

***“El Jues como garante último de la
protección de los Derechos Humanos -
Panorama desde la acción de
amparo y la problemática de los
medicamentos de alto costo”***

**Tesis de Maestría en
Derecho con énfasis en
Derecho Constitucional y
Derechos Humanos
(UCUDAL- 2016)
Maestranda: Profa Dra Ma
Cecilia Barnech Cuervo
Tutor: Dr Eduardo Esteva
Gallicchio**

“El Jues como garante último de la protección de los Derechos Humanos - Panorama desde la acción de amparo y la problemática de los medicamentos de alto costo”

- I.- Introducción
- II.- Del Estado Legislativo al Estado Constitucional de Derecho: rasgos más salientes.
- II.1.- Supremacía Constitucional
- II.2.-“Los Derechos Humanos”
- II.3.-Estado Constitucional de Derecho y Constitución Uruguaya
- III.-“El lugar del derecho a la salud”
- IV.- La Tutela Jurisdiccional Efectiva
- V.-El Amparo en Uruguay: ¿Recurso sencillo y rápido?
- VI.-EL CASO: El amparo en la problemática de los medicamentos de alto costo
- VII.- EL CASO: Datos relevados
- VIII.- Las sentencias: Argumentos más salientes
- IX.- Voces destacadas
- X.- El fallo ineludible: sentencia de la SCJ
- XI.- Apreciaciones y reflexiones
- XI.1.- Sobre aspectos constitucionales generales
- XI.2.- Sobre la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el amparo
- XI.3.- Sobre las sentencias estudiadas
- XII.- Reflexión final
- Siglas/Abreviaturas
- Bibliografía

Cualquier actividad adquiere una dimensión diferente con el paso del tiempo. Esta maestría que he cursado no fue la excepción a la regla, desde el inicio hasta la finalización de los ocho módulos fue una experiencia inolvidable y enriquecedora.

Sin embargo, en el tramo final de elaboración de esta tesis, efectivamente se redimensionó. Todo lo aprendido, discutido, se consolidó y además me dio una nueva visión de los problemas jurídicos y sus posibles soluciones. No fue fácil la elección del tema, dicen que nunca lo es, pero el finalmente elegido aún más, me exigió una mirada muy particular del derecho, me recordó que el derecho pierde su sentido, su esencia, si no viene a resolver un dilema humano.

Me llevó por recorridos inesperados y me apasionaba a cada paso. Ese recorrido no hubiera sido el mismo ni así de interesante sin el apoyo permanente y siempre solícito de mi tutor. Estoy convencida que no hay tesis posible sin un tutor que te acompañe.

En mi caso, el Doctor Eduardo Esteva, fue esa guía imprescindible, con sus comentarios, su apoyo, su conocida exigencia y rigor. A él, solo palabras de agradecimiento y reconocimiento. En un mundo que ya prácticamente no se detiene por unos minutos para la reflexión y el conocimiento generoso, mi tutor me regaló todos esos momentos y me enseñó el valor de la mirada guiada, compartida.

En fin, un largo camino que se tornó muy disfrutable y me permitió volver a apasionarme fuertemente por el derecho.

I. – Introducción

Fundamentación – Justificación:

La presente investigación pretende ser un aporte a la reflexión acerca de las soluciones jurisprudenciales respecto de la acción de amparo como instrumento para la protección de la salud y su importancia ineludible en la tutela jurisdiccional efectiva en el Estado Constitucional de Derecho.

Consideramos que actualmente esta problemática tiene relevancia jurídica y social que merece atención, en tanto desde hace aproximadamente diez años comenzaron a surgir reclamos en la medida que el sistema de salud no daba respuestas satisfactorias para los usuarios; concretamente:

Amparos presentados por particulares (personas enfermas o representantes) reclamando la entrega de medicamentos de alto costo incluidos o no incluidos en el denominado Formulario Terapéutico de Medicamentos del Ministerio de Salud Pública, pero no proveídos por el sistema.

Consideramos que la trascendencia de estos casos surge principalmente por una colisión entre, en un primer nivel de análisis, el derecho a la salud, como derecho independiente y derivado del derecho a la vida y las obligaciones prestacionales del Estado.

Se entiende que parte del contenido esencial del Estado Constitucional de Derecho importa la protección efectiva de los derechos humanos por medio

de garantías judiciales eficaces y una mayor atención a la dimensión sustantiva del debido proceso.

Parece útil plantear ante el mundo jurídico académico y ante la sociedad el cuestionamiento acerca de si el sistema uruguayo efectivamente se consolida como Estado Constitucional de Derecho y acompaña el desarrollo normativo, especialmente, en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto a la tutela jurisdiccional efectiva, particularmente respecto del derecho en juego.

En el momento actual de las democracias, especialmente, latinoamericanas, parece de relevancia analizar el funcionamiento de este instituto. El planteo de estos aspectos importa, inicialmente, un llamado a la reflexión y a concientizar la importancia de las garantías jurisdiccionales en general. También importará una forma de concientizar acerca del rol del juez como protagonista en un Estado Constitucional de Derecho en cuanto sus pronunciamientos representen un esfuerzo de argumentación como control de legitimidad, ante la carencia natural de legitimidad democrática.

Objeto – Ámbito de la investigación: su delimitación

Se analizan los pronunciamientos judiciales sobre acciones de amparo presentadas por personas enfermas solicitando especialmente que el MSP y Fondo Nacional de Recursos (aunque dependiendo del caso se plantean como demandados ya sea el MSP, el FNR y/o las instituciones médicas)

proporcionen medicamentos de alto costo incluidos o no incluidos en su cobertura o en el denominado FTM.

Se tomarán en cuenta las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales de Apelaciones competentes (TACivil) durante el período de julio 2012 a julio 2016, con las delimitaciones y precisiones específicas que se plantean en el apartado “Las sentencias: aspectos generales” y lo especificado a continuación en “Metodología”.

Se toma este período como representativo de los pronunciamientos, sin perjuicio de que a los efectos del análisis; en caso de ser necesario; se realice alguna mención a jurisprudencia anterior al período seleccionado, particularmente las primeras sentencias dictadas en casos similares o posteriores por su inmediatez.

De más está señalar que toda delimitación metodológica implica algún grado de arbitrariedad y parcialidad, sin perjuicio se seleccionaron los casos teniendo en cuenta que se trata de la jurisprudencia más reciente, considerando cuatro años un período razonable de análisis y que permite incluir variedad de soluciones y motivaciones.

Objetivos generales:

* Contribuir a la obtención de conocimiento acerca de la acción de amparo como componente de la tutela jurisdiccional efectiva e instrumento de defensa de los derechos humanos en el Estado Constitucional de Derecho.

* Contribuir a la obtención de conocimiento acerca del instituto de amparo como instrumento específico de defensa de los derechos, particularmente la salud, en el ámbito delimitado.

Los referidos objetivos se pretenderán cumplir al responder las siguientes preguntas – marco:

- ¿Qué contenido tiene la tutela jurisdiccional efectiva y qué importancia adquiere en el Estado Constitucional de Derecho?

- ¿El amparo puede ser considerado un instrumento idóneo para la defensa y protección del derecho a la salud?

* Contribuir a la obtención de conocimiento y a la concientización acerca del Estado Constitucional de derecho en Uruguay, del derecho a la salud y su protección conforme la tutela jurisdiccional efectiva.

Objetivos particulares:

* Contribuir a la obtención de conocimiento acerca del contenido, alcance y lugar del derecho a la salud (especialmente en la provisión de medicamentos) y las garantías de protección en el sistema uruguayo como Estado Constitucional de Derecho.

* Contribuir a la obtención de conocimiento acerca de su reclamación judicial por vía de amparo y sobre las soluciones jurisprudenciales y su adecuación conforme los parámetros contemporáneos.

Los referidos objetivos se pretenderán cumplir al responder las siguientes preguntas – marco:

- ¿Cómo se regula y funciona el instituto de la acción de amparo en el sistema uruguayo, en lo pertinente al caso?

- ¿Qué contenido y alcance tiene el derecho a la salud (especialmente en la provisión de medicamentos) en el sistema uruguayo y si es conforme a los parámetros internacionales, especialmente el sistema interamericano.

- ¿Cómo se resuelven los reclamos judiciales por vía de amparo?

- ¿Los pronunciamientos del caso importan algún criterio o lineamientos paradigmáticos?

- ¿Puede realizarse una prospectiva?

Hipótesis de trabajo

Se intentará corroborar las siguientes hipótesis:

- El derecho a la salud en la provisión de medicamentos de alto costo resulta garantizado constitucionalmente, deficientemente regulado y parcialmente protegido una vez que se reclama su protección.
- La regulación general y de la acción de amparo, como garantía en el caso resulta parcialmente adecuado respecto del estándar que impone la noción actual de tutela jurisdiccional efectiva.

- Las sentencias judiciales dictadas al respecto, si bien pueden representar una clara tendencia hacia la protección del derecho en juego, importan criterios y fundamentaciones aún dispares, pero en franca evolución.

Metodología utilizada:

Para el trabajo de campo se realizaron los siguientes relevamientos:

- Se solicita listado de procesos de amparo contra el Ministerio de Salud Pública y/o el Fondo Nacional de Recursos ante la Oficina Reguladora de Asuntos durante el período julio 2012 a julio 2016.
- Se solicita listado de procesos de amparo y/o Fondo Nacional de Recursos por provisión de medicamentos de alto costo ante Ministerio de Salud Pública por igual período.
- Se relevan las sentencias de primera y segunda instancia de todos los procesos identificados por consulta electrónica de expedientes judiciales (<http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy/>) y por consulta a la base de jurisprudencia de la SCJ (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=6784>).

En tanto estos relevamientos no arrojan datos exactamente coincidentes, se realizaron dos estadísticas.

A los efectos del análisis jurídico en profundidad, se realiza otro corte metodológico por el cual se estudian un total de 77 sentencias:

- * 10 sentencias del año 2012 (representan la totalidad de las dictadas por medicamentos de alto costo durante el período seleccionado; julio – diciembre).
- * 21 sentencias de cada año 2013, 2014 y 2015 (tres por cada año por cada Tribunal)
- * 2 correspondientes al año 2016 (representan la totalidad de las dictadas por medicamentos de alto costo durante el período seleccionado; enero – julio)
- * 4 sentencias del año 2012 (fuera del objeto – se reclama prestación, con carácter comparativo).
- * 4 correspondientes al año 2016 (fuera del período, por ser las más recientes)

Resultados esperados

Una vez elaborada la tesis se espera:

* Haber realizado un planteo teórico suficiente para la comprensión de la problemática planteada.

* Haber analizado con un grado adecuado de profundidad el derecho a la salud en la provisión de MAC en la regulación general y su protección en la órbita jurisdiccional.

* Haber contribuido a la concientización del problema y al conocimiento del estado actual del Uruguay en lo que refiere a la protección de los derechos por parte de la actividad judicial en el marco de la temática seleccionada.

Martini:

“Quisiera ahora hacer una pregunta al profesor Zagrebelsky (...) la imposibilidad de definir la justicia. No entiendo como no se pueda reconocer que una cosa es el anhelo de justicia, inseparable de toda persona humana, otra definir en abstracto qué se entiende por justicia, y otra acordar por unanimidad qué es justo aquí y ahora. Me parece que la dificultad (...) no deberían oscurecer la evidencia de ese sentido de justicia del que todo nace y que es percibido por cada uno de nosotros como valor absoluto, no negociable.»

Zagrebelsky:

“Usted destaca la condición común de todo ser humano en la apertura al sentido de la justicia, en el hambre y la sed de justicia.(...) Agregaría que una sociedad en la que esté agotado el sentido de la justicia, en la que no se lo pueda cultivar, es una sociedad deshumanizada en la que no vale la pena vivir.”

II. – Del Estado Legislativo al Estado Constitucional de Derecho: rasgos más salientes.

Es verdad que la Ley ha ganado un lugar definitivo y acendrado como instrumento insoslayable para la protección de la libertad (...) Pero, por debajo de esa apariencia externa, han surgido dos fenómenos que han afectado gravemente a la situación privilegiada de la Ley. Uno es el resuelto destacamiento sobre su valor normativo, hasta ahora supremo, de una norma supralegal, en la que los revolucionarios franceses no habían siquiera mientes, aunque sí los revolucionarios americanos, la Constitución”¹

El desarrollo del Estado de Derecho puede resumirse como la progresiva minimización del poder por medio de su regulación jurídica, la creciente necesidad de constreñir el poder por la vía de las normas jurídicas.

La tendencia en la función del Estado, así como era la de ejercer su autoridad prácticamente sin límites, ha trascendido y evolucionado.

A partir de la Revolución Francesa se puede constatar una concepción de la ley que se ha prolongado hasta la actualidad: aquella norma general y abstracta representativa de la voluntad general y ocupando inicialmente una posición de verdadero privilegio, operando como respuesta a la necesidad de garantía para los sujetos que se expresará a partir del siglo XVIII. La ley crea un espacio de libertad organizado y seguro; viene a traer, además de su carácter democrático, una garantía a los ciudadanos y un principio de certeza y previsibilidad, dando lugar a la noción de Estado de Derecho.

En una concepción inicial, pues, el Estado de Derecho posee como nota más saliente la sujeción a la ley de todos quienes ejercen la autoridad así como

¹ García de Enterría (2006) pág 40.

también la sujeción de los particulares, es decir, la respuesta al Estado absoluto; sin perjuicio, de otros aspectos relevantes como la separación de poderes, principio de legalidad, la reserva de la ley, la legalidad de la administración. Por ello, puede hablarse en este estadio de Estado Legislativo de Derecho.

Esta función de la ley se ha superado y trascendido; varios factores han ido deteriorando esta posición, especialmente la problemática de sus insuficiencias intrínsecas y su ineficacia para resolver problemas más complejos de la sociedad.

En cuanto a lo primero, siguiendo a García de Enterría², puede afirmarse que la ley ha sufrido varios embates; la denominada “inflación desmedida” que en vez ya de generar estabilidad viene a provocar desorden y caos. De alguna forma, pierde su nota de abstracción y permanencia para dar paso a soluciones más concretas, ya sea a través de la modalidad de “leyes a medida” o bien, en el otro extremo (podría decirse) “leyes ómnibus”. En otras palabras, o bien aquellas que vienen a resolver un problema ocasional, parlamentos que aprueban disposiciones para cada problemática social puntual (como respuesta refleja a crecientes presiones sociales) en que la nota de generalidad y/o abstracción prácticamente desaparece; o bien “leyes ómnibus” en las cuales en

² García de Enterría (2006) pág 47 y sgtes.

un mismo producto parlamentario, se incorporan soluciones a diferentes órdenes de problemas.

Adicionalmente, los órganos legislativos han venido demostrando grandes problemas de técnica legislativa, entendida como la idoneidad para alcanzar el máximo de la coherencia y encaje de la ley en el sistema normativo, la que los textos legales actuales carecen en tanto se caracterizan por su complejidad, oscuridad; su falta de claridad y precisión del lenguaje jurídico.

