

*Ministerio Público de la Defensa*

Expediente CSJ 417/2018/CS1

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

STELLA MARIS MARTÍNEZ, Defensora General de la Nación, CUIL 27-06409589-2, CUID 50000000008, con domicilio constituido en la Avenida Callao 970, segundo piso contrafrente, CABA, ante VV. EE., me presento y respetuosamente digo:

I.- Vienen a esta Defensoría General las presentes actuaciones a raíz de la intervención conferida a fs. 387, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 35, inciso "c" de la Ley 27.149, con respecto al joven A.M. En función de ello, procedo a dictaminar acerca del recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora.

II.- Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de la acción de amparo promovida por la Sra. Carina Bustos y el Sr. Pablo Manzur, padres de A.M., contra el Instituto Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER), a fin de obtener la cobertura prestacional de aceite de cannabis para tratar las afecciones de su hijo.



STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

En dicha presentación, los actores expusieron que A.M., de dieciocho años de edad, padece ceguera de ambos ojos, retraso mental profundo, y epilepsia refractaria, motivo por el cual le fue expedido el correspondiente certificado de discapacidad. Además, manifestaron que para la última de las afecciones (epilepsia refractaria), le fue indicado un tratamiento compasivo

con aceite de cannabis medicinal, que debe ser importado hasta tanto exista producción y/o comercialización en el ámbito nacional.

En función de ello, solicitaron se ordene al IOSPER la provisión del medicamento, cuyo nombre comercial es Charlotte's Everyday Advanced (5000mg) de CDB, cuya importación se efectúa desde los Estados Unidos.

Además, los actores expusieron que se encuentran acogidos al Régimen de Acceso de Excepción de Medicamentos, ante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica –ANMAT-, y de esa forma consiguieron importar a su costa algunas dosis del medicamento, para luego reclamar su reintegro a IOSPER, aunque en su oportunidad la entidad se negó a ello.

Asimismo, entre la normativa citada, y que respaldaría la petición, los actores citaron la recientemente sancionada Ley 27.350, que regula la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados. Finalmente solicitaron a IOSPER su provisión de forma integral, regular e ininterrumpida.

Con fecha 24 de octubre de 2017, el Juzgado de Primera Instancia consideró que existía una negativa ilegítima que vulneraba de forma actual el derecho a la salud de A.M., y resolvió ordenar al IOSPER, y subsidiariamente a la Provincia de Entre Ríos, reconocer el costo del aceite de cannabis, como así también otorgar a los amparistas el asesoramiento necesario para cumplir con las exigencias administrativas conducentes a perfeccionar la importación del medicamento.

Para así decidir, el magistrado expuso que la negativa del IOSPER a proveer la medicación, desconociendo que se encuentra probada su eficacia para tratar sus afecciones, y

Ministerio Público de la Defensa

arguyendo la falta de cumplimiento de ciertos trámites ante la ANMAT, resultaba ilegítima. Máxime considerando que IOSPER se encuentra obligada legal y constitucionalmente a la provisión de las prestaciones requeridas por el estado de salud de A.M.

Contra dicho pronunciamiento, tanto IOSPER como la Provincia de Entre Ríos, recurrieron ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos. El IOSPER, por su parte, centró sus agravios en la circunstancia de que la Ley 27.350 indica que los reclamantes debían incluirse en un programa de investigación para poder obtener la medicación de forma gratuita, dentro de la órbita del Ministerio de Salud de la Nación, como también manifestaron que no corresponde a una obra social cubrir una droga que no es de uso regular. La provincia basó sus argumentos en cuestionar la competencia del sentenciante, toda vez que consideró que el obligado es el Ministerio de Salud de la Nación, y por ende debía intervenir el fuero federal.

Recibidas las actuaciones por el STJ, se confirió intervención al Defensor General de la Provincia, quien se expidió en favor del rechazo de los recursos interpuestos, y manifestó que si bien la medicación requerida no integra el Programa Médico Obligatorio (PMO), éste no conforma un límite de prestaciones a brindar por parte de las obras sociales, sino que constituye un umbral mínimo.

Asimismo, al momento de dictaminar, el Procurador General asumió una postura coincidente con la manifestada por la Provincia, en tanto postuló que la temática compete al fuero federal, resultando obligado el Estado Nacional en virtud de lo dispuesto por la Ley 27.350.

