

Derechos Del Nino Amparo De Salud Menor Discapacitado Acompañamiento Terapeutico Silla De Ruedas Ley 27350 Aceite De Cannabis Obras Sociales

JURISPRUDENCIA

Derechos del Niño. Amparo de salud. Menor discapacitado.

Acompañamiento terapéutico. Silla de ruedas. Ley 27350. Aceite de cannabis. Obras sociales Se modifica la sentencia apelada y se ordena a la obra social demandada a cubrir en forma temporaria la provisión de aceite de cannabis a un menor discapacitado con epilepsia refractaria, una vez que el mismo acredite el inicio de los trámites de inscripción en el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta del Cannabis, a fin de evitar un período de desamparo que podría resultar perjudicial en la salud del niño. Ello así al advertirse que el menor cumpliría con todos los requisitos para acceder al Programa y, por ende, obtener la provisión gratuita del aceite, por lo cual la vía adecuada era el ingreso al programa especialmente creado al efecto. Salta, 5 de noviembre de 2018. VISTO: El recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 49/55; y CONSIDERANDO: 1) Vienen estas actuaciones en virtud de la impugnación de referencia, efectuada contra la sentencia de fs. 41/46 por la que el juez de la instancia anterior hizo lugar a la acción de amparo promovida por la Sra. C., S. J. D. en representación de su hijo C., S. J. D. y, en su mérito, ordenó a la Obra Social de Petroleros -OSPE- que con carácter urgente cumpla con la cobertura médico integral que precisa el menor en atención a su discapacidad, específicamente: reconocimiento del tratamiento con aceite de Charlotte, acompañante terapéutico y entrega de sillas de ruedas, todo conforme a las prescripciones de los respectivos especialistas. 1.1) A fs. 49/55 la obra social expresó su disconformidad con la resolución impugnada, señalando que el aceite de Charlotte no está incluido en el PMO, por lo que no se encuentra obligado a brindar su cobertura. Añadió que si bien la ley 27.350 establece un marco regulatorio para el uso medicinal, terapéutico y/o paliativo de la planta de cannabis y sus derivados, pone en cabeza del Estado su provisión gratuita para aquellos pacientes que se incorporen a un programa nacional. Respecto al acompañante terapéutico afirmó que cuando la actora presentó el pedido de que se le brinde tal cobertura, se le hizo saber que debía acompañar la pertinente justificación médica, lo que hasta el momento no cumplimentó. Seguidamente aseguró que OSPE le ofreció a la amparista tres sillas de ruedas de distintas ortopedias que cumplían con los requisitos técnicos-médicos prescritos por los profesionales médicos tratantes del menor, las que fueron rechazadas sin motivos fundados. Ante tal situación, precisó que se comunicaron con el Dr. Agustín Usandivaras (médico prescriptor) quien informó que la silla ofrecida por OSPE cumplía con los requerimientos técnicos. En otro orden, resaltó que resulta contrario a los principios de equidad y justicia que se beneficie de una manera especial? a quienes interponen acciones judiciales, en detrimento del resto de los afiliados ocasionando un grave desfinanciamiento de las obras sociales. Finalmente, se agravió de la forma en que fueron impuestas las costas, alegando que en ningún momento incumplió con la normativa vigente. Solicitó que sean cargadas a la amparista o bien que se distribuyan por el orden causado atento a las particularidades del caso. 1.2) Que a fs. 61/65 el Defensor Oficial contestó traslado, afirmando que el menor C., S. J. D. padece cuadriplejia espástica, parálisis cerebral y epilepsia, lo que le ocasiona severas convulsiones que no pueden ser mermadas con ninguna medicación. Por tal motivo, explicó que su médico neurólogo le prescribe aceite de Charlotte desde el año 2017, el que hasta el momento no fue entregado por OSPE. Por otra parte, objetó que la obra social haya sostenido que no presentó la justificación médica del acompañante terapéutico, cuando a fs. 4 se agregó el certificado expedido por el Dr. Espeche. Asimismo, en cuanto a la silla de ruedas, observó que a fs. 12 se glosó constancia del rechazo efectuado por la fisioterapeuta y la terapeuta ocupacional. 1.3) Que a fs. 68/69 se presentó el Asesor de Menores catalogando de acertada la actuación del representante legal del actor. 2) El derecho a la salud -y en especial en el caso de una persona discapacitada- se halla protegido por un amplio marco de disposiciones de carácter constitucional, como el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 11 y 16); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales (art. 12) o la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25). En el plano infraconstitucional, la persona con discapacidad se encuentra amparada por las previsiones de las leyes 22.431 (art. 2) y 23.661. A lo que cabe añadir que la ley 24.091 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas inmersas en tal situación, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1). En lo concerniente a las obras sociales, la norma dispone que tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten los afiliados con discapacidad (art. 2). Asimismo, la ley 26.378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que tiene por objeto?... promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente? (art. 1). A su vez, dado que se