Zagrebel'sky³, agrega el fenómeno de las llamadas "leyes pactadas" (aquellas que surgen de acuerdos políticos) por lo que el mundo de la ley se vuelve caótico, oscuro y, sobre todo, transaccional.

Todos estos factores han afectado, ineludiblemente, su valor normativo, tienen como consecuencia una multiplicación incontenible y desordenada de soluciones que en vez de generar certeza jurídica provocan grandes dificultades de sistematización y, consecuentemente, inseguridad jurídica.

En cuanto a lo segundo, la ley ha devenido ineficaz para los problemas y demandas cada vez más complejos, y donde la creciente preocupación por los DDHH y su necesidad de protección, como otro factor de cambio, ha dado paso al redescubrimiento de la Constitución. La mirada jurídica pasará a centrarse en esta, lo que irá dando paso al ECD (esta "constitucionalización" del derecho podría ubicarse históricamente como proceso posterior a la

³ Zagrebelsky (2009) pág 38

segunda guerra mundial). Pasa a ser una diferente forma discursiva del derecho, el emisor supremo es el constituyente y opera de manera distinta respecto de la ley.

La Constitución, en este tipo de Estado se caracteriza por varios elementos formales y materiales. Desde el punto de vista formal, generalmente se vincula a una Constitución de tipo rígida o, por lo menos, cierto grado de rigidez - su reforma requiere de un procedimiento especial, distinto al procedimiento legislativo ordinario - Ello le confiere estabilidad frente a la voluntad de las mayorías parlamentarias y, en definitiva, impide que pueda ser modificada por una norma de rango legal o por cualquier otra norma jurídica de inferior jerarquía, lo que da lugar a la noción de Supremacía Constitucional Formal. Esto conlleva a la distinción entre Constitución y la ley ordinaria, y por lo mismo podríamos decir que la forma de la norma, es decir, su proceso de creación o modificación, determina su naturaleza constitucional, lo que denominamos Supremacía Constitucional Formal Extrínseca, en tanto surge, de la distinción del proceso de elaboración y reforma respecto de otras normas.

Asimismo, esta Supremacía Constitución Formal (que personalmente denominaremos Supremacía Constitucional Extrínseca) se refuerza, con lo que llamaremos Supremacía Constitucional Formal Intrínseca: todas las normas de la Constitución tienen el mismo rango, a menos que la propia Constitución haga una diferenciación expresa respecto de sus contenidos.

Este principio se asienta en su carácter normativo que hace de ésta no un conjunto de principios programáticos sino verdadera norma jurídica.

Otro rasgo importante es que puede ser aplicada de manera directa, adquiere relevancia la noción de operatividad. En efecto, al ser una norma jurídica vinculante, no necesita de otra u otras normas que medien entre ella y la realidad que pretende regular.

Desde el punto de vista material o si se quiere ideológico, se caracteriza por un contenido mínimo esencial: la separación de poderes, el respeto de la dignidad de la persona y la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Se trata de una Constitución que reconozca un ejercicio del poder institucionalizado, que responda a ciertos valores y fines.

Desde una perspectiva si se quiere sociológica, también puede afirmarse que se requiere que esta Constitución formal tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política; es decir, que socialmente se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, desempeña su papel en los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico político.

Ahora sí, a diferencia de lo que ocurría en el Estado Legislativo de Derecho, el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la

referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. En consecuencia, se redimensiona la noción de responsabilidad.

Esta revalorización de la Constitución trae también un cambio muy profundo en la interpretación, impone una distinción entre la Constitución y la ley y ello consecuentemente reclama un diferente paradigma en la interpretación y en la tarea justificativa y/o argumentativa de las decisiones judiciales.

Desde este planteo y por su vinculación más directa con el objeto del presente trabajo, nos detendremos como parte del marco teórico en los siguientes rasgos del ECD: supremacía constitucional, los DDHH, el lugar del derecho a la salud y la tutela jurisdiccional efectiva (la que requerirá tratamiento en otro apartado)⁴

II.1.-Supremacía constitucional

⁴ Salvedad teórica: Previamente a pasar al planteo de estos aspectos corresponde hacer una salvedad teórica. Si bien realizamos este planteo desde la perspectiva del ECD, como se viene de decir, no desconocemos que la dogmática más actual ya se hace referencia al Estado Convencional de Derecho, como la forma contemporánea posterior al Estado Constitucional, en la medida que la norma fundamental está más allá de la Constitución, se encuentra en los tratados internacionales. A los efectos de la presente investigación partiremos de la noción de Estado Constitucional que actualmente se condice más adecuadamente con el sistema uruguayo vigente, lo que se explicará a lo largo del presente.

“Para inquirir sobre la auténtica “fuerza normativa” de una Constitución es necesario zambullirse en la realidad, auscultar el mérito de las normas en juego, evaluar su razonabilidad y factibilidad, y tener conciencia de la necesidad de actuar para traducir la vigencia formal en vigencia real de la Constitución. En ciertos casos, ese “actuar” demandará, además de lucidez y prudencia, coraje”.⁵

Es así que se da paso el ECD que impone, pues, una revalorización de la Constitución, de su fuerza normativa. La Constitución no solamente ocupa formalmente la cúspide del ordenamiento jurídico sino que esencialmente tiene una fuerza normativa tal que vincula tanto a las autoridades como a los particulares. Es decir, esta desplaza a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho, el denominado imperio de la ley (en el Estado clásico o legislativo de Derecho) habría devenido en imperio de la Constitución (Supremacía). Podría afirmarse, muy básicamente, que la noción clásica de lo que fue la ley; es la de la Constitución en el ECD, en el cual la ley recibe su validez de la Constitución y está jerárquicamente subordinada a ella.

La Constitución representa un “derecho más alto”, dotado de fuerza obligatoria directa. Siguiendo a Zagrebelsky⁶, esta tiene una pretensión de condicionar y contener los desarrollos legislativos contradictorios; pretensión de plantear una línea constitutiva que resista (e incluso sea capaz de adecuarse) a las exigencias evolutivas del Estado.

Evidentemente se trata de un cambio cualitativo en cuanto al rol de la Constitución, se trata de un “auténtico cambio genético”; “una profunda

⁵ Zagrebelsky (2009) pag 39

⁶ Zagrebelsky (2009) pág 33 y sgte

transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”.

En sentido similar, Tomás y Valiente⁷ plantea que la supremacía se alcanza con dos aspectos complementarios; la rigidez constitucional y agrega el concepto de “resistencia constitucional”. Esta última implica un núcleo constitucional que comprenda: un ordenamiento jurídico a merced del principio de jerarquía normativa constitucional; reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, vigentes ex Constitucione y protegidos jurisdiccionalmente y que el sistema de poderes del Estado y de los derechos ciudadanos tengan vigencia efectiva. Así, la “resistencia constitucional” permite una adaptabilidad a la dinámica política y social, una interpretación dúctil, teniendo como límite aquel núcleo o sentido sistémico.

Una Constitución es resistente en la medida que es capaz de permitir el acoplamiento entre la realidad normativa que propone y la realidad fáctica.

La supremacía constitucional encuentra su defensa básicamente en la consagración de un procedimiento especial para su reforma (rigidez, como se viene de decir) pero también consagra otros instrumentos de relevancia.

Risso Ferrand⁸ señala que la supremacía constitucional importa la consagración de mecanismos jurídicos para su “defensa”; destacando, procedimiento especial de reforma constitucional, soluciones sobre vigencia de

⁷ Tomás y Valiente (1994) pág 636

⁸ Risso Ferrand (2005)

la Constitución, operatividad de las normas constitucionales, procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de actos jurídicos jerárquicamente inferiores, principio de responsabilidad estatal, previsiones constitucionales para situaciones de anormalidad (estado de excepción).

“La fuerza normativa de la Constitución es el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento.”⁹

II.2.-“Los Derechos Humanos”

Negar a las personas sus derechos humanos, es cuestionar su propia humanidad¹⁰

⁹ Hesse, Konrad (1983) citado por Landa (2010) pág 17

¹⁰ Mandela

Desde el punto de vista material, el ECD se define por la protección efectiva de los DDHH.

En la concepción tradicional o clásica los derechos fundamentales son considerados derechos subjetivos públicos y, materialmente, se consideran límites a la intromisión estatal en la esfera de autonomía de los individuos, fundados en la dignidad humana.

En el ECD los DDHH son conceptualmente omnicomprensivos y vinculan tanto al Estado como a todos los demás individuos, ello impone en la terminología de Marshall Barberán¹¹ un verdadero cambio de paradigma, que impone nuevos mecanismos de control y protección de su efectividad, en términos de Bobbio implica una verdadera “revolución copernicana”¹²

Es decir, uno de los rasgos que mejor definen el ECD es la orientación hacia la protección de los derechos. Estos son la justificación más importante del Derecho y del Estado, y consecuentemente, este no es si no opera como instrumento de tutela de los derechos fundamentales y, como tal, se imponen fines y objetivos a realizar. Operan, pues, como límites a los poderes o como espacios capaces de resistir los embates arbitrarios de los poderes. El ECD se concreta en la centralidad de los derechos por sobre la ley y el Estado; se configuran como el eje transversal que cruza toda la Constitución; no solo los principios o la clásica parte dogmática, sino también las demás disposiciones.

¹¹ Marshall Barberán (2010) pág 43 y sgtes

¹² Avila Santamaría (2009) pág 775 y sgtes

En términos de Bidart Campos¹³, los DDHH constituyen la “franja de la Constitución” donde los valores y los principios quedan más intensamente convocados para su efectividad.

Suele hacerse una distinción entre “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “garantías”. Los DDHH son preexistentes, universales, inherentes a todo ser humano y, así, conciernen a la comunidad internacional en su totalidad. Se reserva la expresión “derechos fundamentales” a los expresamente reconocidos en las disposiciones normativas y el término “garantías” refiere a los mecanismos formales de protección^{14, 15}

En la declaración y Principios de Acción de Viena¹⁶ se proclamaron la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos. Por tanto, se puede afirmar que los DDHH son universales; relativos; autoejecutables o de eficacia directa; interdependientes; indivisibles, de igual naturaleza; justiciables.

Universales en cuanto son preexistentes, inherentes a toda persona pero no significa que sean absolutos, admitirán restricciones con ciertos requisitos: la restricción debe ser vía legislativa, tal restricción debe ser admitida constitucionalmente, tratarse de una restricción necesaria e idónea para

¹³ Bidart Campos (1999) pág 281

¹⁴ Serrano, Sandra (2013) pág 89 y sgtes

¹⁵ Precisión terminológica: a los efectos del presente se utilizará solamente la expresión “derechos humanos” DDHH

¹⁶ De fecha 23 mayo 1969, entrando en vigor el 27 enero 1980

asegurar la obtención del fin que fundamenta la restricción; que la solución no sea posible de alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos del derecho y ser proporcional entre el fin buscado y los efectos perjudiciales de la restricción.

Esta proporcionalidad como principio se descompone en una evaluación escalonada: examen de adecuación o conformidad de los medios a los fines: examen de necesidad o de intervención mínima y examen de proporcionalidad en sentido estricto.

En el examen de adecuación o conformidad de los medios a los fines, se evalúa si la restricción obedece a un fin constitucional, legítimo, un bien o derecho protegido constitucionalmente.

En el examen de necesidad o de intervención mínima: se evalúa si la restricción representa una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa menos restrictiva que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad constitucionalmente legítima. En este examen se exige: una necesidad material - el medio debe ser el que afecte menos los derechos fundamentales-, exigibilidad espacial - el medio debe ser aquel que establezca el menor ámbito de limitación de los derechos -, exigibilidad temporal, supone la delimitación mas rigurosa del tiempo de aplicación de la medida que afecta los derechos; exigibilidad personal, debe limitarse en la medida de lo posible las personas que sean afectadas en sus derechos.

Finalmente, se efectúa el examen de proporcionalidad en sentido estricto; se examina si la limitación o restricción producida al derecho constituye una medida equilibrada y justa entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado.¹⁷

Son autoejecutables o de eficacia directa, es decir, que las normas sobre derechos tienen aplicación directa, su vigencia y efectividad no requiere necesariamente de la intervención del legislador; sin perjuicio, para algunos derechos esta eficacia directa se vincula con la nota de progresividad. Esta admite, dependiendo de las circunstancias y con ciertos requisitos, gradualidad en su implementación y desarrollo, para que sus titulares puedan gozar de ellos y acercarse paulatinamente a su pleno ejercicio.

En cuanto a la interdependencia, si se considera la persona en su integralidad, va de suyo que el ejercicio de un derecho depende también de los otros; y la plenitud de la persona depende del ejercicio de todos y cada uno: el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos depende de la realización de otro.

Además de interdependientes son indivisibles y de igual naturaleza, en cuanto todos deben ser considerados con igual jerarquía y todos se consideran necesarios, refiere a una visión holística de los derechos, que deben ser vistos como una sola construcción, como un sistema de unidad y sin jerarquías. Esta visión trae aparejada la dificultad de determinar el estándar preciso de cada

¹⁷ Cfme, entre otros, Alexy (2002- versión original) (2009 – traducción utilizada)

derecho, pero propone como fórmula jurídica unívoca de obligaciones generales aplicables a todos los derechos sin distinción: respetar, proteger, garantizar y promover.

Esta relación entre los derechos se vuelve aún más notoria en el ejercicio de su justiciabilidad en cuanto, de existir colisión de derechos, deberá tomarse en consideración la noción de interdependencia y de sistema quedando vedado mirar los derechos en forma aislada o desvinculada. Al analizarse el caso, el juzgador deberá tener en consideración los derechos que se alegan violados pero también aquellos de los que depende su realización, de forma que se pueda verificar el impacto entre ellos.

Ahora bien, para el ejercicio de la garantía como mecanismo formal de protección, se suman dos aspectos relevantes: por un lado, debe estar delimitado el marco normativo de protección; en términos generales, Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interrelación. Y, por otro lado, los criterios de interpretación del mismo.

La protección de los DDHH supone una comprensión amplia de las fuentes del derecho; no solo los instrumentos dispositivos, sino también la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina (el denominado Soft Law¹⁸). Consecuentemente podrá denominarse también comprensivamente “derecho de los derechos humanos” entendido como

¹⁸ Si bien no hay una posición unánime en cuanto al alcance de esta expresión, se toma como aquellas fuentes a excepción del tratado.

esencialmente, un conjunto de normas internacionales e internas que, en más de una ocasión, se superponen en el tratamiento de una misma cuestión o de cuestiones que presentan tratamientos análogos.¹⁹

Esta superposición o interrelación, ha sido resuelta de diferentes formas en el derecho comparado, o aún no ha sido resuelta. Pueden reconocerse, por lo menos, cuatro modalidades, siguiendo a Sagües²⁰, supraconstitucionalización, constitucionalización, subconstitucionalización de primer grado y equiparación legislativa.