STELLA MARIS MIZAWAK
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

En este estado de autos, el STJ resolvió, por mayoría, revocar la sentencia apelada, y rechazar la acción de amparo. Para decidir de esta manera, la Dra. Mizawak expuso que la Ley 27.350 en su artículo 7° dispone que la provisión del aceite de cannabis será gratuita para quienes se encuentren incorporados a un programa que depende del Ministerio de Salud, por lo

que no surge de la norma que sea la obra social el sujeto directamente obligado a proveer lo pretendido, en tanto el Estado Nacional es el que se autoimpuso el deber de suministrarlo, cumplidas determinadas condiciones. Además, manifestó que si las formalidades no se encontraban cumplimentadas correspondía a los pacientes hacerse cargo del costo del medicamento, no surgiendo entonces obligación para la obra social en ningún caso. Esta postura fue adherida por la Dra. Medina.

El Dr. Giorgio, en disidencia, manifestó en prieta síntesis que si bien es cierto que la reglamentación de la Ley 27.350 efectuada mediante Decreto 738/2017 creó un registro nacional de pacientes en tratamiento para estudios de casos y pacientes en protocolo de investigación, la registración no es una exigencia ineludible a la hora de obtener el aceite de cannabis para que los asociados a una obra social obtengan de ella el suministro gratuito del medicamento. Añadió que la Provincia de Entre Ríos no adhirió a la ley, por lo que no cuenta con una extensión de dichos registros en el ámbito provincial. Finalizó argumentando que por Ley Provincial 9.891 la Provincia de Entre Ríos delegó al IOSPER la obligación derivada de los arts. 15, 16, 18, 19 y 21 de la Constitución local de asegurar a las personas con discapacidad la atención integral de su salud.

En este estado, la actora interpuso recurso extraordinario federal. En la presentación, se expuso que el voto mayoritario analizó arbitrariamente la Ley 23.750, desconociendo los arts. 42 y 75 incs. 22 y 23 de la CN, los arts. 15, 16, 18, 19 y 21 de la Constitución local, lo normado por las Leyes 26.378, 24.091, 27.350 y la Ley provincial 9.198. Así, se arribó a la errónea conclusión de que las obras sociales se encuentran exentas de cubrir el medicamento, en franca contravención con el derecho a la salud de una persona discapacitada, que merece protección especial conforme la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Ministerio Público de la Defensa

Dicho recurso fue admitido por el STJ, en atención a la materia debatida en autos.

III.- Sin perjuicio de que el remedio federal fue admitido por el STJ provincial, expondré algunos motivos que refuerzan su admisibilidad.

En primer lugar, estimo que la decisión recurrida resulta ser una sentencia definitiva en el marco de una acción de amparo, y satisface los fines del artículo 14 de la ley 48.

No desconozco que el artículo 18 de la Ley provincial 8.369 de Procedimientos Constitucionales dice que: *"La sentencia que recaiga en la acción de amparo sólo hará cosa juzgada formal, quedando subsistentes las acciones y recursos que correspondan"*, y que esa Corte ha dicho que las sentencias que rechazan la acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria no tienen carácter definitivo (cf. doctrina de Fallos 311:1357 y 2319), pero tal principio no es absoluto y admite excepciones cuando lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (Fallos 315:1357; 316:1909; 317:164; entre otros), tal como se presenta en el caso, donde los derechos a la salud y al desarrollo pleno de un joven con discapacidad podrían verse afectados irreversiblemente, si no se resuelve la cuestión con premura.



STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

La existencia de otros mecanismos procesales alternativos no puede ponderarse en abstracto, sino con relación a la situación puntual sujeta a juzgamiento. En este caso, más allá de las alegaciones formuladas por las demandadas en ese orden, la propia índole de la enfermedad que aqueja a mi representado lleva a pensar que la sola demora ocasionará un agravio de imposible o dificultosa reparación ulterior (Fallos 330:4647; 331:2135; entre muchos

otros), y de allí que la intervención de vuestra Corte resulta necesaria para evitar una mayor dilación en la tutela efectiva de los derechos fundamentales que posee mi representado.

En segundo lugar, con relación a la cuestión federal, resulta evidente que en el caso de autos se encuentra en discusión la interpretación y el alcance de normas de carácter federal. Tal es el caso de las Leyes 24.901 y 27.350. Respecto de las cuales la actora ha postulado su derecho a obtener la medicación de forma gratuita por parte de la obra social. Asimismo, la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que la recurrente funda en dichas cláusulas (art. 14.3 Ley 48).

