crónicos y prolongados”. Estas leyes coadyuvan la cobertura integral prevista por las normas que garantizan el derecho de las personas con discapacidad al disfrute del más alto nivel posible de salud.

La protección integral prevista por el marco normativo expuesto no fue modificada ni, menos aún, restringida por la sanción de la ley 27.350 —a la que adhirió recientemente la provincia de Entre Ríos a través de la ley 10.623—, cuyo objeto es, justamente, garantizar y promover el cuidado integral de la salud (art. 1). A través de esa norma, se creó un programa para el estudio y la investigación del uso medicinal de la planta de cannabis, que otorga acceso gratuito a los derivados del cannabis a todas las personas incorporadas a aquél (art. 3, inc. *d*).

Ese programa y los deberes asumidos por el Estado Nacional y por las provincias adheridas no alteran las previsiones de los artículos 1, 15 y 38 de la ley 24.901, según las cuales las obras sociales —entre ellas, IOSPER— se encuentran compelidas a otorgar a las personas con discapacidad la cobertura

integral de las terapias de rehabilitación y medicamentosas —de origen nacional y extranjero— que requieran en función de las patologías que padecen, de acuerdo con lo prescripto por el médico tratante y la evidencia científica existente.

Ese marco de protección especial tampoco fue alterado por el dictado del decreto reglamentario 738/2017, que dispone que las personas no incluidas en el programa y que tuvieran prescripto el uso de aceite de cannabis “lo adquirirán bajo su cargo” (artículo 7). Tanto la ley como su reglamentación regulan la provisión gratuita por parte del Estado para aquellos pacientes que se encuentran incorporados al programa, pero no contienen previsiones específicas que diriman la situación de las obras sociales frente a los afiliados que requieran el reconocimiento del costo del mencionado fármaco. De allí que esas entidades no pueden considerarse eximidas de las previsiones de la ley 24.901 en virtud de una interpretación restrictiva de la ley 27.350, que no encuentra sustento en el texto legal, contradice su finalidad tuitiva, y desatiende el resto del ordenamiento jurídico al cual dicha norma se integra.

Por otro lado, la ley 27.350 que vino a incrementar la protección del cuidado integral de la salud, no puede limitar las alternativas previstas en otros ordenamientos, como la de reclamar la cobertura a la obra social en los términos de la ley 24.901. En casos similares, la Corte Suprema postuló que, ante la urgencia que caracteriza los planteos vinculados a la salud, es desproporcionado imponerle al paciente la carga de acudir a otros medios para solicitar la cobertura de una prestación (doctr. Fallos: 327:2127, “Martín” y sus citas). Allí recordó que los jueces “deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso” (dictamen al que remitió la Corte Suprema en el caso cit.).

En consecuencia, no corresponde efectuar una exégesis de la ley 27.350 como la que propone el voto mayoritario de la sentencia apelada, pues restringe las prestaciones garantizadas por la ley 24.901 y, por ende, opera en desmedro de la habilitación y rehabilitación integral de las personas con discapacidad. En estos supuestos se debe propiciar una interpretación armónica del plexo legal en juego, optando por la lectura que mejor representa la voluntad del legislador respecto de la protección del derecho a la salud, conforme lo dispuesto por el artículo 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional (doctr. Fallos: 330:3725, "Cambiaso Péres de Nealón" y 337:471, "Duich").

-V-

En este contexto normativo, cabe ponderar que, en función de la epilepsia refractaria que padece A.M. y de la falta de efectividad de los tratamientos convencionales, su médico neurólogo le prescribió el uso de aceite de cannabis a partir del año 2016 (fs. 1/4, 51/52, 87/93, 154/157, 173/176, 204/206 y 228/231).

Con el aval de ese médico, el consentimiento informado del paciente y la autorización de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), los actores importaron ese aceite comercializado bajo el nombre Charlotte's Web en numerosos estados de los Estados Unidos (fs. 51/93). La importación fue autorizada por la ANMAT en el marco del régimen de acceso de excepción a medicamentos regulado al momento de su otorgamiento por las disposiciones 840/1995 (fs. 174/176) y 10.401/2016 (fs. 51/53, 156/158, 205/207 y 229/231), que permiten el ingreso de medicamentos destinados al tratamiento de un paciente para el que no existe en el país una alternativa terapéutica adecuada. En la actualidad, el artículo 7 del decreto reglamentario de la ley 27.350 prevé expresamente que la ANMAT autoriza la importación, en el marco del acceso de excepción a medicamentos, a las personas

no inscritas en el programa y que tengan prescripto el uso de aceite de cannabis (decreto 738/2017).

En las presentes actuaciones, se encuentra demostrado que, luego de un año de tratamiento, el uso del aceite de cannabis produjo mejoras sustanciales en el estado de salud y en la calidad de vida. No solo redujo notablemente las convulsiones sino que mejoró la alimentación, la movilidad, el control de esfínteres, la postura y la comunicación con el entorno, lo que implica una adquisición y restauración de aptitudes e intereses para lograr su integración social.

Su médico neurólogo describe los cambios más significativos del siguiente modo: “30 pastillas menos (epilepsia, inductores al sueño, estimuladores de apetito), han disminuido las crisis en cantidad y duración, hemos notado que está más conectado, más contento, recuperó el control de esfínteres, colabora con su aseo personal, volvió a vocalizar y a responder a preguntas simples con SÍ o NO, llama a su papa y a su mamá, expresa su estado de ánimo, pide salir a pasear, mejora su deglución y apetito, normalizó su función intestinal, duerme toda la noche” (fs. 4; además fs. 184).