Tal como lo dicen las expresiones, en la primera modalidad los instrumentos de derecho internacional están por encima de la Constitución, al extremo que debería afirmarse que estos últimos podrían eventualmente modificar indirectamente alguna disposición constitucional.

En la constitucionalización es la Constitución que otorga su misma jerarquía a los instrumentos internacionales y en caso de contradicción entre, entonces, disposiciones de igual jerarquía debería mantenerse la que mejor protege el derecho (se analizará igualmente al detallar los criterios o principios interpretativos) Este fenómeno avanza aún más y se comienza a reconocer un bloque de derechos integrado por los derechos reconocidos constitucionalmente, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de DDHH y los derechos implícitos.

¹⁹ IELSUR (2006) pág 28

²⁰ Citado en IELSUR (2006)pág 87 y sgte

En la tercera modalidad, subconstitucionalización de primer grado, se le otorga una jerarquía suprallegal e infraconstitucional. Junto con la equiparación legislativa, es decir, el instrumento internacional tiene la misma jerarquía que la ley, estas últimas dos modalidades resultan discordantes con la evolución de la actual protección.

Tomaremos a los efectos de la presente la expresión simplemente “bloque de los derechos humanos”, y entenderemos por tal como el conjunto de derechos y garantías reconocidas por las normas de DDHH, sin importar la fuente que, en forma más acabada, protejan los derechos (en consonancia con los principios que se describen a continuación). De esta forma se evita que la constitucionalización importe una puerta abierta a la restricción de los derechos; y además permite que los órdenes convivan, se complementen y se controlen recíprocamente, asegurando estándares de protección.

En lo que refiere a la forma o criterios de interpretación y conforme a la visión que se viene de plantear, corresponde la aplicación del enfoque interpretativo de la armonización de derechos, especialmente en franca oposición con el criterio de jerarquización de derechos²¹

El criterio de la armonización se relaciona con la idea de coordinación o, mejor aún, de optimización, intentando establecer los límites de los derechos

²¹ Este enfoque pretende resolver las tensiones jerarquizando los derechos conforme a un criterio valorativo subjetivo de prelación que impone un desconocimiento del principio de indivisibilidad de los derechos.

en juego a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima, la fijación de esos límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad.

Pretende buscar un enfoque y técnica que resguarde la unidad del sistema de derechos teniendo como punto de partida y llegada la integridad y dignidad de la persona como asimismo del bien común, ya que la persona vive en sociedad, optimizando la potencialidad de todas las normas vinculadas.

Se propugna un conjunto de postulados básicos o principios rectores de interpretación aplicables para todas las normas de DDHH; tanto derecho constitucional y derecho internacional (CADH en lo aplicable a Uruguay) y principalmente desarrollados por las jurisdicciones internacionales (Corte IDH especialmente)

Teniendo, pues, en cuenta el marco de la CADH, y específicamente el artículo 29, a los efectos de la interpretación es menester atender, inicialmente, el principio de garantía mínima. Los tratados internacionales establecen un mínimun de protección o punto de partida a partir del cual siempre será posible ampliar el alcance con una norma más protectora, reconociendo la llamada fuerza expansiva de los derechos.

Ello se vincula con el principio tal vez más relevante, principio pro homine o pro persona (también denominado favor persona) por el cual siempre se deberá preferir, privilegiar o favorecer la aplicación de la norma más

protectora del derecho, independientemente de la fuente de que se trate, internacional o de derecho interno. Este principio se despliega en dos manifestaciones o directrices de preferencia, como señala Risso Ferrand siguiendo a Sagües²² preferencia de normas y preferencia interpretativa. En cuanto a esta última, se requiere que los derechos se interpretan de forma extensiva y las limitaciones de forma restrictiva. La preferencia de normas se manifiesta, por un lado, por la preferencia de la norma más protectora; la que posea el estándar mayor de protección, sin importar la ubicación o fuente; es decir, la regla de la jerarquía normativa cede ante el carácter más favorable. Y, por otro, se manifiesta por la conservación de la norma más favorable, en este caso cede el principio de derogación; una norma posterior no derogaría ni desaplicaría una anterior si esta otorga mayores protecciones.

En suma, la revolución el Estado legislativo al ECD impone la centralidad de los DDHH, los internaliza, es un proceso de conquista histórica de los derechos. Ahora los derechos se han instalado, el paradigma conceptual se ha modificado pero no se presenta como un modelo aún acabado, sino que continúa la lucha (con los instrumentos y construcciones planteados) para su cabal protección y goce.

²² Risso (2013) pág 313

II.3.-Estado Constitucional de Derecho y Constitución Uruguay

Hay una estrella polar que puede guiarnos; hay un deber supremo, visible para todos y para todo sagrado, que se presenta como norma inmutable ante el espíritu del ciudadano.

Esa estrella es la Constitución de la República; ese deber, su cumplimiento fiel.²³

²³ Ramírez (1868) citado por Gros Espiell (2012) pág 36

Afirmaremos, conteste con la doctrina uruguaya, que la CU asegura la supremacía constitucional consagrando mecanismos de defensa de la misma, conforme lo ya reseñado en el apartado anterior y que, consecuentemente, responde al ECD.

Siguiendo a Cassinelli Muñoz²⁴, según las tipologías constitucionales, la CU es de tipo rígida en cuanto prevé procedimientos de reforma constitucional especiales. El artículo 331 regula varias vías: iniciativa popular, iniciativa legislativa, Convención Nacional Constituyente y leyes constitucionales. En todos los procedimientos se requiere la participación de la ciudadanía, lo que le otorga legitimidad democrática y fortalecimiento.

El artículo 82 al disponer que la soberanía será ejercida indirectamente por los poderes representativos conforme a las reglas expresadas en la CU, establece la sujeción de los órganos públicos y gobernantes a las disposiciones constitucionales, es decir, la Constitución vista como límite a los poderes públicos (principio de constitucionalidad).

Consagra expresamente, también, un proceso de control de regularidad constitucional de las leyes en los artículos 256 y sgtes.

También contiene otras disposiciones complementarias que hacen a la defensa jurídica de la Carta, a vía de ejemplo, el artículo 309 y siguientes

²⁴ Cassinelli Muñoz (1989) pág 459

prevén la posibilidad de declarar la nulidad de los actos administrativos contrarios a una regla de derecho.

En cuanto a la operatividad de sus normas, el artículo 332 dispone que las disposiciones constitucionales que reconocen derechos a los individuos o atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas; deben aplicarse aunque falte la reglamentación respectiva, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

La aplicación directa de las disposiciones constitucionales se prevé expresamente para la protección de los derechos fundamentales y no exclusivamente para los reconocidos en la CU, sino para aquellos inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno, de acuerdo al artículo 72.

En síntesis, consagra los mecanismos adecuados para poder afirmar que se trata de un ECD, desde el punto de vista formal.

También se afirma que la CU cumple con las exigencias sustanciales propias del ECD. En lo que refiere a la separación de poderes, regula los tres poderes clásicos Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, los artículos 83, 149 y 233, respectivamente, establecen que el Poder Legislativo será ejercido por la Asamblea General; el Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o

con el Consejo de Ministros y el Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley.

La CU tiene, también, una visión omnicompresiva y tutelar de los DDHH. Si bien reconoce explícitamente derechos fundamentales (Sección II, Derechos, Deberes y Garantías), por el artículo 72 ingresa el reconocimiento de cualquier otro derecho humano inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno.

También el principio de reserva legal dispuesto en el artículo 7 por el cual los derechos sólo podrán limitarse, formalmente, por vía legal, y, sustancialmente, por razones de interés general, resulta un adecuado mecanismo de tutela constitucional, de garantía en el goce de los derechos.

Ahora bien, tal vez el aspecto más complejo en lo que a DDHH en el sistema uruguayo atañe es la interrelación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En puridad, en el sistema uruguayo, la aplicación del derecho internacional deriva de que el Estado suscriba la norma y luego el Poder Legislativo apruebe la ratificación, por medio de una ley, una vez sancionada y promulgada esta, se convierte en derecho interno vigente (artículo 85 numeral 7).

La doctrina actual uruguaya reconoce el ingreso de los derechos de los tratados internacionales por el artículo 72. Tal como enseña Cajarville Peluffo ²⁵ este artículo admite la incorporación a la Constitución de nuevos contenidos no expresados en su texto, inherentes a la personalidad humana o conformes con la forma republicana de gobierno.

Sin embargo, se encuentran voces dispares en cuanto si es necesaria una reforma constitucional al respecto. Risso Ferrand entiende que no se requieren modificaciones pues el “bloque” que comprende las normas constitucionales y las internacionales se rige por la directriz de preferencia (es decir, se aplica la norma que mejor protege el derecho).

Adicionalmente en análisis de este artículo y su trascendencia, Risso Ferrand²⁶ ha señalado que sus sucesivas interpretaciones denotan la sabiduría de la disposición por cuanto ha permitido que la protección de los DDHH vaya evolucionando por medio de interpretaciones sucesivas y complementarias.

Durán Martínez²⁷ ha destacado que la rigidez protege (mecanismo de defensa de la supremacía) a la Constitución contra voluntarismos de mayorías

²⁵ Cajarville Peluffo (1996) pág 156 y sgte

²⁶ Risso Ferrand (2015) pág 37 y 117

²⁷ Durán Martínez (2015) pág 61

ocasionales y aquella ductilidad permite una evolución sin rupturas pero que incorpore el avance de los derechos.²⁸

Saettone²⁹, por su parte, si bien comparte el ingreso de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, igualmente entiende que sería conveniente que explícitamente se establezca su valor constitucional o mejor aún supranacional.

En síntesis, el artículo 72 resulta un buen ejemplo de rigidez y resistencia constitucional en los términos del citado Tomás y Valiente³⁰, o de la ductilidad de Zagrebelsky, nota necesaria de una Constitución axiológica que proteja efectivamente los derechos y sus desarrollos.

²⁸ No desconocemos la complejidad interpretativa de este artículo plasmado en el relevante aporte de Sarlo, Oscar (2013), en cuanto podría aparecer contradictoria, o, por lo menos, confusa la convivencia de “los derechos inherentes a la personalidad humana” que remitiría al jusnaturalismo liberal y la referencia a la “forma republicana de gobierno” remitiría al republicanismo. Sarlo concluye: El artículo 72 remite a dos filosofías políticas antagónicas: el liberalismo personalista, y el republicanismo, cosa que hasta ahora nadie –hasta donde puedo ver- había advertido, o al menos destacado debidamente. La utilización de estos tipos ideales -subyacentes en los grandes debates de nuestra historia constitucional permitiría no sólo una mejor interpretación del artículo en cuestión, sino la “construcción de sistema jurídico de la Constitución” en su conjunto, tarea imprescindible para orientar la labor de los tribunales. La invocación retórica del artículo 72 de la Constitución sin profundizar en su significado filosófico-político lo vuelve un comodín sin contenido, que permite justificar cualquier decisión. Fundar una petición o un fallo en el artículo 72 sin argumentar nada más, es un enunciado vacío, una ausencia de razones, y en definitiva un acto arbitrario.

²⁹ Saettone (2015) pág 119

³⁰ Tomás y Valiente (1994) pág 635 y sgtes.

Por su parte, el IELSUR³¹, sugiere la reforma incluyendo una disposición que incorpore expresamente el “bloque de constitucionalidad” con rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Uruguay sin que contenga una enumeración taxativa. Recomienda, justamente, que dicha previsión podría materializarse agregando un inciso al artículo 72. En el referido documento se plantea también como posibilidad que en el uso de la potestad que se le confiere a la Asamblea General por el artículo 85 numeral 20, se dicte una ley interpretativa del artículo 72, consagrándose expresamente que los derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos forman parte de los “inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno”. Estas recomendaciones surgen en el entendido de que esta integración expresa de las normas, es una forma de ganar en herramientas para efectivizar la protección integral de los derechos y ofrecer mayores garantías, logra facilitar su aplicación, hacerla cognoscible y garantizar con mayor fuerza su implementación.³²

En definitiva, a diferencia de otras Constituciones de la región, la CU no ha reconocido en forma expresa el rango jerárquico de las Convenciones Internacionales de Derecho Humanos, su relación con el derecho interno. Sin embargo, a través del artículo 72, aquellos derechos allí consagrados que sean

³¹ IELSUR (2006) pág 40

³² IELSUR (2006) pág 37

inherentes a la personalidad humana o deriven de la forma republicana de gobierno adquieren jerarquía constitucional.

Esta es la posición que ha asumido la Suprema Corte de Justicia (SCJ) – y la posición que se adoptará a los efectos de la presente investigación - en sentencia revolucionaria en el momento de su dictado; sentencia 365 de fecha 19 de octubre de 2009 que declara inconstitucionales e inaplicables al caso concreto los artículos 1, 3 y 4 de la ley 15.848. Por primera vez, acepta la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos dentro del ámbito interno, dándole jerarquía constitucional (o por lo menos, claramente supralegal), reconoce la noción del bloque de los derechos fundamentales incorporado al sistema normativo uruguayo por vía del artículo 29 literal c de la CADH y del artículo 72 de la CU.

Risso Ferrand³³ ha destacado acerca de este pronunciamiento que: se acepta sin duda de tipo alguno la aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del ámbito interno; se reconoce rango supralegal, similar a la Constitución a las disposiciones internacionales referidas a los DDHH; se acepta la noción del «bloque de los derechos fundamentales» entendido como el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (tanto el derecho convencional, como el derecho

³³ Risso Ferrand (2012)pág 305 y sgtes

consuetudinario y los principios de «ius cogens») y los derechos implícitos, expresamente incorporados al ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal «c» de la CADH y del artículo 72 de la CU; dentro de este bloque las normas mantienen su fuente original (constitucional o internacional) y las diferencias normativas se superan con la aplicación de la «directriz de preferencia de normas”

III. – “El lugar del derecho a la salud”

... un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído (...) no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas (...) que son inderogables.³⁴

³⁴ Observación General No 14 Naciones Unidas, 2000

Ante el paradigma de protección efectiva de los DDHH, y a los efectos de la presente investigación, corresponde plantear qué lugar ocupa particularmente el derecho a la salud. Doctrinal y clásicamente se ha clasificado el derecho a la salud como derecho social, de segunda generación. En primer lugar, consideramos pertinente cuestionar la “clasificación” o “categorización” de los derechos.

Los criterios o perfiles de distinción resultan variados y heterogéneos, lo que como tal conlleva cierta arbitrariedad.³⁵ Siguiendo a Abramovich y Courtis³⁶, parece más adecuado no clasificar uno u otro derecho dentro de diferentes categorías, ya que ello implica, de algún modo, jerarquizarlos y más precisamente porque no plantean diferencias sustanciales, ya que, finalmente, presentan las mismas notas.

En el caso, el derecho a la salud sería incluido dentro de la categoría de derecho social y como tal podría entenderse como dentro de los derechos a participar de los beneficios de la vida en común, que implica un haz prestacional particular por parte del Estado y como tal pone en práctica su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. Es decir, estos derechos requieren para su materialización no sólo una abstención del Estado sino un hacer positivo.