Además, se encuentran vulnerados derechos fundamentales de A.M., consagrados tanto en nuestra Constitución Nacional como en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.), tales como el derecho a la salud (art. 42 de la Constitución Nacional; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 22 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 2, 5.1, 11.1, 19 y 29. c. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2.2 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y a la tutela judicial efectiva (art. 43 de la Constitución Nacional, art. 25 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

Resulta evidente, asimismo, que por la vulnerabilidad que presenta mi defendido, en razón de su discapacidad, en el caso de autos se encuentra en discusión una cuestión federal suficiente: la interpretación y aplicación de disposiciones contenidas en un tratado internacional suscripto por nuestro país, como es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ministerio Público de la Defensa

En tercer lugar, con relación a la causal de arbitrariedad invocada, cabe destacar que el voto mayoritario se ha apartado de la normativa vigente, ello así al analizar de forma aislada la Ley 27.350, con prescindencia de la normativa legal, constitucional y convencional que regula el derecho a la salud de las personas con discapacidad.

Esa Excm. Corte Suprema, entendió que correspondía declarar admisible la vía federal *"cuando la decisión omite aplicar normas vigentes al tiempo del pronunciamiento e incurre por ello en grave defecto de fundamentación, circunstancia que impone su descalificación sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad (doctrina de Fallos: 308:1596; 310:192; 317:1355 y muchos otros)"* (conf. CSJN, 13 de febrero de 2001, M.354. XXXIV. Recurso de Hecho. M.,S.M. c/ M.,M.A. y otros, considerando 3°).

Cabe recordar además que *"a la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar –en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a que el país está vinculado"* (Fallos 318:514), a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los Magistrados, de observar el derecho aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad (Fallos 318:1269).


STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Sin perjuicio de lo expuesto, y como cuarto punto, debo señalar que en el caso no se ha verificado el cumplimiento del doble conforme (art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) puesto que, hasta el momento, contamos con dos pronunciamientos jurisdiccionales que son diametralmente opuestos.

En este contexto, y si bien no nos encontramos frente a un proceso penal, resulta necesario formular algunas precisiones. En primer término, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en el caso "MOHAMED VS. ARGENTINA" (Sentencia de Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 23 de noviembre de 2012), declaró la responsabilidad internacional de nuestro país por no haber garantizado el derecho al recurso de una persona que, absuelta en primera instancia, fue condenada a raíz del recurso articulado contra esa decisión. Es decir, un caso donde no se había respetado el doble conforme y el justiciable sólo contaba con una instancia de revisión extraordinaria.

Además, la Corte Interamericana sostuvo que *"el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente"* (párrafo 99).

En segundo lugar, la Corte también ha dicho que *"a pesar de que el citado artículo [8] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo"* (caso "IVCHER BRONSTEIN", sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, n° 74, párr. 103).

De las premisas anteriores se deriva que el Estado debe velar por el cumplimiento del doble conforme aun en casos no penales. Esta situación, no verificada en las presentes actuaciones, reafirma la necesidad de la CSJN de avocarse al caso, para garantizar una vía

Ministerio Público de la Defensa

accesible y eficaz para la revisión de la decisión que afecta los derechos constitucionales y convencionales de A.M.

En consecuencia, y toda vez que las garantías vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto en autos (conf. art. 15 de la ley 48), corresponde a esa Excma. Corte efectuar el adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad de la causa traída a estudio.

Por último, cabe destacar que en la especie se encuentran comprometidos derechos de raigambre constitucional de una persona en condiciones de especial vulnerabilidad en razón de su discapacidad, cuyo tratamiento no puede ser enervado por razones de indole formal (Fallos P. 973. XLIII, 16-12-2008; A. 1320. XLIV, 8-4-2009; entre otros; reglas 33 y 34 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad; artículo 13 de la CDPD).



STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

IV.- Sin perjuicio de los fundamentos desarrollados en el acápite anterior en cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto, cabe recordar que es doctrina de esa Corte que si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias (Fallos: 300:1033), su exclusión por la existencia de otros recursos no puede resultar en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299: 358, 417; 305: 307; 307: 444; 327: 2920).

Es que en definitiva, el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Constitución Nacional; tiene por objeto una efectiva protección de derechos y resulta imprescindible ejercer esa vía excepcional

para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud (conf. Fallos: 329:255; 326:4931).

Que en razón de la naturaleza de los derechos de raigambre constitucional cuya protección se pretende, la acción constitucional de amparo, precisamente, se presenta como un derecho garantía, que opera como un verdadero "instrumento técnico del arsenal procesal más confiable y efectivo, para alcanzar, en el tiempo oportuno, la tutela judicial debida" (ver María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Ed. La Ley, Bs.As., 2003, p. 390).