encuentran en juego los derechos de un menor, el mismo goza de un doble régimen especial de protección, no sólo de acuerdo a las normas de protección de la discapacidad, sino también de los derechos del niño (conf. citado art. 75, inc. 23 Const. Nac.). 3) Que no se encuentra controvertido que C., S. J. D., de siete años de edad afiliado de OSPE, padece ?anormalidades de la marcha y de la movilidad, alteraciones del habla, cuadriplejía espástica, parálisis cerebral espástica, epilepsia?, por lo que cuenta con el pertinente certificado de discapacidad (fs. 3). La madre del niño en su representación, promovió la presente acción a fin de que la obra social le autorice un acompañante terapéutico 5 veces por semana 4 horas diarias, se le provean dos frascos de 100 ml. de aceite de Charlotte por mes y una silla de ruedas postural con ángulo de inclinación de 90° y 160°. Admitida la pretensión por el sentenciante de grado, la accionada esgrimió agravios respecto de cada una de las prestaciones, los que por una cuestión de claridad expositiva se abordarán por separado.

a) Acompañante terapéutico Las críticas de la recurrente relativas a que no se acompañó la prescripción médica de esa prestación no resultan atendibles. Es que a fs. 4 la actora agregó un certificado suscripto por el Dr. Alberto Espeche -neurólogo infantil- en la que se le receta al actor esa práctica 5 veces por semana cuatro horas diarias.

b) Silla de ruedas A fs. 5 obra certificado firmado por el Dr. Nicolás Saravia -especialista en traumatología- en la que se prescribió ?silla de ruedas postural de traslado con ángulo de inclinación entre respaldo y asiento de 90° y 160° según especificaciones técnicas?. La obra social en su apelación afirmó que le ofreció al amparista tres sillas de ruedas que fueron rechazadas sin ?esgrimir motivos fundados?. Sin embargo, además de que en estas actuaciones no se probó que las sillas puestas a disposición cumplan con las especificaciones técnicas prescriptas por el especialista, lo cierto es que a fs. 12 se acompañó un informe de las Licenciadas Rita Masse (Fisioterapeuta) y Paz de la Torre (Terapista Ocupacional) en el que enfatizan que habiendo ?evaluado ambas sillas de traslado? (que serían las ofrecidas por la obra social) ?continuamos solicitando la silla indicada por su médico tratante el Dr. Saravia. Constituyendo el motivo principal de la elección la posibilidad que brinda la silla de regular el ángulo de inclinación entre respaldo y asiento de 90° a 160°, lo que permite recostar al niño en tos de fatiga o pos convulsiones, dado su cuadro convulsivo neurológico. Otra característica relevante es la reversibilidad de la ubicación de la unidad de respaldo y asiento, permitiendo un mayor control de los estímulos externos?. Asimismo, la demandada aseveró en su recurso que se comunicó con el médico prescriptor el que le habría informado que ?la silla ofrecida por OSPE cumplía los requerimientos?; no obstante ello no se acompañó ni ofreció ningún elemento de prueba que respalde esos dichos.