³⁵ Cfme Bidart Campos (1999)

³⁶ Abramovich, y Courtis (2002) pág 25 y sgtes

Estos caracteres propios de los derechos sociales han hecho cuestionar su naturaleza de derecho fundamental. Sin desconocer estos planteos, los descartaremos a los efectos de la presente investigación; en el entendido de que en el caso del derecho que nos atañe su vinculación con la vida y la dignidad humana es tan estrecha y directa que torna indiscutible su carácter de fundamental (en tanto la vida y la dignidad humana representan el núcleo axiológico de los derechos).

Sin embargo, estos cuestionamientos en cuanto a la naturaleza de este tipo de derechos, traen aparejada la problemática acerca de si es o no posible reclamar judicialmente su protección.

Si entendemos que el derecho genera obligaciones positivas de parte del Estado, parece ineludible en un ECD que el sujeto tenga un mecanismo de exigibilidad del mismo, es decir, un instrumento para reclamar su protección en caso de lesión, amenaza u omisión de dichas obligaciones. Si, como se dijo, el ECD se reconoce como aquel que se centra en la protección de los DDHH, se reconoce también como aquel que consagra los mecanismos adecuados de protección; que evidentemente, recaen en el sistema judicial, por lo menos (independientemente, además, de otros mecanismos).

En realidad, así como importó una evolución del Estado Legislativo al ECD, esta dimensión importa la superación del Estado Liberal por el Estado Social de Derecho.

Este aspecto es el más complejo, importa un real desafío entre lo jurídico y lo político, particularmente el carácter prestacional del derecho, donde el Estado también pasa a cumplir un rol obligacional activo.

Ubicados en el paradigma, pues, del Estado Social y Constitucional de Derecho, y considerando además el rol fundamental de la Constitución, ningún derecho podría quedar excluido, su justiciabilidad tampoco (reconocimiento de un derecho y consagración de algún mecanismo de protección parecen irreductibles). Un derecho no adquiere su plenitud si no se protege su justiciabilidad entendida como la posibilidad de reclamar ante un tribunal su protección.

Esta parece ya indiscutida y no puede alegarse, de modo alguno, la teoría de las “political questions”(cuestiones políticas no alcanzadas por el control jurisdiccional, originada en el renombrado caso norteamericano *Marbury vs. Madison*). Sagüés³⁷ explica el porqué del debilitamiento de esta teoría y su necesaria superación, especialmente por su peligrosidad, en tanto, la tesis de las cuestiones políticas no justiciables importa una especie de anomalía, ya que es una “excepción al estado de derecho”, la admisión de la doctrina de las political questions importa un atentado al derecho a la

³⁷ Nos remitimos al análisis y crítica a la teoría de political questions (en que se aboga por la justiciabilidad de todas las cuestiones relacionadas con los derechos sociales) en Sagüés (2005) pág 300

jurisdicción de las personas y una abdicación al deber estatal de administrar justicia.

En términos de Gargarella³⁸, “el derecho a la protesta”, como el derecho a reclamar la intervención judicial, debe ser visto como “el primer derecho” y, en consecuencia, parece vedado negarle a una persona el acceso a un mínimo de recursos (económicos, educativos, sanitarios, etc.) para que pueda desarrollar una vida autónoma. De este modo, no constituye una buena respuesta, frente a una persona que no dispone de lo mínimo necesario para llevar adelante una vida con sentido, decirle que debe respetar la decisión de su comunidad de no acudir en su ayuda, Esta negación implica vulnerar los mismos valores que sustentan la legitimidad de la regla de la mayoría.

“Aun más, es mi convicción que al reclamar la intervención de los jueces para atender ese piso mínimo (al que hace referencia la mayoría de los derechos socioeconómicos), el igualitarismo fortalece la calidad democrática de la sociedad.”³⁹

Planteados estos aspectos, corresponde delimitar, específicamente, el alcance y contenido esencial del derecho a la salud, su núcleo irreductible.

³⁸ Alegre, Marcelo en Alegre y Gargarella (coordinadores) pág 156 y sgtes

³⁹ Alegre, Marcelo en Alegre y Gargarella (coordinadores) pág 156 y sgtes

Se entiende el contenido esencial como el núcleo básico y universal que define y atribuye significado a un derecho, sin el cual ese derecho se considerado violado.⁴⁰.

Este derecho es un derecho humano, fundamental que obliga al Estado en doble sentido: en primer término este está constitucionalmente impedido de realizar cualquier acto que lo afecte y, por otro lado, debe crear condiciones indispensables, cabal observancia y cumplimiento.

Parece oportuno mencionar los principios rectores de la OMS plasmados en su Constitución⁴¹, a pesar de no poseer fuerza normativa vinculante, pero útil a los efectos de la comprensión de su alcance e importancia. Se dispone que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (principio 1) y que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (principio 2).⁴²

⁴⁰ Rodríguez Galusso(2009) pág 299

⁴¹ La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948, de la cual Uruguay es miembro como miembro de la ONU

⁴² También se reconoce el derecho en la Constitución de la Organización Panamericana de la Salud (artículo 1); Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (artículo 6), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5), Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículos 1 y 11), Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 34), Convención de los Derechos del Niño (artículos 24 a 27)

Aparece inicialmente reconocido en la DUDH en el artículo 25, al disponer que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

También es reconocido en el PIDESC⁴³, en el artículo 12 y especialmente en el Protocolo Facultativo, en la Observación General No. 14, el que lo considera como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con el derecho. También incorpora la noción de participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones en los planos comunitario, nacional e internacional.

Por su parte, la CADH⁴⁴ dispone, primeramente, en el Capítulo III – Derechos Civiles y Políticos, el reconocimiento y protección del derecho a la vida y a la integridad personal y más específicamente en el Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)⁴⁵. En el artículo 10 se reconoce el derecho con un amplio alcance: como el derecho al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y

⁴³ Ratificado por Ley 13751 de fecha 1 agosto 1969

⁴⁴ Ratificado por Ley 15737 de fecha 8 marzo 1985

⁴⁵ Ratificado por ley 16519 de fecha 22 julio 1994

social.⁴⁶ Además se declaran los compromisos de los Estados Parte: a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Abarca no solo acciones en contra de una enfermedad, sino el derecho a una calidad de vida digna y adecuada, el óptimo estado de salud físico, mental y social que sus condiciones le permitan.

Este derecho, pues, conforma un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos bloques, el primero, lo que se desprende directamente del

⁴⁶ Cfr. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución sobre El acceso a los medicamentos en el contexto del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental(11 de junio de 2013) UN Doc A/HRC/23/L.10/Rev.I párrafo 2; Asamblea General de las Naciones Unidas, 'Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental Paul Hunt(13 de septiembre de 2006) UN Doc A/61/338 párrafo 40, y Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, relativo al acceso a los medicamentos(1 de mayo de 2013) UN Doc A/HRC/23/42 párrafo. 3.

derecho a la vida, por lo que atentar contra la salud equivale a atentar contra la vida.

El segundo bloque refiere a la parte asistencial o prestacional, más vinculado al Estado Social de Derecho, por lo que impone acciones concretas a fin de prestar el servicio público correspondiente para asegurar el goce no solo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos.

Así se agrega un nuevo desafío; siguiendo a Bidart Campos⁴⁷ por su carácter y contenido, la salud mantiene una estrecha relación con el orden económico – tal vez más fuerte que en otros derechos - y, ello por cuanto las prestaciones requieren gastos; y porque requiere también infraestructura humana y material, lo que también se traduce en erogación económica.

Esta implica, entonces, justiciabilidad de las normas presupuestales, las que no pueden ser ajenas al control, afirmando también este autor que el presupuesto público puede y debe ser judicialmente fiscalizado en orden a verificar que los poderes políticos hayan respetado un orden de prioridad de bienes jurídicos a satisfacer conforme los parámetros constitucionales, lo que ha sido recogido por la justicia argentina ⁴⁸

⁴⁷ Bidart Campos (1999) 309 y sgtes

⁴⁸ Caso de amparo sanitario, sentencia de 15 de marzo de 2007 citada por Ochs (2013) pág 289

En este planteo, Bidart Campos abre paso a la llamada “ciudadanía social” (en contraste con las ciudadanías civil y política) entendida por tal aquella que incorpora a la persona en el bienestar mediante el acceso y disfrute de estos derechos.⁴⁹

Al respecto, la CortelIDH integró el artículo 26 de la CADH ⁵⁰ (desarrollo progresivo) en cuanto declaró que dicho artículo puede ser invocado para proteger el derecho. Este dispone que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, contenidas en la Carta de la OEA en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Pues bien, la efectividad debe lograrse de forma progresiva y en atención a los recursos disponibles. Es más, la ComisiónIDH entiende esta obligación como un deber estatal justiciable”⁵¹

⁴⁹ No desconocemos quienes se posicionan en el paradigma opuesto, como Engelhardt y Sade quienes entienden que el principio de autonomía de la persona impide la justificación de derechos positivos, en el caso de admitirlos se legitimarían acciones coactivas por parte del Estado hacia personas y bienes de terceros, por ejemplo en forma de impuestos para aliviar a sectores menos favorecidos. Para ellos, lo más justo es que la salud esté regulada por el libre mercado, por lo menos en niveles: nivel básico soportado por la sociedad y un segundo nivel regulado por el libre mercado planteo neoliberal desde la bioética (conocido como libertarianismo), Cfme Engelhardt (1995) pág 401 y sgtes

⁵⁰ Convención Americana Sobre Derechos Humanos comentada (2014) pág 662

⁵¹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos comentada (2014) pág 681 y sgtes.

Siguiendo a Courtis, entonces⁵², aunque inicialmente parezca que la noción de progresividad importaría un margen amplio de apreciación, la progresividad está vinculada a la idea de gradualidad, se reconoce que la efectividad no puede eventualmente lograrse inmediatamente, sino que requiere de decisiones paulatinas, escalonadas y la opción en la administración de dichos recursos. Pero impone la obligación de avanzar lo más eficazmente posible, resultando inadmisibles la actitud del Estado de diferir injustificadamente la toma de decisiones. Para ello, se ha señalado como parámetro cuatro posibles actuaciones por parte de los Estados: regresión, estancamiento, progreso insuficiente, progreso suficiente, este último sería el actuar conforme a la CADH.

Asimismo, cabe igualmente señalar que a efectos de la justiciabilidad de estos derechos, resulta también útil la valoración de la prohibición de no regresividad, entendida como la prohibición de adoptar medidas deliberadas que supongan el empeoramiento del nivel de goce de un derecho.

En cuanto al límite a la protección en virtud de los recursos disponibles, se entiende que la medida de los recursos disponibles es justamente el máximo de los recursos de que disponga, no menos, en coincidencia con la regulación del PIDESC. Y ante la efectiva falta de recursos, el Estado, en sede de justiciabilidad, tiene la carga de probar que ha realizado todos los esfuerzos para utilizar todos los recursos que tiene a su disposición y que los ha

⁵² Convención Americana Sobre Derechos Humanos comentada (2014) pág 681 y sgtes

priorizado teniendo en cuenta la preferencia por los grupos que no pueden satisfacer por sí el derecho.

Es más, el ComitéDESC a efectos de evaluar la responsabilidad del Estado considera que se debe tener en cuenta: hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos; si el Estado ejerció sus facultades de forma no arbitraria ni discriminatoria, si la decisión de asignación de recursos es conforme a los criterios internacionales, si existiendo varias opciones, el Estado escogió la preferente para la protección del derecho, si el Estado tomó en cuenta la situación de precariedad, de gravedad y/o riesgo de la persona.

El ComitéDESC aún va más allá y también desarrolla los criterios de evaluación en caso de que el Estado adopte una medida regresiva; nivel de desarrollo del país, gravedad de la violación y si se trata de violación al mínimo esencial, si el país atraviesa un momento particular de recesión económica, existencia de otras exigencias graves que comprometan los recursos, si ha buscado otras soluciones, si ha recurrido a la cooperación internacional.⁵³

Esta problemática también ha sido abordada en la órbita de la bioética y del desarrollo de los avances científicos y tecnológicos.

⁵³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la Evaluación de la obligación de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles”, en coincidencia con los Principios de Limburgo, especialmente del 29 al 34.

Esta disciplina ha contribuido a concientizar que los tratamientos médicos y los medicamentos pasan a ser protagónicos y núcleo del derecho a la salud, aspectos en que las desigualdades sociales se evidencian y el medicamento se transforma en una mercancía.

La bioética, pues, viene a forjar una reflexión acerca de esta problemática y si bien no ha generado un cuerpo normativo con la fuerza vinculante necesaria, ha puesto las cartas sobre la mesa. La Declaración de Bioética y Derechos Humanos, en el artículo 14 se reconoce el derecho al acceso a los sistemas sanitarios y a los medicamentos esenciales para su mayor bienestar. Por su parte, en el artículo 15 se establece el compromiso de los países miembros en el sentido que los beneficios resultantes de cualquier investigación científica y sus aplicaciones deben ser compartidos por la sociedad, entre los cuales, se encuentra el suministro de nuevas modalidades o productos de diagnóstico y terapia obtenidos gracias a la investigación.

Para el objeto específico de la investigación, acceso a medicamentos y, particularmente, los MAC la problemática se profundiza. Es el punto donde el acceso a los MAC (como parte del cúmulo de derechos vinculados a la salud) se entrelaza de forma más compleja con la disponibilidad y distribución de los recursos, y donde, surgen otros intereses en juego que también condicionan las soluciones.

Desde la visión de la bioética los intereses de la industria farmacéutica juegan un rol verdaderamente condicionante, especialmente a la hora de

clasificar un medicamento como esencial o no, por ejemplo, o de ser o no otorgado por parte del Estado.

Entiende que el criterio determinante para el otorgamiento de una determinada sustancia como parte de la obligación prestacional del Estado debe ser si permite el goce de una vida digna, el goce de una vida de calidad, y no si está o no incluido en un listado administrativo; lo que no implica, de modo alguno, un uso o indicaciones médicas indiscriminadas o irresponsables de los medicamentos

Siguiendo a Hunt y Khosla⁵⁴, el medicamento debería ser considerado un bien público social y no un bien de mercado, pero ello implica un conflicto con los derechos de propiedad intelectual y patentes de invención. En cuanto a ello, en la reseña de Blengio ⁵⁵ pueden distinguirse dos momentos claves; inicialmente, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos a la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁵⁶ el que abarca a la industria farmacéutica como rama patentable, con las consecuencias que ello implica.

Un segundo momento surge en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial de la OMC relativa al Acuerdo ADPIC y la Salud Pública, dando lugar a la denominada Declaración de Doha. Este documento intenta buscar un punto

⁵⁴ Hunt, Khosla (2008) pág 101 y sgtes

⁵⁵ Blengio (2015) pág 22 y sgte

⁵⁶ Tratado ratificado por la Ley 17064

de equilibrio en el conflicto entre derecho a la salud y el acceso y derechos de la industria farmacéutica y dejar de manifiesto la necesidad de flexibilizar los determinantes económicos.⁵⁷

Sin perjuicio, la Declaración de Doha es vista como insuficiente en cuanto no clarifica certeramente el rol del acceso a las medicinas dentro del sistema de la OMC ya que no establece la superioridad del derecho al acceso a los medicamentos por sobre los derechos de propiedad intelectual.