Por otro lado, en lo que respecta al plazo establecido en el artículo 2, inciso "e", de la ley de amparo 16.986, esa Corte, ha dicho recientemente, en un caso análogo al presente en donde nos encontramos frente a un acto lesivo de carácter continuo por parte de la demandada, que el plazo de caducidad allí contemplado *"no puede constituir un impedimento insalvable cuando - como en el caso- con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad periódica o continuada (Fallos: 324: 3074; 329:4918 y 338:1092)".* Y, que *"la aplicación de esa doctrina se justifica aun en mayor grado en este caso, si se considera que con particular referencia a los asuntos en los que se ha invocado, y prima facie acreditado, que la cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes, esta Corte ha enfatizado que el plazo establecido en la citada disposición no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional 335:44)"* ("Tejera, Valeria Femanda c/ ANSEs y Otros s/ Varios", 22/03/2018, FRO 073023789/2011/CS001).

En tal sentido, las particulares circunstancias que rodean el caso, por encontrarse comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud y a la vida,

Ministerio Público de la Defensa

indican que, sin lugar a dudas, la vía y el momento procesal escogida por los progenitores de mi defendido es la más idónea para tutelar de manera efectiva los derechos constitucionales de A.M.

De esa manera, se intenta alcanzar una determinada solución que se avenga a la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual cabe encauzarlas por vías expeditivas –entre las cuales se encuentra, lógicamente, el juicio de amparo contemplado en el art. 43 de la Constitución Nacional- y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional (conf. Fallos: 329:2179).

V.- Despejadas las cuestiones que hacen a la admisibilidad de la acción de amparo y al recurso extraordinario interpuesto en autos, corresponde enfocarse en el fondo del reclamo.

En el caso se impone un análisis minucioso de la normativa involucrada, haciendo base en la Ley 27.350, que propicia la investigación médica y científica, como así también el uso terapéutico del aceite de cannabis y sus derivados, de comprobadas ventajas para pacientes que presentan, como mi asistido, un cuadro epiléptico. Este punto, es decir, la capacidad de mejoramiento de la calidad de vida y estado de salud del paciente al que se le ha indicado este medicamento, no es un punto controvertido en autos, donde lo único que se discute es si su provisión puede efectuarse de manera gratuita o debe ser solventada por quien lo padece y su familia.

Para interpretar correctamente la norma es importante comenzar por destacar sus objetivos, los cuales han sido declarados por el mismo legislador en los primeros artículos, evitando de ese modo perder la finalidad que ha inspirado la norma, e intentando además evitar interpretaciones posteriores que desnaturalicen la propia ley.

En el artículo 1 el legislador identificó el objeto de la norma, que no es otro que la investigación científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud.

El artículo 2 crea el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis; mientras que el artículo siguiente establece los objetivos de dicho programa, entre los que debe destacarse la promoción y prevención orientadas a garantizar el derecho a la salud (inciso a), como así también la garantía de acceso gratuito a todo aquel que se incorpore al programa en las condiciones que establezca la reglamentación (inciso d). Sobre el punto volveremos más adelante.

Por su parte, dentro de los objetivos se destaca la idea de propiciar la participación de los pacientes que presenten las patologías que la autoridad de aplicación o el profesional médico de hospital público indique (inciso j), situación que se verifica en este caso.

Vemos entonces que la idea de una cobertura integral de la salud mediante las prestaciones derivadas de esta nueva terapia, aunque mas no sea de modo paliativo, han inspirado esta norma, como también es cierto que el procurar su mayor accesibilidad (consagrado en el art. 3.c) configura una circunstancia que se impone a la hora de interpretar todo los demás aspectos.

Por su parte, la autoridad de aplicación ciertamente es ubicada en el Poder Ejecutivo Nacional, más precisamente en el Ministerio de Salud (arts. 4 y 5), pero ello no puede implicar, como han pretendido las demandadas, deslindar responsabilidades locales o provinciales, ya que se trata de una política pública regulatoria de un derecho federal como la salud que mal puede desarrollarse bajo la esfera exclusiva de la Nación. Surge evidente la responsabilidad de

Ministerio Público de la Defensa

las provincias en punto a garantizar la provisión de un derecho esencial, como es la salud, respecto de los habitantes de cada uno de los distintos distritos provinciales.

Su alcance como ley federal, viene dado, no por la imposición -que no es esperable en esos términos por respetuoso apego del legislador nacional a las autonomías provinciales-, sino por la expresa invitación formulada a las distintas provincias a fin de promover la aplicación de la ley en su territorio (art. 5); y la exhortación de su formal adhesión a la referida ley, ello a los efectos de incorporarse al programa en el marco de los convenios que se celebren con la autoridad de aplicación (art. 12).