A su vez, el informe neurokinésico afirma que “ha tenido progresos medibles y significativos desde el inicio de uso terapéutico de cannabis medicinal”, describe que las crisis convulsivas disminuyeron en intensidad, cantidad y duración y detalla los logros terapéuticos kinésicos obtenidos a partir de la administración de esa droga, cuyo tratamiento sugiere continuar (fs. 177/178). La médica nutricionista también informa que desde que comenzó el tratamiento aumentó su peso y apetito (fs. 17/19).

Además, el informe elaborado por la licenciada en terapia ocupacional da cuenta que a partir del uso de la droga Cannabidiol el joven padece menos convulsiones y mejoró su estado general (fs. 179/180). La fonoaudióloga

describió progresos en la tonicidad muscular orofacial y en la intencionalidad de expresarse a través del lenguaje (fs. 181/182).

Finalmente, su grupo familiar relata que desde que usa la sustancia bajo análisis "el médico ha disminuido varias de sus drogas y suspendido permanentemente otras, sus crisis epilépticas han disminuido en un 50%..." (fs. 183). Agrega que percibieron mejoras en el habla, en el control de esfínteres, en el sueño, en la alimentación y en la relación con las personas.

Los progresos en cuestión son consistentes con los estudios científicos realizados en relación con la efectividad del aceite de cannabis en el tratamiento de la epilepsia refractaria.

En este sentido, la auditora de IOSPER sostuvo que la indicación médica de aceite de cannabis para la epilepsia refractaria es "una opción viable al tratamiento para este tipo de patologías, ya que hay aval científico que justifica el pedido de este producto" (fs. 190).

El aval científico de la droga para el tratamiento de la patología en cuestión fue ponderado en el Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria sobre Cannabinoides y Epilepsia, elaborado en el marco del Programa de Evaluación de Tecnología Sanitaria y publicado por la ANMAT ("Informe Ultrarrápido de Evaluación de Tecnología Sanitaria. Cannabinoides y Epilepsia", Programa de Evaluación de Tecnología Sanitaria; realizado el 21 de junio de 2017 y actualizado al 30 de mayo de 2017; código interno: IURETS013_20170621_ANMAT). En ese documento se concluyó que "[e]l uso de CBD en formulaciones estandarizadas y controladas (...) como tratamiento adyuvante en la epilepsia refractaria o fármacorresistente en niños y jóvenes, ha demostrado tener efecto anticonvulsivante principalmente en crisis motoras y debe considerarse como una opción efectiva y segura en el tratamiento de este tipo de pacientes. Más allá de su probada eficacia anticonvulsivante, permite en la mayoría de los casos reducir la dosis de otros fármacos anticonvulsivantes y sus

efectos adversos, lo que resulta en mejoría de la calidad de vida de los pacientes y de sus cuidadores. El uso medicinal de los cannabinoides y sus compuestos no adictivos deben ser considerados dentro del arsenal terapéutico de uso controlado, en el tratamiento de la epilepsia refractaria” (pág. 35).

De hecho, la evidencia sobre la efectividad del aceite de cannabis para tratar diversas enfermedades y, en particular, la epilepsia refractaria, fue un motivo de la sanción de la ley 27.350 (Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 21° reunión, 20° sesión ordinaria (especial), 23 de noviembre de 2016, período 134, en especial, págs. 39, 41, 48, 49, 51, 52, 54, 55, 58, 61, 64, 67, 68, 74, 77, 78 y 84). Tal como destacaron los legisladores, numerosos países autorizaron el uso terapéutico del cannabis, como Alemania, Canadá, Bélgica, Chile, Israel, Colombia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Uruguay, Holanda, Gran Bretaña, Italia y la mayoría de los estados de los Estados Unidos (págs. 41, 43, 45, 60, 63 y 68), lo que corrobora su sustento científico.

Es más, la efectividad del tratamiento de aceite de cannabis para la patología de A.M. es avalada por la reglamentación de la ley 27.350 dictada por el Ministerio de Salud, que prevé expresamente que las personas que padezcan epilepsia refractaria pueden solicitar la inscripción al programa creada por esa ley (art. 1, anexo I, resolución 1537-E/2017).

En suma, considerando la prescripción médica, la falta de efectividad de los tratamientos convencionales, el consentimiento informado del paciente, las mejoras sustanciales del estado de salud y de la calidad de vida de A.M., la autorización otorgada oportunamente por la ANMAT en el marco del régimen de acceso de excepción a medicamentos, y la evidencia científica elaborada por la ANMAT y la ponderada por los legisladores al sancionar la ley 27.350 y por el Ministerio de Salud al dictar su reglamentación, entiendo que se encuentra acreditado que el tratamiento de aceite de cannabis es requerido en función de la patología que padece a fin de procurar su habilitación y

rehabilitación integral. En estas circunstancias, la obra social demandada se encuentra obligada a otorgar su cobertura en los términos de los artículos 1, 15 y 38 de la ley 24.901. En atención a lo expuesto, estimo que es innecesario pronunciarse sobre el planteo subsidiario realizado por los amparistas.

–VI–

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 6 de febrero de 2019.

ES COPIA

VICTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procurador General de la Nación