El acceso a los medicamentos se vincula, por lo menos, con los siguientes conceptos relacionados al sistema de salud: “cobertura universal” y “equidad sanitaria”. Se entiende por “cobertura universal” el acceso de todos a los servicios de salud y por “equidad sanitaria” el acceso igualitario y equitativo, entre los que indudablemente se encuentra el acceso igualitario a los medicamentos necesarios de acuerdo a cada enfermedad.

El acceso no igualitario a la medicación ya sea entre sujetos con igual enfermedad o entre sujetos con diferentes enfermedades es entendido como una “modalidad de exclusión” (Informe sobre la Salud en el Mundo 2008-OMS)

⁵⁷ Especialmente Postulado 4: Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.

A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.

y de esta forma ilegítima violentando la igualdad en la efectividad del derecho al acceso a la salud y, finalmente, a la integridad física y la vida.

Es decir, que la igualdad juega un papel fundamental en el derecho al acceso a MAC.

Con suma claridad, Carbonell ⁵⁸ explica que, por un lado, la igualdad es un parámetro fundamental del pensamiento político, social y jurídico de nuestro tiempo pero, por otro lado, su conceptualización es compleja y discutida. Asimismo, en el Estado constitucional la igualdad es vista como “uno de los principios vertebradores” del modelo y, más aún, en el pensamiento filosófico moderno se vincula con la idea de justicia.

Ello se traduce en el mandato constitucional de igualdad en los DDHH; especialmente en el goce materialmente igualitario de los mismos. Como tal, la igualdad es un concepto relacional, es decir, medida respecto de otro.

La teoría jurídica distingue la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. Para el caso, importa especialmente esta última; que consiste en el trato igualitario respecto de las autoridades encargadas de aplicar la ley, es decir, este mandato se dirige particularmente a los poderes estatales.

Pueden distinguirse, de un lado, la denominada igualdad en las posiciones de partida”, entendidas como aquellas desigualdades sanitarias

⁵⁸ Carbonell (2015) pág 57 y sgtes.

derivadas de determinantes sociales; y por otro, la igualdad de oportunidades al acceso a los recursos sanitarios.

Este principio puede enunciarse como: “Si alguien tiene la oportunidad de recibir un bien o servicio que satisface una necesidad sanitaria, entonces todo aquel que comparta el mismo tipo y grado de necesidad debe tener la misma oportunidad efectiva de recibir tal bien o servicio”⁵⁹ En este esquema, en el caso de la satisfacción de necesidades, como es el caso, ante necesidades iguales a satisfacer, no se admitiría un tratamiento desigual.

Vidiella, como referente en Latinoamérica, recoge la noción de justicia sanitaria, perspectiva universalista e igualitarista de derecho a la salud. En relación al tema de asignación de recursos en la salud y los criterios normativos que deben orientar los procedimientos, es importante la noción de necesidades sanitarias. La primera constatación es que la salud es un bien indivisible y sus necesidades no admiten niveles, es decir, no puede distinguirse entre una salud básica, en la que se proporcionen servicios mínimos, y una salud superior, sin producir serias injusticias e inequidades en el acceso. Propone un abordaje integral de las necesidades humanas que

⁵⁹ Almiñana (2015) pág 28

contrarreste el desarrollo de un modelo médico ineficiente cuyo principal objetivo es la acción curativa en detrimento de la práctica científica más integradora y efectiva.

En esta visión integradora, Hunt y Khosla ⁶⁰, entre los elementos claves para comprender el alcance e implicancias del derecho, destacan entre otros, especial atención a cuestiones de no-discriminación, participación activa e informada de individuos y comunidades en la toma de decisiones. Entienden que la participación activa e informada de individuos y comunidades en el proceso de diseño de políticas públicas que los afecten es una característica importante del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

Cuando un Estado formula sus políticas y programas en salud, debe tomar medidas para garantizar la participación activa e informada de los afectados, no solamente de asociaciones profesionales y universidades, sino también de comunidades rurales, organizaciones no gubernamentales, pacientes y asociaciones de consumidores, y representantes de grupos desaventajados.

El derecho a la salud trae aparejada la exigencia de establecer mecanismos de control y responsabilidad que sean accesibles, transparentes y eficaces – “governance and accountability”⁶¹

⁶⁰ Hunt y Khosla (2008) pág 101 y sgtes.

⁶¹ Cfme OPS (1999)

Es crucial que todos los Estados tengan una política en medicamentos y un detallado plan de implementación actualizados, que puedan ciertamente reducir la brecha entre la declaración de voluntad y la acción; “compliance gap” que se amplía entre los países desarrollados y en desarrollo.

Como marco final de este apartado merece especial atención la reciente sentencia de la CortelDH de fecha 1 de setiembre de 2015, en que se ventila un caso sobre el derecho a la salud⁶², que en muchos aspectos confirmó lo arriba reseñado.⁶³

Se pronuncia directamente sobre las llamados obligaciones negativas y positivas de los Estados:

“Estados se comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)” “ En este sentido, la Corte ha establecido que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”⁶⁴

Recuerda precisamente la interdependencia e indivisibilidad de los derechos:

“Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos

⁶² Caso Gonzales Lluy y otros VS Ecuador (sentencia 1 setiembre 2015)

⁶³ Puede verse para análisis particular de este fallo Garat (2015) pág 59 – 79

⁶⁴ Numeral 168

*integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello*⁶⁵

Y específicamente sobre el contenido y alcance del derecho a la salud:

“el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación”^{66 67}

Particularmente sobre el derecho a la salud y los medicamentos, se destaca en lo pertinente:

*“El acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”*⁶⁸

En cuanto al derecho a la salud y la CU, tal como explica Cassinelli Muñoz⁶⁹, existen disposiciones constitucionales que se vinculan directamente con la protección del derecho y también otras que se relacionan en forma indirecta pero que también hacen a dicha tutela.

Respecto de las primeras, destaca los artículos 7 y 44; el artículo 7 reconoce y protege el derecho a la vida, y el artículo 44 refiere especialmente a la salud y con un amplio alcance. Dicho artículo dispone, se podría afirmar,

⁶⁵ Numeral 172

⁶⁶ Numeral 171

⁶⁷ También la referida sentencia plantea la complejidad de la protección de los DESC en el marco de las competencias del CorteIDH y su relación con el Protocolo de San Salvador, lo que no se tratará en esta investigación (por razones de extensión y delimitación metodológica) sin perjuicio, de que pudiere tener alguna repercusión indirecta.

⁶⁸ Numeral 194

⁶⁹ Cassinelli (1989) pág 462

respecto de cuatro aspectos del derecho a la salud: el alcance de la noción regulada, que incluye salud e higiene públicas; el deber de los habitantes de cuidar su salud; y los deberes del Estado de, por un lado, legislar respecto de ellas y con una finalidad específica y exigente: procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país y, por otro, de proporcionar gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Al Estado, pues, no le corresponde un rol pasivo o abstencionista, sino se le impone un actuar positivo en donde el objetivo final debe ser la protección efectiva del derecho.

Los artículos 26, 37, 40, 41, 45, 46, 47, 54, 56, 71, refieren indirectamente a la salud.

El artículo 26 hace mención a la protección individual de la salud de los privados de libertad. El artículo 37 regula sobre los límites a los inmigrantes como medida de protección sanitaria de la población (dispone que la inmigración deberá ser reglamentada por la ley, pero en ningún caso el inmigrante adolecerá de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad).

Los artículos 40 y 41, refieren a este derecho en el marco de la protección a la familia; al proteger la estabilidad moral de sus integrantes, el

goce de la plena capacidad corporal, la maternidad y la protección contra el abandono corporal.

El artículo 45 refiere a la protección de la vivienda en condiciones de higiene; así como en el artículo 46 se impone la obligación del Estado de dar asilo a las personas carentes de recursos, inhabilitadas para el trabajo por razones de inferioridad física o mental de carácter crónico. El artículo 47 protege indirectamente el derecho al reconocer y darle tutela especial al medio ambiente. También se protege la integridad física y moral en el ámbito laboral, en los artículos 54 y 56; y en la educación, estableciéndose la utilidad social de la enseñanza gratuita de la educación física, en el artículo 71.

Desde el punto de vista orgánico se recuerda el artículo 186 por el cual los servicios como la Salud Pública no podrán ser descentralizados en forma de Entes Autónomos, aunque la ley podrá concederles el grado de autonomía que sea compatible con el contralor del Poder Ejecutivo (cometido atribuido actualmente al MSP).

También se protege el derecho a través de la promoción de la planificación y el desarrollo, por medio de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, regulada en los artículos 214 y 230 así como la protección de la salud es parte de las competencias de los gobiernos departamentales; el artículo 275 dentro de sus atribuciones estipula la de velar por la salud pública.

Como se verá, el derecho a la salud no sólo está reconocido con un amplio contenido sino que también se le otorga una protección especial, operando también como límite para la protección de otros derechos. Por ejemplo, la facultad legal del Estado de reglamentar la libertad de enseñanza por razones de higiene, conforme el artículo 68, con similar regulación para la libertad de reunión, en el artículo 38.

Cassinelli Muñoz⁷⁰ concluye que sin importar qué concepto de salud se recoge en la Constitución, ello no acarrea limitaciones porque de todos modos los progresivos desarrollos o ensanches del contenido del derecho merecerán igual protección por quedar alcanzados por el concepto expansivo del artículo 72, derechos inherentes a la personalidad humana, lo que es suficiente para su admisión inmediata y directa.

La CU también prevé mecanismos de responsabilidad para la actuación estatal vinculada a este derecho, en la función legislativa con el deber de legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social, y no se trata de una mera distribución de competencias sino una obligación cuya omisión podría generar responsabilidad. En la actividad administrativa, se les imponen los deberes mencionados en los artículos 44 in fine y 46, así como todas las eventuales responsabilidades derivadas de la conducción de las políticas de salud.

⁷⁰ Cassinelli Muñoz (1989) pág 464

Los conflictos que surjan en relación a este o cualquier otro derecho, por actividad estatal, serán finalmente dirimidos por los órganos judiciales. Es decir que el derecho puede hacerse valer contra personas públicas o privadas, ante la Administración en procesos administrativos y ante los órganos judiciales competentes, como cualquier otro derecho inherente a la personalidad humana.

En definitiva, se puede afirmar que la CU contiene lineamientos compatibles con la noción de Estado Social de Derecho y reconoce el derecho a la salud con el contenido contemporáneo del mismo y regula no solo el derecho en sí sino un haz de protecciones jurídicas.

La jurisprudencia que se analizará en la presente (apartado “Las sentencias: sus argumentos más salientes”) considera que el artículo 44 extiende el deber del Estado no solo a “los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables” (lo dispuesto especialmente en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador) sino que es más protectora al alcanzar a los “carentes de recursos”.

En este sentido, se comparte la interpretación de Van Rompaey⁷¹ en cuanto que la utilización en el inciso 2 del artículo 44 de la conjunción disyuntiva “o” entre las expresiones “indigentes” y “carentes de recursos” implica la diferencia o contenido significativo diverso entre los dos grupos de personas, y la Constitución incluyó a los dos

⁷¹ Van Rompaey (2016) pág 159

En consecuencia, esta disposición es más protectora y debe elegirse por directriz de preferencia de norma más favorable.

En definitiva, el derecho a la salud comprende el disfrute del más alto nivel posible de salud, lo que incluye en acceso a MAC. Conforme el marco constitucional, al Estado uruguayo claramente se le impone el deber de proteger este derecho, con especial atención a los indigentes y carentes de recursos, en regulación más protectora que el marco del derecho internacional de los DDHH. Como toda obligación estatal en un ECD, está puede ser reclamada judicialmente y corresponderá este poder su control último (hasta las máximas consecuencias, importando también, de ser necesario, el control presupuestal en tanto su cumplimiento requiere erogaciones especiales).

IV. – La Tutela Jurisdiccional Efectiva

*Todo proceso debe ganarse el nombre de debido y el apellido de justo*⁷²

Todo lo dicho anteriormente exige también un modelo procesal que de modo efectivo haga realidad los derechos; que apunte a asegurar, entre otras cosas, un mínimo de garantías procesales de rango constitucional que permitan su protección.

El proceso constituye hoy el resguardo por el cual se asegura con mayor efectividad los bienes jurídicos tutelados, la defensa de la persona humana y del respeto de su dignidad. Es decir, se exige un sistema jurisdiccional de protección eficiente y eficaz lo que impone no sólo la consagración de esas garantías sino más precisamente un modelo procesal que refiere, pues, al debido proceso en todas sus manifestaciones. Si se pretende que opere como control respecto de quienes ejercen el poder (administrativo, legislativo y el mismo judicial) y entre los particulares, requiere que sea regulado, en sus aspectos esenciales.

¿Qué se entiende por TJE⁷³? Básicamente, no parece posible referirse a esta sin mencionar el concepto de debido proceso. Ahora bien, en la dogmática

⁷² Colombo Campbell (2004) pàg. 157 Falta en bibliografía

⁷³ Tomaremos la expresión tutela jurisdiccional efectiva como noción con mayor alcance al de tutela judicial efectiva; de forma de incluir todos los mecanismos vinculados a la función de administración de justicia, ya sea judiciales o jurisdiccionales, ello por cuanto en el denominado derecho de los derechos humanos, la garantía se ejerce no solo a nivel judicial nacional sino también en sede internacional, específicamente CorteIDH. En el ámbito interno, por ejemplo, el TCA es órgano jurisdiccional y no judicial y colabora para garantizar el derecho a la salud.

y el propio derecho comparado no hay consenso acerca de la relación entre estos los conceptos: tutela jurisdiccional y debido proceso.

Siguiendo el planteo de Ticona⁷⁴, para algunos, por ejemplo, Marcial Rubio Correa puede entenderse que son derechos de contenido idéntico, que refieren al mismo cuerpo de derechos, que tiene dos nombres distintos por haber tenido dos procedencias distintas, tanto de naciones como de familias del Derecho: la TJE tiene su origen en el derecho continental (tiene sus orígenes en la Constitución Italiana de 1947 y en la elaboración de de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, luego recogida en la Constitución española de 1978) mientras que el debido proceso legal tiene su origen en el derecho anglosajón.

Para otros, se les considera derechos de ejercicio sucesivo. Sáenz Dávalos sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional consiste en el derecho que tiene toda persona de acceder al órgano jurisdiccional por medio de la vía procesal correspondiente, por lo que su primordial manifestación es el derecho de acción. Una vez iniciado el proceso lo que suceda en él corresponde al debido proceso. De ahí, que serían derechos de existencia y ejercicio sucesivo, primero el derecho a la tutela jurisdiccional, y ya dentro del proceso, el derecho al debido proceso.