Dicho ello, debe descartarse entonces la pretensión de la Provincia demandada de focalizar la responsabilidad de modo único en el Estado Nacional, que siempre podrá ser legitimado pasivo en paralelo o de modo subsidiario, en la medida de que se trataría, en caso de prosperar esa elusión de responsabilidad, de una suerte de atajo para cada distrito a fin de no involucrarse en esta política pública a nivel nacional, omitiendo en forma voluntaria la adhesión al programa con el objetivo de evitar luego la responsabilidad respecto de los distintos habitantes como pretensos beneficiarios de la norma instaurada por la ley 27.350.



CECILIA MARIAS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

Sería una forma de convalidar la manera de eludir esa garantía de accesibilidad y gratuidad, al no adherir al programa, impidiendo con ello la debida registración de los pacientes interesados, para luego desobligarse justamente por esa falta de registración, a esta altura, de imposible cumplimiento. La doctrina de los propios actos aconseja descartar esa herramienta evasiva.

El aspecto sensible de la norma viene dado por lo que se debate en autos, es decir, su gratuidad. Lo cual, ya no sorprende, suele ser la discusión central a la hora de bajar a la realidad concreta tales políticas, ante alguien que, por vulnerabilidad o imposibilidad material, necesita y

no puede solventar. No olvidemos que estamos frente a un paciente debidamente diagnosticado para el respectivo tratamiento sin espacio para alegar actitudes especulativas de parte de mi representado.

El artículo 7 de la ley establece que la ANMAT permitirá la importación de aceite de cannabis al ser requerido por pacientes con patologías contempladas en el programa y la indicación médica pertinente (lo cual se da en el presente caso). Luego de incorporarse al programa su provisión será gratuita.

Es importante destacar que la norma concluye allí, sin establecer cuál es el modo de incorporarse al programa, o si existe un modo único y solemne como condición ineludible. Tampoco establece sanción de no gratuidad alguna.

El artículo siguiente crea un registro nacional de pacientes y familiares. Y de aquí surge claramente la idea de expansión a todo el territorio nacional, sin que pueda tornarse imposible su aplicabilidad por no adhesión deliberada de las provincias que no ofrecen, además, una alternativa para acceder de forma gratuita a la medicación.

Al analizar el alcance de la norma verificamos que el fin de ese registro es autorizar la inscripción de pacientes bajo resguardo de confidencialidad, ello así en virtud de lo dispuesto por el art. 5 de la Ley 23.737, norma que criminaliza la posesión de material estupefaciente, y que fue citada expresamente por el legislador al dar contenido al registro creado por la Ley 27.350.

Debemos entonces extraer distintas conclusiones de estas dos normas interpretadas de modo armónico junto a las restantes mencionadas.

En primer orden, la gratuidad pensada para los incorporados al programa no se presenta de modo excluyente.

Ministerio Público de la Defensa

En segundo término, no se establece un mecanismo solemne o sacramental de incorporación al programa para merecer esta prestación de modo gratuito.

En tercer orden, el artículo 7 habla de incorporación al programa, pero no de inscripción al registro creado en el artículo siguiente. De modo que afirmar que el ingreso al programa sólo se verifica por la inscripción en el registro nacional de pacientes voluntarios, y construir de allí un requisito dirimente para merecer esa accesibilidad y gratuidad, configura una conclusión errónea. Y este yerro se verifica concretamente en el fallo.

En cuarto lugar, no puede olvidarse que si se afirma que el ingreso al programa sólo se verifica con el registro del artículo 8 (condición no establecida en la ley), y que no ingresar allí obliga a solventarlo a costa propia (cuestión que tampoco afirma la norma), lo mínimo esperable de una Provincia es su adhesión a la ley, para así propiciar la registración e ingreso al programa, pero si ello se torna inviable por decisión provincial, la pregunta sería la siguiente: ¿Qué espacio queda para cumplir el objetivo trazado por el legislador en el marco de una política de salud pública nacional? Evidentemente, ninguno.

En quinto lugar, no puede obviarse que la necesidad de la registración no se ha pensado al fin de pertenecer al programa sino que viene dada por la idea de base de que en definitiva se están haciendo, importando y suministrando como medicina, una sustancia que sigue perteneciendo al catálogo de tóxicos o estupefacientes, intrínsecamente ilícitos por configurar, su acto posesorio, un delito.