c) Aceite de Charlotte i) La sentencia de grado parece contradictoria -o, al menos, luce confusa- respecto a este punto, pues mientras que en los considerandos se sostuvo que la obra social debe ?canalizar la adquisición gratuita? del medicamento (fs. 42 vta.), en la parte resolutive se hizo lugar a la acción de amparo, haciéndole saber a OSPE que ?deberá cumplir con la cobertura médica integral que precisa la actora en atención a su discapacidad, específicamente, el reconocimiento del tratamiento con aceite de Charlotte?. Esta discordancia que existiría entre el fallo y sus fundamentos no fue cuestionada por la accionada en su apelación, pero se erige en una circunstancia de advertencia ineludible por esta Alzada, ya que tendrá incidencia a la hora de resolver sobre el fondo.

ii) Efectuada esa aclaración, cabe puntualizar que la prescripción de la medicación se encuentra respaldada por los certificados médicos de fs. 6/8 suscriptos por un profesional del Hospital Público Materno Infantil cuyo nombre no resulta legible en la copia certificada que acompañó el Defensor Oficial. Ahora bien, el conflicto con la obra social no discurre acerca del beneficio para la salud del niño que implicaría su tratamiento con aceite de Charlotte, sino que la disputa se centra en quién debe cubrir ese costo, alegando la accionada que se encuentra en cabeza del Estado.

A fin de abordar esa cuestión, resulta necesario en primer término examinar la normativa que regula la materia.

iii) La recientemente sancionada ley 27.350 (B:O 19/4/17) de ?Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados? tiene ?por objeto establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados? (art. 1). A tal fin crea el ?Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales? (art. 2), del que podrán participar los pacientes que se inscriban en un registro nacional voluntario, presenten las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescriptas por médicos de hospitales públicos y sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis (art. 8). Asimismo, la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación precisó los requisitos para acceder al referido Programa, estableciendo que podrán solicitar su inscripción en el registro ?las personas que padezcan epilepsia refractaria, y a las que se prescriba el uso de Cannabis y sus derivados?, agregando que ?el programa podrá incorporar otras patologías, basado en la mejor evidencia científica?. Además, la citada ley 27.350, junto con su decreto reglamentario, también contiene disposiciones referidas a la adquisición y provisión de los derivados del cannabis. En este sentido, el referido decreto 738/2017 establece que ?La provisión de aceite de Cannabis y sus derivados será gratuita para quienes se encuentren inscriptos en el Programa y se ajusten a sus requerimientos. Aquellos pacientes no inscriptos en el Programa que tuvieren como prescripción médica el uso de aceite de Cannabis y sus derivados, lo adquirirán bajo su cargo, debiendo ajustarse a los procedimientos para la solicitud del acceso de excepción de medicamentos que determine la Autoridad de Aplicación? (art. 7). Entonces, la normativa establece dos formas de