⁷⁴ Ticona (2007) pág 35 y sgtes

Ya en la posición propia de Ticona, ambos conceptos tienen relación de interferencia en cuanto a sus contenidos. Se relacionan mutuamente, en el sentido de que una parte del debido proceso tiene su vigencia dentro del ámbito jurisdiccional y, a su vez, una parte del derecho a la TJE tiene su vigencia conjuntamente con el debido proceso. Este, por su parte, tiene aplicación también más allá del ámbito jurisdiccional, en los ámbitos administrativo y corporativo-particular. Por tanto, ambos derechos tendrían una mutua relación, y pudiendo distinguir que el derecho a la TJE, dentro del proceso judicial despliega sus efectos en tres momentos sucesivos: el derecho de acceso al proceso y jurisdicción, el derecho al debido proceso y el derecho a la efectividad o eficacia de las sentencias y resoluciones.

Landa⁷⁵ considera que la tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional. De esa manera, ambos se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos.

Desde esta visión, y en coincidencia con las denominadas Bases Constitucionales mínimas del Proceso Civil Justo para América Latina se considera que el modelo constitucional de proceso debe contener, por una parte, un núcleo interrelacionado de elementos constantes e insuprimibles

⁷⁵ Landa (2002) páginas 445-461

comunes a en todo procedimiento jurisdiccional y, por otra, un conjunto de características móviles destinados a ser variados y colmados por el legislador ordinario con el fin de alcanzar los objetivos por él perseguidos. Todo lo cual se denominado, a nivel nacional como supranacional, “modelo de proceso justo”

Ahora bien: ¿qué implica esta garantía como tal? ¿Qué requiere como ineludible – su nota esencial - para garantizar la tutela efectiva de los DDHH?

Se han distinguido dos dimensiones: una adjetiva o formal y otra sustantiva o material y que ambas refieren ya tanto a un proceso judicial como administrativo. La que más se ha estudiado, desarrollado y regulado ha sido la primera de ellas, el llamado debido proceso formal o adjetivo. Este alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, es decir, el conjunto de reglas procesales de carácter obligatorio – de orden público - que regulan un procedimiento para que sea este formalmente válido.

El debido proceso formal como garantía ha sido consagrado en varios instrumentos internacionales. De aplicación en Latinoamérica corresponde señalar: la DUDH– artículos 8 a 11; PIDCP– artículos 2, 9 y 14; DADyDH – artículos 18 y 26.

Es en la CADH en el artículo 8 - garantías judiciales- donde podemos encontrar un “syllabus mínimo” del debido proceso formal: 1.- En cuanto a la jurisdicción: se consagra la noción de juez natural, competente, independiente e imparcial. 2.- Presunción de inocencia 3.- Derecho de defensa en condiciones

de igualdad: derecho a “ser oído” (“His day in Court”) 4.- Derecho a duración razonable del proceso. 5.- Derecho en la proposición y contralor de la prueba. 6.- Derecho a la segunda instancia 7.- Consagración de la cosa juzgada: “non bis in idem”.

La CorteIDH en opinión consultiva OC / 18 ha entendido por debido proceso: “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos” ⁷⁶

Consideramos que ello se complementa con el artículo 25 de la CADH, en que para el caso de violación de DDHH, se agrega al elenco de garantías generales, la garantía especial del derecho a un recurso sencillo y rápido (ya sea los llamados procesos de amparo, habeas corpus). Ello por cuanto, la dogmática ha entendido que dentro de las garantías deben regularse “procesos generales” y “diferenciados”, estos últimos como vías idóneas de protección.

En cuanto al estudio de la dimensión sustantiva - debido proceso sustantivo – podría afirmarse que aún no ha tenido el grado de profundidad de análisis del debido proceso formal.

⁷⁶ CorteIDH - Opinión Consultiva OC-18/03 de fecha 17 setiembre 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párrafo 123 citando, entre otros, Caso Baena Ricardo y otros

Al respecto es ineludible el aporte de Linares que señala que el debido proceso sustantivo constituye un estándar de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo⁷⁷

Para Bustamante Alarcón, el debido proceso sustantivo exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos ⁷⁸

Especialmente en el ámbito jurisdiccional, es entendido como la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas; la necesidad de que esas sentencias o decisiones sean razonables, que guarden proporcionalidad con los hechos y el derecho.

Es decir, el debido proceso sustantivo requiere un “plus”, un cierto contenido específico; “razonabilidad” en la decisión, que también importa necesariamente un juicio de igual índole de la ley aplicable. No alcanza, pues, que la sentencia sea dictada conforme el debido proceso formal – en

⁷⁷ Linares (1970) pág 26.

⁷⁸ Bustamante (2001)pág 205

cumplimiento de los requisitos formales de competencia y procedimiento – se requiere ahora que se adecue a un patrón axiológico.

Desde esta perspectiva, el derecho en juego goza de una tutela efectiva en cuanto la decisión a la que se somete permite un control de razonabilidad y proporcionalidad, no sólo para el justiciable sino también para el ordenamiento jurídico y la sociedad en su conjunto.

Pues bien, entonces, si una decisión es objetiva y materialmente justa, pero no se ha llegado a esta cumpliendo ese mínimo de garantías, no puede afirmarse que se ha configurado un debido proceso. Pero, actualmente, el requerimiento es mayor, si un proceso judicial aún cumpliendo ese mínimo de garantías procesales formales, tiene como desenlace una decisión o sentencia arbitraria, tampoco habría debido proceso.

En síntesis, como resultado de esta evolución consideramos hoy al debido proceso como una garantía esencial de los derechos humanos y no tan solo un proceso legal y así, el debido proceso formal y el debido proceso sustancial no son dos derechos sino dos aspectos del debido proceso, o mejor dicho aún, dos aspectos del proceso justo, por tanto, ineludibles e inescindibles.

Parece ser, pues, indiscutible, que sin importar inicialmente la decisión, toda sentencia debe estar motivada, entendiendo por tal, la justificación explícita de los fundamentos que llevan a tal o cual decisión. Motivar las

sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso.

La exigencia de motivación de las decisiones jurisdiccionales, si bien es una exigencia del concepto de debido proceso sustantivo, actualmente, deviene ya del ordenamiento jurídico. La CADH si bien no refiere directamente a ello en el capítulo de garantías judiciales, sí impone que las propias decisiones de la CorteIDH deban ser motivadas ⁷⁹ y, además, la CorteIDH ya se ha pronunciado sobre ello como exigencia de los fallos jurisdiccionales internos como control de legitimidad de la función jurisdiccional.⁸⁰

Se pueden distinguir dos momentos, uno "endoprocésal" de la motivación: la motivación permite que las partes se den cuenta del significado de la decisión, puedan eventualmente plantear su impugnación y el juez pueda valorar adecuadamente los motivos de la misma. Por el contrario, en la segundo, a las funciones endoprocésales se añáde otra de carácter "extraprocésal" o política: la obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez.

⁷⁹ Artículo 66.- 1. El fallo de la Corte será motivado

⁸⁰“El proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia” - OC 16/99, de fecha 1 octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Párrafo 117.

Ahora bien, esta justificación requiere, a su vez, de un mínimo de coherencia interna y consistencia. No alcanza tampoco con que se expliciten los motivos sino que estos permitan un mínimo control de racionalidad, lo que implica que, necesariamente, este aspecto del debido proceso sustantivo se vincule con las teorías de la argumentación jurídica.

El ECD está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el Estado Legislativo, en el ECD el poder del legislador y de cualquier órgano estatal – así los órganos jurisdiccionales - es un poder limitado y como tal debe justificarse en forma más exigente, se supone, pues, un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica.

Compartiendo con Sarlo⁸¹, los fallos judiciales en tanto actos racionales, su justificación opera como garante del ejercicio del poder, y así analizar y exigir calidad argumental en los fallos jurisprudenciales es un compromiso fundamental con el estado de derecho y con la democracia.

La gran importancia de la motivación consiste en que esta viene a legitimar la función jurisdiccional permitiendo, por un lado, un control a todos los operadores jurídicos y a la sociedad en general y, por otro lado, explicita los criterios imperantes en una materia, por lo que, para algunos, la parte considerativa de la sentencia va a conformar una suerte de “doctrina

⁸¹ Sarlo (2003) pág 869 y sgtes

privilegiada” de carácter orientador. Al punto que se ha discutido acerca de la pertinencia de agregar a la sentencia la fundamentación de los votos disidentes, la SCJ uruguaya, el Tribunal Constitucional de Chile o la CortelDH, por citar algunos ejemplos, en nuestra opinión en forma acertada, incluye tales pronunciamientos en la convicción de que ello los enriquece y que, con el paso del tiempo, pueden colaborar en el cambio jurisprudencial. Según Häberle⁸², el voto disidente de hoy, como “judicatura alternativa, podrá ser el voto mayoritario mañana, a largo plazo permite un diálogo jurídico abierto sobre la Constitución.”

La dimensión sustantiva del debido proceso necesita también de decisiones razonables. En términos amplios, la noción de razonabilidad se vincula, por oposición, con la noción de arbitrariedad. Así surge la razonabilidad como necesidad para la solución de conflictos entre derechos: serán decisiones razonables en la medida en que puedan darse razones (motivación) que reposen finalmente en los valores y principios constitucionales.

En cuanto a su contenido propiamente dicho, vale destacar lo que Cianciardo viene a denominar “dimensiones de la razonabilidad”: juicio de adecuación, juicio de necesidad y de proporcionalidad strictu sensu. En cuanto el primero es también denominado de “aptitud” y refiere a la evaluación de la finalidad de la medida.

⁸² Häberle (2004) pág 39.

Por su parte, el juicio de necesidad valora si la solución adoptada es la menos restrictiva de los derechos en colisión.⁸³

Una vez determinadas la adecuación y la necesidad de la solución, cabe establecer si tal solución guarda relación con aquel fin perseguido. Pero Cianciardo va más lejos y explica que aún superados estos juicios se puede garantizar la vigencia plena de los derechos: Esta garantía se alcanza si a este juicio se le agrega el contenido esencial: “Esta garantía se alcanza solo si al juicio sobre la proporcionalidad de la medida se le agrega el del contenido esencial, orientado hacia la tutela de la intangibilidad de los derechos. Por ello, desde el punto de vista de la protección y promoción integral de los derechos, proporcionalidad y contenido esencial se complican: la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional”⁸⁴

⁸³ En palabras de la CorteIDH: “...entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido (...)” – citada en Cianciardo (2009) pág. 63 y sgtes.

⁸⁴ Cianciardo (2009) pág. 114 y sgtes.

Así, el principio de razonabilidad debe ser entendido como un procedimiento jurídico o regla metodológica construida a partir de dichos juicios otorgándole a la decisión un “plus” de coherencia; se convierte en un test sobre la adecuada utilización de un método jurídico que, en definitiva, funciona como un test sobre el correcto sometimiento del juez al derecho.

Todo lo dicho podría caber la interrogante de si es posible la aplicación del principio de razonabilidad “avalorativamente”. Creemos que surge la respuesta negativa, entendiendo que la razonabilidad conlleva un componente axiológico.

Consideramos que si dicho componente axiológico es parte del contenido esencial del debido proceso, debe compadecerse estrictamente con los valores y principios constitucionales, centrados en el reconocimiento y protección de los DDHH. Ello requiere, concomitantemente, que la Constitución así como las interpretaciones últimas de la misma expresen de la forma más clara y precisa posible dichos principios.

En definitiva, el debido proceso sustantivo impone un entrecruzamiento entre el componente social, institucional y normativo de forma que el sistema jurídico y jurisdiccional logre conformarse como una unidad y, a su vez, aparezca congruente entre las normas constitucionales y legales.

En ese sentido, el actual ECD, replantea el papel de los poderes del Estado, especialmente en lo que refiere a la tarea de los jueces, pues, más allá

de la función pública que desarrollan, son ellos en último término, quienes al adoptar una decisión están resolviendo un conflicto de derechos. Y es así que el rol del juez se vuelve vital. Este “nuevo juez” confronta el “dilema ente activismo y garantismo, pero este dilema sólo puede resolverse adecuadamente si se parte de la centralidad de los DDHH en el ECD. Este “activismo” se vuelve legítimo en tanto y cuanto se lo ejerza para ampliar, revitalizar, o de algún modo para optimizar el sistema de los derechos.⁸⁵

Gargarella⁸⁶, en defensa de ese “juez activista” entiende que el sistema institucional, con todas las imperfecciones que tiene, fue organizado para representar a las mayorías y a las minorías. La ciudadanía delega en el poder político la posibilidad de representar a las mayorías y justamente se ha separado al poder judicial del poder político y de la ciudadanía para preservar a las minorías. La primera misión del poder judicial es la de protegerlas, de allí que los jueces no estén sujetos a la elección ni a la remoción populares. Por más que el humor mayoritario cambie, debe haber instituciones destinadas a garantizar estos derechos. Por eso si el poder judicial no toma partido por las minorías desaventajadas, no hay razones para pensar que los vaya a proteger algún otro grupo o sector.

⁸⁵ Manili, Pablo Luis (2009) pág 384

⁸⁶ Gargarella (entrevista citada en bibliografía)

En palabras de Zagrebelsky⁸⁷, “estamos de nuevo en el tema de la justicia y la política; o mejor, ya que los poderes políticos actualmente siempre se refieren a la democracia, podemos decir que estamos en el tema de la justicia constitucional y la democracia: un tema de intensidad variable (...) que los jueces advierten cotidianamente, en su trabajo, como crucial en el equilibrio de poderes. Saben bien que la acusación de actuar como legisladores, esto es, políticamente, en vez de cómo jueces, es la más grave que pueda ser dirigida en su contra.”

Pero distingue que así como los poderes políticos refieren a la democracia, la justicia constitucional es una función de la república, su sentido más profundo de “cosa de todo el pueblo”, ni siquiera de la mayoría. Y allí es donde cobra legitimidad la función jurisdiccional sin interferir en la democracia o las atribuciones de los poderes políticos.

La CU y el sistema procesal uruguayo contienen los elementos imprescindibles de la tutela jurisdiccional efectiva. Si bien en la Carta no se utiliza esta expresión como tal, como derecho y como garantía de los DDHH se incorpora por el artículo 72. Sin perjuicio, la CU reconoce los componentes del debido proceso formal: en cuanto a la jurisdicción: se consagra la noción de juez natural (artículo 19), Derecho de defensa en condiciones de igualdad: derecho a “ser oído” (artículos 12 y 21), derecho a la igualdad (artículo 8) y a la igualdad en el proceso, principio de legalidad de las formas

⁸⁷ Zagrebelsky (2006) pág 1145

(artículo 18), responsabilidad de los jueces (artículo 23), acceso a la justicia (artículo 254)

Por otra parte, el sistema procesal legal (Código General del Proceso CGP y Código de Proceso Penal CPP) reconocen también estos derechos: principio de igualdad (artículo 4), duración razonable del proceso (artículo 9), derecho en la proposición y contralor de la prueba (artículo 117 y 118, 130 y 131) 6, derecho a la segunda instancia, imparcialidad e independencia del tribunal (artículo 21), consagración de la cosa juzgada: “non bis in idem”, presunción de inocencia.