Esa es la razón por la cual en el artículo 8, donde se crea al registro en cuestión, se hace alusión expresa a la Ley 23.737, y se ofrece garantía de confidencialidad, a los fines de que no haya pacientes necesitados que se inhiban de adscribir al registro y programa a partir de una posible avanzada desde el punto de vista del Derecho Penal. Lo expuesto constituye una


STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

interpretación fundada y razonable que el fallo atacado no trata, y que desde luego no merece descartarse, antes de afirmar categóricamente que sin registro no hay programa, y que sin programa no hay gratuidad.

Sobre todo ante Provincias que, tal como destaca el magistrado que emitió su voto en disidencia, dificultan la inscripción, vaciando de contenido la idea matriz de accesibilidad, gratuidad e integralidad en el derecho a la salud.

Por eso hablamos al comienzo de no perder de vista el sentido y fundamento de la norma analizada y, conforme se expone en este dictamen, erróneamente interpretada en el decisorio de alzada, a contramano del fallo de primera instancia.

Asistimos aquí a un excesivo rigorismo formal puesto al servicio de tomar irrealizable el derecho que se proclama y pretende garantizar, sin que la Provincia demandada ofrezca alguna alternativa más que la autogestión de un paciente que ya ha perdido capacidad de autofinanciarse el tratamiento pensado, por regla, para ser gratuito.

No es correcto encomendarle una litigiosa pretensión de repetición del paciente a su obra social. En todo caso habrá de litigar ésta con la Provincia o con la Nación luego, pero de modo alguno puede convalidarse esta sucesiva elusión de responsabilidades, dejando a su suerte al paciente necesitado de un tratamiento pensado como política de Estado.

Ahora bien, todo ello que la ley no dice, pretende ser instalado a partir del decreto reglamentario 738/2017, encomendado en el artículo 11 de la Ley a los fines presupuestarios, que en modo alguno incluye agregar disposiciones categóricas de no gratuidad al artículo 7, las cuales no han sido establecidas por el legislador. Se trata de un caso flagrante de atribuciones legislativas de parte del Poder Ejecutivo, solapadas en la actividad reglamentaria, a *contrario*

Ministerio Público de la Defensa

sensu de lo que el constituyente expresamente estableció, al descartar de plano la posibilidad de alterar el espíritu de la leyes con su reglamentación (art. 99.2 CN).

Creemos que esto ocurre aquí, al incorporarse en el reglamento del artículo 7 de la ley, la idea de que la gratuidad corresponde a los inscriptos al programa ("incorporación" mezclada con "inscripción" como si fueran sinónimos tal como alertamos previamente), y agregando luego que los pacientes no inscriptos lo "adquirirán bajo su cargo", manifestación ésta, dirimente en el fallo atacado, que no se advierte de la lectura de la ley en el artículo 7 que pretende así reglamentarse.

El órgano administrativo se ha excedido en la encomienda reglamentaria, y ha desnaturalizado su espíritu de amplitud, accesibilidad, gratuidad e integralidad, consagrados como principios básicos de la ley en su propio texto.

Esto convierte a la reglamentación en una actividad esencialmente legislativa –aunque bajo eufemismos–, al agregar expresiones de las que el legislador se abstuvo, tarea esa vedada por la Carta Magna en el art. 99.3 segundo párrafo.

A su turno, aquella confusión por vía de asimilación entre incorporación al programa solo por parte de la inscripción al registro del artículo 8 que el legislador tampoco establece tajantemente, parece confesarse en el inciso d) del artículo 3, al ser reglamentado por el mismo decreto PEN 738/17, del 21 de septiembre de 2017, al que nos venimos refiriendo.

Advertimos entonces una actividad legislativa encubierta por parte del Poder Ejecutivo, desnaturalizante del espíritu de la ley que pretende reglamentar, imponiendo una mirada restrictiva para su cobertura en gratuidad de la que luego la Provincia demandada pretende valerse (y lo consigue con el voto en mayoría del Tribunal Superior como único fallo


STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

desfavorable hasta el momento que debe revisarse). Sin olvidar que justamente se trata de una Provincia no adherente al programa que luego invoca como requisito de procedencia ineludible.

Dicho claramente, la Provincia que desatiende una ley federal y se mantiene pasivamente sin adherirse a sus políticas, es la misma que luego se abraza al reglamento de esa ley desoída, para eludir sus responsabilidades.

Es claro que esa postura evasiva es inadmisibile, pero no sólo por contraponerse con una política de Estado sino por violentar la propia Constitución local.