provisión de aceite de cannabis para aquellos pacientes que cuenten con prescripción médica: i) gratuita (para los inscriptos en el Programa y se ajusten a sus requerimientos); ii) a cargo del paciente (debiendo cumplimentar el procedimiento para la solicitud del acceso de excepción de medicamentos que determine la autoridad de aplicación). Como se puede apreciar, en ambos casos se deben cumplimentar una serie de exigencias para acceder al aceite. iv) Delimitado lo anterior, es preciso puntualizar que la amparista pretende que se le provea el aceite de cannabis de forma gratuita, pero sin intentar ingresar al Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis; con lo que se plasma un supuesto no autorizado en la legislación que combina aristas de las dos formas de provisión contempladas, por un lado la gratuidad y por el otro la decisión voluntaria de no inscribirse al Programa. En el caso en examen el menor cumpliría con todos los requisitos para acceder al Programa y, por ende, obtener la provisión gratuita del aceite de cannabis en ese ámbito (a cargo del Estado), pues la patología que lo afecta (epilepsia refractaria, ver certificado de fs. 8 y vta.) se encuentra incluida en la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud y cuenta con prescripción médica que recomienda su uso. Por lo tanto, la vía adecuada para que en un supuesto como el presente se provea aceite de cannabis gratuitamente es el ingreso al programa especialmente creado al efecto, camino que -de acuerdo a las constancias de autos- la actora nunca instó. v) En tal escenario, también resulta pertinente resaltar que la finalidad del Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta del Cannabis, es -como su nombre lo indica-: ¿desarrollar evidencia científica sobre diferentes alternativas terapéuticas?; ¿investigar los fines terapéuticos y científicos de la planta de cannabis y sus derivados en la terapéutica humana?; determinar su eficacia para cada indicación terapéutica que permita su uso adecuado; conocer sus efectos secundarios ¿y establecer la seguridad y limitaciones para su uso?; que los pacientes y familiares aporten ¿su experiencia, conocimiento empírico, vivencias y métodos utilizados?; entre otras (ver art. 3, ley 27.350). Así las cosas, la eventual admisión de pretensiones como la aquí examinada, puede poner en riesgo los loables fines explicitados en el párrafo anterior. Pues es posible que muchos pacientes evalúen como más sencillo -y hasta quizá veloz- la promoción directa de un reclamo contra su obra social o agente salud (donde solo necesitarían acompañar una prescripción médica), que inscribirse en un Programa donde el médico tratante debe completar un formulario con carácter de declaración jurada consignando un resumen de la historia clínica, tratamiento y esquema farmacológico recibido, patologías asociadas, tratamiento y justificación del cambio de esquema, tiempo indicado del tratamiento, etc. Asimismo, el paciente debe comprometerse a remitir trimestralmente la información de seguimiento y datos que el Programa solicite, pudiéndose requerirle documentación, informes y/o estudios complementarios que se considere necesarios, e inclusive la intervención de otras áreas, profesionales, establecimientos y organismos con injerencia en la materia (ver Anexo I de la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud). De tal modo la admisión lisa y llana de la pretensión tal como fue planteada (y acogida en la parte resolutive de la sentencia de grado) podría ser interpretada como el consentimiento para eludir el procedimiento y la intervención de organismos públicos que tienen competencia específica en la materia, lo que no debiera ser tolerado. Con ese objetivo ha de señalarse que si el actor pretende que se le provea gratuitamente el aceite de cannabis debe ingresar al Programa, no compartiendo este Tribunal el criterio adoptado por el a quo de condenar a la obra social a su suministro cuando aún no se instó el procedimiento previsto en la ley 27.260. vi) En concordancia con lo expuesto, no puede soslayarse que la inscripción del actor en el Programa implica un trámite administrativo que consta de diversas etapas (donde debe presentarse documentación ante la ANMAT, la que luego se remite al Programa, quien a su vez puede requerir información o estudios complementarios o bien dar intervención a otras áreas, establecimientos u organismos con injerencia en la materia) y que culmina con un acto administrativo que puede ser recurrido conforme lo establecido en el decreto N° 1759/72 (ver anexo de la Resolución 1537-E/2017 del Ministerio de Salud). Esas diligencias necesariamente implicarán una demora que, tratándose de un menor con certificado de discapacidad y afectado por una grave patología, debe ser considerada al momento de resolver. Además, también debe tenerse presente que hace pocos días medios de comunicación nacionales y provinciales informaron que recién el pasado 29 de octubre del corriente el Estado por primera vez comenzó a administrar aceite de cannabis a un grupo reducido de pacientes con epilepsia refractaria, en un ¿ensayo clínico ideado y supervisado? por el Hospital Garrahan de la Ciudad de Buenos Aires (ver, entre otros, diarios Clarín del 28/10/18 y El Tribuno del 30/10/18). Esta situación reflejaría que el Programa aún no se encuentra completamente operativo, por lo que la incorporación de un paciente -sobre todo el interior del país como es la situación de S.- demandará un tiempo, que atento a las particularidades del caso, debe procurarse evitar. vii) Entonces, aunque sea necesario cumplimentar el procedimiento previsto en la ley 27.350, hasta tanto ese suministro por parte del Estado pueda hacerse efectivo, a fin de evitar un período de desamparo que podría resultar perjudicial en la salud del menor, la obra social demandada -en su carácter de agente de salud de S.- debe cubrir la adquisición el medicamento por fuera del Programa. Ello, claro está, cumpliendo amparista y accionada (según corresponda) con el Régimen de acceso de excepción a medicamentos no registrados (reglamentado por Disposición 10874-E/2017 de ANMAT y al que alude el art. 7 del decreto 738/2017). Esta solución se condice con el criterio interpretativo de la CSJN, según el cual reiteradamente ha destacado que ¿la niñez, además de la especial atención por parte de

quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda; con lo cual, la consideración primordial de aquel interés viene tanto a orientar como a condicionar la decisión jurisdiccional; con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, cuyo interés debe ser custodiado, con acciones positivas...? (Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229; 324:754 y 3569; 326:4931). En esta línea argumentativa, también cabe traer a colación la disidencia del Dr. Lorenzetti en el fallo de la CSJN "Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas", del 28/08/2007 (Fallos 330:3725), donde si bien se estableció que era el Estado -no demandado en ese proceso- quien debía satisfacer las prestaciones médicas allí reclamadas, se atribuyó a la empresa de medicina privada a la que se encontraba afiliado el actor la obligación de afrontarlas transitoriamente, a fin de evitar que el paciente vea frustrado su derecho fundamental a las prestaciones adecuadas de salud?.

viii) En virtud de lo expuesto, corresponde modificar este aspecto del decisorio recurrido y, por consiguiente, establecer que una vez que la actora acredite el inicio de los trámites de inscripción de S. en el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta del Cannabis, OSPE transitoriamente deberá cubrirle la provisión del aceite de Charlotte prescripto por sus médicos tratantes de acuerdo y través del procedimiento previsto en el Régimen de acceso de excepción a medicamentos no registrados. Asimismo, a fin de mantener la cobertura excepcional y transitoria explicitada en el párrafo anterior, la actora deberá comunicar mensualmente al juzgado los avances en el trámite de admisión y/o inclusión en el referido Programa; dejándose establecido que una vez que quede firme la decisión del Programa de admitir o denegar al paciente, de no ocurrir razones que exijan lo contrario, cesará la obligación de OSPE decidida en este pronunciamiento; ello sin perjuicio de que -frente a una eventual variación del marco fáctico aquí examinado- la amparista pudiese reclamar a la obra social la cobertura que conforme al nuevo escenario estimase pertinente.

4) Por todo lo expuesto, corresponde admitir parcialmente el recurso de la accionada, modificando la condena respecto de la cobertura del tratamiento con aceite de Charlotte con el alcance indicado en el punto anterior; pero confirmando lo resuelto por el juez de grado respecto al acompañante terapéutico y la silla de ruedas.

5) El art. 279 del CPCCN (aplicable al amparo por conducto del art. 17 de la ley 16.986) determina que cuando la sentencia fuese revocatoria o modificatoria de la de primera instancia, se deben adecuar las costas al contenido de ese pronunciamiento. En tal escenario, se considera que deben imponerse las de ambas instancias por el orden causado en virtud de la forma en que se resuelve y el carácter novedoso de la cuestión. Por ello, se RESUELVE: I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación deducido por OSPE a fs. 49/55 y, por consiguiente, MODIFICAR la sentencia de fs. 41/46 en lo relativo al reconocimiento del tratamiento con aceite de Charlotte, estableciendo que una vez que se acredite el inicio de los trámites de inscripción del menor C., S. J. D. en el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta del Cannabis, OSPE deberá cubrir en forma temporaria la provisión del aceite prescripto a través (en lo que a la obra social corresponda) del Régimen de acceso de excepción a medicamentos no registrados. Dicha cobertura se mantendrá siempre y cuando la actora comunique mensualmente al juzgado los avances en el procedimiento de admisión en el referido Programa y cesará una vez que quede firme la decisión de admitir o denegar al paciente. II) CONFIRMAR el decisorio en lo atinente al acompañante terapéutico y la entrega de silla de ruedas. III) IMPONER las costas de ambas instancias en el orden causado. IV) REGÍSTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvase. No firma la presente el Dr. Guillermo Federico Elías dejándose constancia de que participó en las deliberaciones (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Fdo. Dres. Mariana Inés Catalano- Alejandro Augusto castellanos- Jueces de Cámara- Ante mí: María Ximena Saravia- Secretaria

033195E