Asimismo, se impone el poder-deber al Tribunal de dictar sentencias “fundadas”, es decir, que la exigencia de motivación de los pronunciamientos del debido proceso sustantivo está reconocida en el artículo 197 del CGP.

Y expresamente es el artículo 11 en la redacción de la última reforma⁸⁸, en que se reconoce en forma expresa el derecho al proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a un proceso de plazo razonable; por lo que ingresa por vía legal y explícitamente todos los componentes de la tutela.

El IELSUR ⁸⁹ realiza algunas recomendaciones de armonización del derecho interno con los tratados internacionales. En la esfera constitucional y en lo que respecta al acceso a la justicia y a la administración de justicia,

⁸⁸ Ley 19090 de fecha 26 junio 2013

⁸⁹ IELSUR (2006) pág 47 y 48

recomienda incluir una declaración general del derecho humano fundamental a una judicatura independiente y que los jueces deben ser seleccionados por criterios objetivos e imparciales, exclusivamente sobre la base de las aptitudes éticas y profesionales y que el sistema de carrera judicial será regulado por la ley.

Sin perjuicio, podríamos considerar que el sistema uruguayo reconoce básicamente las garantías, el debido proceso y así la TJE

V. – El Amparo en Uruguay: ¿Recurso sencillo y rápido?

El óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y abogados, vinculados por recíproca confianza buscan la solución de sus dudas, más que en la pesada doctrina, en la viva y fresca humanidad. En aquella balanza, en contraste con las leyes físicas, la rosa pesa más que los dos gruesos libros. A fin de que la justicia funcione humanamente, es necesario que la balanza se incline del lado de la rosa. Y añadido del lado de la justicia, de los derechos humanos y del amor al prójimo.⁹⁰

El amparo es una garantía de los DDHH amenazados o eventualmente lesionados, la garantía autónoma como componente de la TJE. Como se viene de decir la supremacía constitucional y el bloque de derechos reclama garantías eficientes de protección, es decir, de instrumentos eficaces para la protección y eventual defensa de los derechos en caso de lesión o amenaza de lesión.

Conforme a lo reseñado en cuanto al sistema de protección de los DDHH y el denominado derecho de los derechos humanos, el bloque y su recepción en el marco normativo uruguayo, corresponderá analizar su consagración y regulación en las disposiciones uruguayas y realizar, luego, un control de regularidad conforme ese derecho.⁹¹ Es decir, realizar una confrontación entre las disposiciones constitucionales generales, la ley y las normas específicas aplicables de derecho internacional, particularmente los

⁹⁰ Van Rompaey (2012) pág 89

⁹¹ Se utiliza esta expresión genérica “control de regularidad” en conocimiento de que correspondería ya sea control de constitucionalidad en tanto los derechos y garantías ingresan por el artículo 72 de la Constitución, ya sea control de convencionalidad, pero sin perjuicio de las expresiones, materialmente el control sería similar.

artículo 8 y 25 de la CADH, sin perjuicio de de que también se consagra en DADyDH (artículos 18 y 25), DUDH(artículo 8), PIDCP (artículos 2.3 y 9.4).

Este marco configura lo que algunos denominan “el Derecho de amparo”⁹² para quien el amparo se constituye como una pieza fundamental de la protección o tutela judicial efectiva aunque no la agota; es más no solo puede verse como garantía sino como derecho fundamental en sí mismo.

Compartiendo con Gros Espiell⁹³, la expresión “Derecho de Amparo” puede entenderse como “el derecho de toda persona a recurrir o a emplear el instituto de amparo para defender y proteger a sus derechos violados” o también como “el derecho objetivo que, en un sistema jurídico, regulo lo relativo al amparo.

El artículo 25 de la CADH prevé que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la CADH, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Primeramente, cabe señalar que esta norma innova respecto de la normativa existente anterior en cuanto exige que se trate de un recurso de carácter jurisdiccional. El sentido de la protección es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente emita

⁹² Brewer Carías (2013) pág 21

⁹³ Gros Espiell (2006) pág 634

una decisión vinculante y en caso de existir una violación sea útil para restituir al interesado el goce del derecho y luego repararlo, lo que implica la nota de efectividad en cuanto se garantice el cumplimiento de la decisión.⁹⁴ Es efectivo y adecuado, también, en la medida que cumpla con las garantías del debido proceso (artículo 8 de la CADH); principio del efecto útil (effet utile). Citando a Medina Quiroga, la efectividad tiene que ver con la capacidad potencial del recurso, de producir, “en el hecho y en el derecho”, el resultado que se requiere para proteger el derecho pero también se relaciona con el debido proceso, ya que tiende a considerar que se ha infringido el artículo 25 de la Convención cuando están ausentes uno o más elementos de los señalados en el artículo 8 de la misma”⁹⁵

El texto del artículo también incluye compromisos a asumir por los Estados Parte, a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso, que son garantías de idoneidad y efectividad.

La CorteIDH, entendió que ello implica el deber de los Estados de adecuar su derecho interno a las disposiciones convencionales lo que incluye

⁹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada (2014) pág 612

⁹⁵ Citada en Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada (2014) pág 617

la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades.⁹⁶

Es decir, se consagra el derecho al recurso efectivo en el sentido más amplio del derecho humano a la TJE.

En Uruguay, el amparo, estrictamente, si bien no tiene una consagración constitucional expresa, la doctrina es conteste en reconocer su consagración desde una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales. Entendemos que el fundamento directo se encuentra en los artículos 7, 72 y 332.⁹⁷ Sin embargo, sí tiene una regulación legal expresa y especial en la ley 16.011 de fecha 29 de diciembre de 1988 (LDA). Se analizará el instituto regulado legalmente partiendo de sus rasgos más salientes como estructura material y procesal.⁹⁸

En cuanto a la naturaleza jurídica, en el derecho comparado se le ha consagrado ya sea como “acción” o “recurso”. Ferrer Mac Gregor⁹⁹ constata que la doctrina latinoamericana tiende a englobar el fenómeno a la luz de la teoría general del proceso y de considerar la naturaleza del amparo con un auténtico proceso judicial autónomo.

⁹⁶ Caso citado en Brewer Carías (pág 22, nota 1)

⁹⁷ Para Cassinelli Muñoz el fundamento está en el artículo 7 y así para Korzaniak, por ejemplo, en el artículo 72; sin perjuicio, ambas posiciones son susceptibles de armonización total. Cfme Risso Ferrand (2005) pág. 528

⁹⁸ Se deja constancia que se analizarán los aspectos del instituto desde la perspectiva del objeto de la investigación, sin intención, evidentemente, de agotar el análisis del mismo o abordar exhaustivamente cada aspecto.

⁹⁹ Ferrer Mac Gregor (2006) pág 21

En la LDA en el artículo 1 se le categoriza como una “acción”, al expresar que cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo; por tanto, impone la realización de un proceso que, conforme cómo está regulado y su propia finalidad, se trata de un proceso contencioso y sumario, de los denominados “procesos diferenciados”. En virtud de dicha naturaleza y, por expresa remisión del artículo 13, le serán aplicables las disposiciones del CGP, en lo que correspondiere.

Como elementos o aspectos subjetivos del instituto, cabe señalar: la competencia jurisdiccional, la legitimación causal activa, la legitimación pasiva.

En este caso, la competencia jurisdiccional recae, conforme el artículo 320 de la Ley 16.226, según el criterio funcional, en primera instancia los Juzgados Letrados y en segunda instancia (ya que procede recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia), los Tribunales de Apelaciones en la materia que corresponda.

Según el criterio material, si el amparo se promueve contra un órgano estatal, son competentes los JLCA y, para el interior, los Juzgados Letrados de Primera Instancia, por no existir tal especialización. Para los restantes amparos, la competencia material estará determinada por el asunto, ya sea, por ejemplo, familia o trabajo. Evidentemente no opera el criterio cuantitativo y en cuanto al temporal, el turno judicial en Montevideo conforme el artículo 123 de la ley 16.462, se determina por sistema aleatorio y computarizado. En la segunda instancia son competentes los TAC.

Esta solución no es coincidente con la tendencia del derecho comparado, Ferrer Mac-Gregor¹⁰⁰, refiriéndose a la “magistratura de amparo” señala que surge la creación de órganos jurisdiccionales especializados o bien ya sea originariamente o con carácter revisivo, la competencia se otorga a cortes supremas.

Respecto de la legitimación; en cuanto a la causal activa, según la regulación legal en su artículo 1, “cualquier persona física o jurídica, pública o privada.”, las aproximaciones de corte procesal como Viera¹⁰¹, sostienen que están legitimados quienes tienen un derecho subjetivo o bien un interés legítimo, lo que parece más adecuado en cuanto permite una conceptualización más tutelar del derecho, en coincidencia con el fundamento de la garantía.¹⁰² Adecuadamente, la ley en el artículo 4, prevé que si el legitimado causal estuviera imposibilitado de ejercer la acción por sí, podrán hacerlo sus representantes, sin perjuicio de la responsabilidad de éstas, si hubieren actuado con malicia o con culpable ligereza.

En cuanto a la legitimación pasiva, en el mismo artículo se dispone que podrá ser demandado cualquier “particular”, o “autoridad estatal o paraestatal”, en otras palabras, cualquier persona pública o privada, física o jurídica. Por su parte, el artículo 8 prevé una situación particular, especialmente desde la

¹⁰⁰ Ferrer Mac-Gregor (2006)pág 23

¹⁰¹ Viera(1993) En virtud del carácter del presente, no abordamos esta problemática.

¹⁰² Esta postura también coincidente con la remisión del artículo 13 de la LDA al CGP, en que se legitima para accionar judicialmente al titular ya sea de un derecho subjetivo o un interés legítimo.

perspectiva procesal; en caso de no conocerse al responsable del acto, hecho u omisión cuestionados, podrá igualmente promoverse la demanda a los solos efectos de que se adopten medidas provisionales (siempre que se configuren los restantes extremos). Es decir, a fin de adoptar medidas para el cese de la lesión del derecho ya que posteriormente no podrá continuarse el proceso regularmente por desconocimiento del demandado e imposibilidad de emplazamiento.

Conviene señalar, dentro de los aspectos iniciales o de acceso al amparo, la regulación de la caducidad de la acción conforme el artículo 4 por el cual la demanda deberá ser interpuesta dentro de los treinta días a partir de la fecha en que se produjo el acto, hecho u omisión; no le correrá el término al titular del derecho o libertad lesionados si estuviere impedido por justa causa.

En el derecho comparado, gran parte de los países en Latinoamérica, establecen plazos de esta naturaleza, sin embargo, muy pocos tan exiguos como el de la LDA.

En cuanto a los elementos objetivos, el amparo abarca todos los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la CU (artículo 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de "habeas corpus", por tanto, tiene un alcance amplio y, en cuanto a la remisión del artículo 72, un efecto expansivo. Es decir, con esta acción de amparo se protegen todo el abanico de derechos, en cuanto se hace una remisión al artículo 72 de la Constitución, a excepción de la libertad física

ambulatoria en que procede por especialidad el habeas corpus el que sí tiene consagración constitucional expresa en el artículo 17. Más recientemente surge el “habeas data” consagrado en la ley 17838¹⁰³ como instrumento para la protección de los datos personales y el amparo con regulaciones particulares para la protección de los derechos de los niños y adolescentes en el marco del Código de la Niñez y la Adolescencia¹⁰⁴

Constituye el objeto del amparo o la denominada “conducta enjuiciable”¹⁰⁵ o “conducta impugnabile” la lesión, restricción, alteración o amenaza¹⁰⁶ del derecho que puede provenir ya sea de un acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares¹⁰⁷, conforme el artículo 1 y a continuación, la disposición enumera un conjunto de actos no alcanzados por la garantía del amparo. Con las expresiones lesión, restricción, alteración y amenaza se comprende cualquier tipo de ataque al derecho en juego, por lo que no se requiere daño consumado, por lo que puede tener finalidad preventiva y/o reparadora.

¹⁰³ Ley 17838 de fecha 18 de agosto de 2008

¹⁰⁴ Ley 17823 de fecha 8 de setiembre de 2004

¹⁰⁵ Terminología utilizada por OCHS (2013), por ejemplo, pág 65

¹⁰⁶ En tanto el amparo se prevé ante la amenaza de lesión del derecho y de forma inminente (aún no consumada) se entiende que procede, pues, el denominado amparo preventivo

¹⁰⁷ Por acto podemos entender toda manifestación de voluntad (expresa o tácita) que crea efectos jurídicos. Los hechos, en sentido restringido, se distancian del acto en lo que refiere a la manifestación de voluntad y, la omisión, es no cumplir con el deber impuesto, como conducta negativa.

No procede en ningún caso, contra los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen. Se entiende por actos jurisdiccionales, además de las sentencias, todos los dictados por órganos ejerciendo función jurisdiccional, ya sea judicial o no, por lo que, por ejemplo, quedan excluidos los actos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Tampoco procede contra los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza; quedan excluidos de la garantía, por tanto los actos jurisdiccionales como los administrativos, tanto de ámbito general como individual; esta solución deja sin la garantía a los administrados por dicho órgano, por ejemplo, a sus funcionarios y particulares.

Se excluyen también las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción. Como señala Gros Espiell, el concepto de amparo en Uruguay es mucho más limitado que el existente en otros países, y consecuentemente, algo muy distinto al amplísimo y omnicompreensivo amparo necesario.¹⁰⁸

Continuando con los aspectos objetivos, el artículo 2 dispone que sólo procede la acción cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. Este es, sin duda, uno de los aspectos más complejos de la legislación, se considera que la evaluación por parte del órgano competente para determinar si procede

¹⁰⁸ Gros Espiell (2006) pág 636

o no el amparo, debe centrarse, no en la existencia o no de otros medios, sino en la noción de eficacia y esta, tratándose de protección de DDHH se vincula directamente con la celeridad. La procedencia del juicio ordinario o la vía recursiva de los actos administrativos, evidentemente, no podrán considerarse idóneos en cuanto no cumplen tácticamente con la nota de celeridad o protección inmediata.¹⁰⁹

Resta por plantear, entre los elementos objetivos, la exigencia de "ilegitimidad manifiesta" del acto, hecho u omisión en cuestión. Es decir, la ley requiere que el acto no solo sea ilegítimo sino que dicha irregularidad sea clara, nítida. Este aspecto resulta complejo, en tanto, esta ilegitimidad manifiesta puede devenirse restrictiva del amparo. Se ha entendido por la jurisprudencia que

"La exigencia de que el acto deba ser manifiestamente ilegítimo hace que se requiera que deba consistir en una violación categórica, indubitable de un derecho que pueda comprobarse por la parte agraviada de manera objetiva e inmediata y sí ser apreciado por el Juez de la causa (Conf. Siegbert Rippe "El Amparo contra los actos de los

particulares en materia comercial" en A.D.C Tomo IV, pág.286/287). "Manifiesta equivale pues a clara, notoria, indudable, inequívoca, cierta, ostensible, palmaria (Conf. Bidart Campos "Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativo") (Véscovi "Principales Perfiles del Amparo en el Derecho Uruguayo" en R.U.D.P N° 4/1986, pág.490) (Sagües "Acción de Amparo"

¹⁰⁹ El recurso administrativo de revocación, por ejemplo, cuenta con un plazo de ciento cuarenta días para su resolución; y un juicio ordinario sin incidencias y en primera instancia puede insumir fácilmente un año.

págs. 115 y siguientes) (sentencias N° 126/2000, N° 190/2001, N° 128/2002, N° 63/2004, N° 133/2006 y N° 37/2007 entre otras de la Sala).¹¹⁰

Tal claridad, nitidez exigida puede volverse contraria a la protección del derecho, todo amparo como reclamo por vulneración de derechos importa cierta tensión y complejidad que no debe confundirse eventualmente con falta del requisito

Risso Ferrand¹¹¹ confirmando lo expuesto, ha señalado que dentro de la jurisprudencia en materia de amparo existió una tendencia a rechazar los planteos por considerar que no existía ilegitimidad manifiesta en el caso planteado, utilizando criterios tan exigentes para valorar este requisito que, salvo en contados casos, el amparo no procedía.