En efecto, la Constitución de la Provincia de Entre Ríos establece en su art. 19 que ***“La Provincia reconoce la salud como derecho humano fundamental, desarrollando políticas de atención primaria. La asistencia sanitaria será gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna. Será prioritaria la inversión en salud, garantizando el primer nivel de atención, así como la formación y capacitación. Se implementará un seguro provincial de salud para toda la población y una progresiva descentralización hospitalaria. El medicamento es un bien social básico. El Estado regula y fiscaliza el circuito de producción, comercialización y consumo de éstos y de los productos alimenticios, tecnología médica y acredita los servicios en salud...”***.

Lo mismo cabe recoger del artículo 21 de la Ley Suprema provincial en la máxima tutela de personas con discapacidad como se da en este caso. Allí el constituyente provincial estableció: ***“El Estado asegura a las personas con discapacidad y en su caso a sus familias: la igualdad real de oportunidades; la atención integral de la salud orientada a la prevención y rehabilitación; la extensión de los beneficios de la seguridad y previsión social del titular que los tuviera a su cargo; el contralor de todo centro público o privado de asistencia y alojamiento; el desarrollo de un ambiente libre de barreras físicas; la gratuidad y accesibilidad al transporte***

Ministerio Público de la Defensa

*público; el acceso a la educación en todos los niveles con la infraestructura necesaria. Un **Instituto Provincial de la Discapacidad** con participación de la familia y las organizaciones intermedias elabora y ejecuta políticas de equidad, protección, promoción, educación y difusión de los derechos de las personas con discapacidad y de los deberes sociales para con ellas. Fomenta la capacitación destinada a su inserción laboral."*

Por otra parte, remarcando la incidencia de los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, ese máximo Tribunal señaló que la autoridad pública tiene una obligación impostergable de garantizar el derecho a la preservación de la salud –comprendido en el derecho a la vida– con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1.684; 323:1.339; 323:3.229; 324:3.569 y 326:4.931).

De modo que la responsabilidad de la Provincia es clara desde su propia ley primera, compatible en un todo con la ley federal que deliberadamente decidió obviar para luego capitalizar su propia omisión que tornó inoperante la realización del derecho protegido.

Tan cierto es la imposible evitación de responsabilidad concurrente del Estado Provincial que el Tribunal Superior de Justicia, al retener competencia y dictar su pronunciamiento, implícitamente ha rechazado las excepciones de incompetencia introducidas por esa parte para atribuir la legitimación pasiva sólo al Estado Nacional, mediante el pase de las actuaciones al fuero federal. De modo que el máximo órgano judicial de la provincia, al retener su competencia y no habilitar la justicia de excepción, inexorablemente ha reconocido la legitimación pasiva de la Provincia, lo cual es sinónimo de decir que si al final del pleito le asiste razón al paciente (con un fallo a favor y otro adverso todavía sin doble conforme), la Provincia demandada deberá responder.



STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

VI.- Respecto del Instituto Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER), cabe señalar que se trata de una persona jurídica autárquica creada por la Ley provincial 5326, cuyo presupuesto, administración y control es determinado por el Poder Ejecutivo de la Provincia, y tiene por objeto planificar, reglamentar y administrar la promoción, prevención, protección, reparación y rehabilitación de la salud de los afiliados y su grupo familiar (conf. art. 2).

Recordemos que mi asistido posee certificado de discapacidad, y que de allí surge que tiene como diagnóstico *"Ceguera de ambos ojos. Distrofia hereditaria de la retina. Retraso mental profundo. Epilepsia"* (fs. 26), y que del informe médico elaborado por el Dr. Agustín Mackinnon, Médico Neurólogo, perteneciente al Hospital San Martín, se desprende que desde la toma del cannabis medicinal mi defendido consume *"30 pastillas diarias menos (epilepsia, inductores al sueño, estimuladores de apetito), han disminuido las crisis en cantidad y duración, hemos notado que está más conectado, más contento, recupero control de esfínteres, colabora con su aseo personal, volvió a vocalizar y a responder preguntas simples con SI o con NO, llama a su papá su mamá, expresa su estado de ánimo, pide salir a pasear, mejora su deglución y apetito, normalizo su función intestinal, duerme toda la noche"* (fs. 4).

En este marco, cabe destacar que la Ley 27.350 en su artículo 7 se establece que *"[l]a Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados, cuando sea requerida por pacientes que presenten las patologías contempladas en el programa y cuenten con la indicación médica pertinente. La provisión será gratuita para quienes se encuentren incorporados al programa"*.

En el intento por excluirse de su obligación legal y constitucional de brindar cobertura al suministro de aceite de cannabis medicinal, la Obra Social argumentó que la ley referida nada

Ministerio Público de la Defensa

dice expresamente respecto a su carácter de obligada. Así, desconoció todo el marco normativo y constitucional que ampara a mi defendido y la obliga a brindar la cobertura requerida.

En primer lugar, el Estado Provincial, a través del dictado de la Ley 9.891, y específicamente en su artículo 9, delegó su obligación constitucional, y estableció que el IOSPER tenga a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas, consagradas en la Ley Nacional 24.901, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas al mismo.

Con relación a lo expuesto, es preciso destacar que el artículo 1° de la Ley Nacional 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad) instituye un sistema de prestaciones básicas de atención a favor de las personas con discapacidad –como lo es mi representado- contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1°), y establece que las obras sociales tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en esa ley que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a ellas.

Al respecto, cabe señalar que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad establece como propósitos proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, así como también promover el respeto de su dignidad inherente.

En este sentido, el mencionado instrumento internacional en su artículo 25 señala que “[l]os Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud [...] proporcionar los servicios de salud que necesiten [...] como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección [...] y servicios destinados



STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN

a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades” y, en su artículo 28 se reconoce *“el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ella”* y a *“una mejora continua de sus condiciones de vida”*.

Asimismo, la Ley 25.404 de Medidas Especiales de Protección para las Personas que Padece Epilepsia –como es el caso de mi defendido- dispone que *“el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna”* (art. 4).

Cabe destacar que el hecho de brindar una prestación de salud, no tiene como única finalidad sanar al enfermo, sino también darle mejores posibilidades y condiciones para afrontar su dolencia. Así lo ha entendido vuestra Corte en Fallos 313:579 donde sostuvo que el objetivo de la legislación tendiente a la protección integral de las personas con discapacidad se dirige, fundamentalmente, a tratar de conceder franquicias y estímulos que le permitan, en lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad provoca.

En virtud de la normativa descripta recientemente no quedan dudas respecto del carácter de obligado que posee el IOSPER a los fines de afrontar la cobertura del medicamento aquí peticionado, sin perjuicio de no estar mencionado como sujeto obligado de forma expresa en la Ley 27.350.

En tal sentido, nuestro más Alto Tribunal ha señalado que *“corresponde recordar que por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente. No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines y en especial al conjunto armónico del ordenamiento jurídico”* (Fallos: 325:3380). Y, que *“para interpretar la ley debe computarse la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional”* (Fallos: 320:196).

Ministerio Público de la Defensa

Cabe recordar que VV.EE. han dicho que la Constitución Nacional, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental (Fallos: 327:3677; 330:1989). En el mismo sentido, el PIDESC también impone obligaciones a los Estados, de modo de evitar que sus previsiones se transformen en meras expresiones de deseos (voto del juez Petracchi, en causa "Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo").

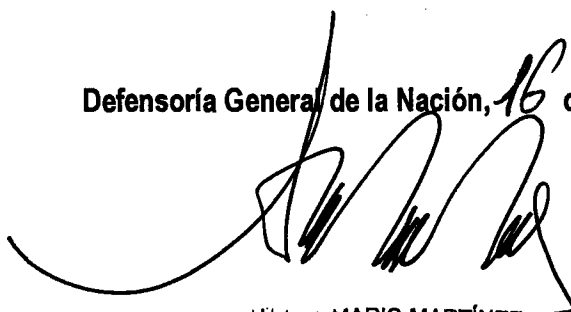
En ese sentido, el PIDESC en su art. 12.1 establece que "los Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Respecto a ello, el Comité de DESC ha sostenido que existe un umbral mínimo de satisfacción de cada derecho por debajo del cual el Estado viola el Pacto (CDESC, Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes", párrafo 10).

Por último, esa CSJN ha decidido que, en materia de derechos sociales, rige la regla hermenéutica *in dubio pro justitia socialis* a la que asigna raigambre constitucional. En consecuencia, *"las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido, consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad"* (confr. CSJN, "BERÇAITZ, Miguel Ángel s/ jubilación", 1/09/1974).

VII.- En atención a los estándares nacionales e internacionales señalados, la decisión que se adopte debe asegurar la cobertura de la prestación que requiere mi representado, a los efectos de garantizar su derecho a la salud.

Por lo tanto, solicito que se declare admisible el recurso extraordinario, y se revoque la sentencia apelada.

Defensoría General de la Nación, 16 de mayo de 2018.



STELLA MARIS MARTÍNEZ
DEFENSORA GENERAL DE LA NACIÓN