En virtud del carácter sumario, la ley estructuró un trámite breve donde los plazos entre las diferentes etapas son limitados estableciéndose la concentración del debate en una única audiencia, y queda exceptuado de la conciliación previa como requisito de admisibilidad.

La demanda, como acto de proposición y en tanto la remisión al CGP del artículo 13, debe cumplir con los requisitos formales y materiales de los artículos 117 y siguientes de ese código. En el control de admisibilidad inicial, podrá ser rechazada de plano por manifiestamente improcedente, conforme el ya referido artículo 2. En este caso, contra la sentencia interlocutoria, conforme el artículo 10, procede el recurso de apelación el que debe interponerse en

¹¹⁰ TAC/T1 5 agosto 2013 Ministros Salvo, Castro, Vázquez

¹¹¹ Risso Ferrand (2014) pág 276

escrito fundado, dentro del plazo de tres días. El Tribunal eleva los autos al superior, sin más trámite, es decir, sin sustanciación al demandado que aún no ha sido notificado. La alzada debe resolver en acuerdo, dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos.

Superado el control, el Tribunal convoca a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la presentación de la demanda. En virtud de los principios rectores del instituto, concentración y celeridad, es en dicha audiencia en que el demandado ejerce su derecho de defensa, pudiendo, claramente, ofrecer prueba, la que se diligencia en la misma audiencia; pero se le impide el planteamiento de cuestiones previas o proponer reconvencción (artículo 6).

En esa misma oportunidad se dicta sentencia o, eventualmente dentro de las veinticuatro horas siguientes y Sólo en casos excepcionales podrá prorrogarse la audiencia por hasta tres días.

Al tribunal se le otorgan poderes – deberes con énfasis inquisitorio en virtud del carácter del proceso, podrá rechazar los medios probatorios manifiestamente impertinentes o innecesarias y ordenar prueba. También la ley agrega que gozará de los más amplios poderes de policía y de dirección de la audiencia (artículo 6), se le otorga la facultad (excepcional en el sistema procesal general) de subsanar los defectos de procedimiento con el único límite del principio del contradictorio o bilateralidad (artículo 12), impide la promoción de incidentes y puede ordenar que las notificaciones sean efectuadas por la

autoridad policial. Sólo se admite como incidencia procesal, la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la ley, en cuyo caso el Tribunal ordena la suspensión del proceso una vez que haya dispuesto la adopción de las medidas provisionales, en su caso, dejando constancia circunstanciada de las razones de considerarlas innecesarias.

Asimismo, según lo dispuesto por el artículo 7, si ya de los términos de la demanda o en cualquier otra oportunidad procesal, el Tribunal puede ordenar las medidas provisionales que entendiere corresponden y resultan necesarias para la protección del derecho.

A la sentencia definitiva, que se pronuncia y hace lugar al amparo reclamado, se le impone determinado contenido material, de acuerdo al artículo 9, deberá contener: la identificación concreta de la autoridad o el particular a quien se dirija y contra cuya acción, hecho u omisión se conceda el amparo; la determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que correspondiere fijarlo; el plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que no podrá exceder de veinticuatro horas continuas a partir de la notificación.

Contra esta sentencia también procede recurso de apelación, sin efecto suspensivo por lo que las medidas ordenadas, deberán cumplirse en el plazo fijado en la misma. En este caso, el recuso interpuesto se sustancia con un traslado a la contraparte, por tres días.

Ahora bien, planteado el amparo legal, contrastaremos esta regulación con el “derecho de los derechos humanos” a fin de presentar una visión crítica, que permita luego iniciar el análisis de campo de la investigación.

El IELSUR¹¹² realiza algunas recomendaciones de armonización del derecho interno con los tratados internacionales. Con criterio asegurador, se recomienda que expresamente se establezca que corresponde en caso de afectación de “cualquier derecho reconocido en los instrumentos internacionales”, lo que ya se considera implícito en la remisión al artículo 72 de la Constitución. En igual sentido, se recomienda que entre los sujetos legitimados pasivamente se incluya explícitamente “cualquier persona actuando en funciones oficiales”

Considera que las exclusiones previstas en la ley en el artículo 1, son restrictivas respecto del derecho de los derechos humanos, la protección que surge de las normas internacionales es más amplia, ya que no se establece en ellas limitación de ningún tipo, la garantía debe estar prevista para poder atacar cualquier acto, de cualquier autoridad estatal, sin ningún tipo de excepciones. Otra observación a la regulación doméstica radica en la consagración de la caducidad en tanto las normas internacionales que prevén el amparo no establecen ningún tipo de limitación temporal –es decir que en base a ellas, la persona puede ejercer el derecho en cualquier momento.

¹¹² IELSUR (2006) pág 123 y sgtes.

Por último, entiende que debe establecerse una disposición que consagre y garantice que el Estado en ningún caso podrá suspender la vigencia y eficacia del instituto, ni siquiera en situaciones excepcionales o de emergencia en las que se declare la vigencia de las llamadas medidas prontas de seguridad.

En la doctrina uruguaya, en el análisis de la acción de amparo, Ochs¹¹³ también efectúa un planteo crítico al comparar “entre el amparo reglamentado por la ley 16.011” y el “amparo supranacional”. Su planteo es coincidente con el de IELSUR en cuanto el amparo legal es más restrictivo por excluir algunos actos estatales, vulnerando, de alguna manera, el “principio de plenitud revisora”; por exigir como presupuesto la nota de ilegitimidad manifiesta, y por exigir también que no exista otro remedio judicial o administrativo que permita la protección con igual eficacia; ambas exigencias no presentes en el marco supranacional. Por otra parte, encuentra algunos aspectos más protectores en la regulación legal a saber; en la norma supranacional se puede promover el amparo solo por las personas físicas titulares directas del derecho afectado, y estaría vedado para sujetos u organizaciones invocando intereses difusos y, por otra parte, la regulación legal alcanza a todos los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución con la remisión al artículo 72 mientras que la norma supranacional refiere específicamente a los “derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente

¹¹³ Ochs (2013) pág. 18.

Convención”. No nos parece que sea esta la interpretación que se le da a tal expresión.

Brewer Carías¹¹⁴ señala que el control de convencionalidad importa asegurar que todos los derechos constitucionales o que integren el bloque de constitucionalidad encuentren protección; aquellos aún que sin texto expreso sean inherentes a la persona humana. Este “reto” importa, además, el análisis del universo de personas protegidas de forma que alcance a toda persona agraviada; del universo de los agraviantes de manera que se asegure que el derecho se pueda ejercer contra cualquier persona, y el control de los actos lesivos de manera que se ampare contra todo acto lesivo, cualquiera sea su naturaleza, incluyendo todos los actos estatales (“universalidad del amparo”).¹¹⁵

Podemos concluir, que el instituto, tal como se presenta el sistema uruguayo, denuncia fortalezas y debilidades, que la regulación legal (de entenderse requerida) merece observaciones de relevancia. Una revisión facilitaría, nada más y nada menos, que fortalecer la garantía esencial y de primera línea de la protección de DDHH.

¹¹⁴ Brewer Carías (2013) pág 32

¹¹⁵En el apartado final sobre Apreciaciones y reflexiones retomaremos estos cuestionamientos a nivel personal.

VI. – EL CASO: El amparo en la problemática de los medicamentos de alto costo

“No se me oculta la incómoda postura en que me coloco, al analizar cuestiones teóricas en casos donde han estado en juego referencias tan sensibles como la vida, la muerte, el dolor, etc. Desde ya quisiera bendecir poderes mágicos o bálsamos eficaces contra males tan odiosos, pero entiendo que –lamentablemente- aquéllos no existen y mi compromiso es con una visión racional de los problemas (sólo esto es generalizable y sustentable) y con el ejercicio crítico en los casos concretos.”¹¹⁶

El caso: sus determinaciones

Se analizarán los pronunciamientos judiciales sobre acciones de amparo presentadas por personas enfermas solicitando especialmente que el MSP y FNR (aunque dependiendo del caso se plantean como demandados ya sea el MSP, el FNR y/o la IAMC a la que pertenece el paciente) proporcionen MAC no incluidos en su cobertura o no proveídos por el sistema.

Se toman en cuenta las sentencias de segunda instancia dictadas por TAC durante el período julio 2012 a julio 2016. Se relevaron todas las sentencias de dicho período, detectadas por el sistema de la ORDA y sobre ellas se hicieron los cálculos estadísticos¹¹⁷

¹¹⁶Sarlo (2009) pág 869

¹¹⁷ Recuérdese que no son datos exactamente coincidentes con MSP.

En virtud del gran número de procesos relevados (416) se seleccionaron para el análisis en profundidad de los fundamentos, un total de 77 sentencias:

* 10 sentencias del año 2012 (representan la totalidad de las dictadas por medicamentos de alto costo durante el período seleccionado; julio – diciembre.

* 21 sentencias de cada año 2013, 2014 y 2015 (tres por cada año por cada Tribunal)

* 2 correspondientes al año 2016 (representan la totalidad de las dictadas por medicamentos de alto costo durante el período seleccionado; enero – julio)

* 4 sentencias del año 2012 (fuera del objeto – se reclama prestación, con carácter comparativo.

* 4 correspondientes al año 2016 (fuera del período, por ser las más recientes)

Se toma este período como representativo de los pronunciamientos, sin perjuicio de que a los efectos del análisis; en caso de ser necesario; se realice alguna mención a jurisprudencia anterior al período seleccionado, particularmente las primeras sentencias dictadas en casos similares.

De más esta señalar que toda delimitación del universo de análisis implica algún grado de arbitrariedad y parcialidad, sin perjuicio, se seleccionaron los casos teniendo en cuenta que se trata de la jurisprudencia más reciente, considerando cuatro años un período razonable de análisis y que permite incluir variedad de soluciones y motivaciones. Este período permite también considerar pronunciamientos de diferentes tribunales en sentido amplio. En el caso, al recaer sobre el Estado corresponderá los JLCA

(tratándose de Montevideo) o Juzgados Letrados del interior con la competencia contenciosa administrativa, y en segunda los TAC. La investigación se centra en los pronunciamientos de los TAC, que se organizan en siete tribunales colegiados, integrados por tres miembros.

Según criterios internacionales, conforme según Marin y Polach¹¹⁸ se entiende por MAC aquellos que provocan un excesivo esfuerzo económico para el paciente (se ha tomado como parámetro que puede llegar a representar el 40% del ingreso del paciente u hogar del mismo).

El caso: un necesario abordaje interdisciplinario

Este caso ha sido y está siendo debatido en el mundo, no es un tema exclusivo o propio de Uruguay. Por ejemplo, han surgido reclamaciones judiciales en varias partes del mundo (por ejemplo, Argentina, Brasil, Colombia) y aún desafía no sólo al mundo jurídico sino a la sociedad civil en su conjunto.

La paradigmática preocupación por los DDHH como nota característica del ECD y la creciente demanda en su protección requiere un enfoque multidisciplinario. Ello permite una comprensión más integral del problema y así, una concepción más abierta y flexible que, a la postre, resulta más protectora. La propia universalidad de los DDHH (más aún tratándose de la vida) exige que la actividad de los operadores del derecho supere la normatividad, la interpretación jurídica (que sí debe operar como sustrato) pero

¹¹⁸ Marín, Polach (2011) pág 167 y sgtes

contrastada, cotejada, revisada o ampliada por los aportes enriquecedores de otros saberes.

El acceso a medicamentos como encrucijada de los DDHH, exige un abordaje interdisciplinario, especialmente desde la medicina especializada y la bioética. Esta última adquiere cada día un valor más central en las decisiones sobre la salud, aparece como una disciplina autónoma con un desarrollo de tipo declarativo pero que claramente aporta una mirada complementaria e ineludible, en el que se destaca la Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos.

La salud es vista como bien social y humano y, en lo específico no pueden eludirse los principios rectores sobre dignidad humana (artículo 3) y el principio de responsabilidad social (artículo 14) En cuanto a la dignidad humana, se declara que los intereses y el bienestar de la persona deben priorizarse con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad. También se pronuncia sobre la responsabilidad de los Estados en cuanto la promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos debe ser un cometido esencial de los gobiernos, en cuanto el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales sin importar, entre otros, la condición económica, y ello incluye el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales. Se impone, asimismo, el compromiso de los Estados de compartir con la sociedad los beneficios resultantes de cualquier investigación científica y sus aplicaciones

(artículo 15), entre los que están los MAC. La visión más exigente (pero no menos compartible) es la dada por la denominada bioética de la intervención, una propuesta conceptual llamada a contribuir con la inclusión y el acceso equitativo, entre otros, a los medicamentos que contribuye a la protección efectiva de los derechos en juego.

Desde las voces del derecho, también se ha intentado dimensionar la importancia de este abordaje interdisciplinario, y especialmente de las declaraciones de la UNESCO respecto de la bioética. Por su parte, Gros Espiell¹¹⁹ señaló que estas tienen una importancia muy grande en la expansión y desarrollo cualitativo del derecho de los derechos humanos y refuerzan el carácter universal, general e interdependiente de los derechos.

Así, la bioética y el derecho se entrecruzan en el caso en que reclama también la participación de toda la sociedad civil, el involucramiento de todos los sujetos. Requiere, pues, de una visión integradora, desde nuevas formas de juridicidad, y una posible complementariedad de miradas.¹²⁰

El caso: jurisprudencia en Latinoamérica

Justificamos tener en cuenta decisiones de otros tribunales constitucionales que ya se han pronunciado en el caso porque no puede

¹¹⁹ Gros Espiell (2006) pág 1406 y sgtes

¹²⁰ Hooft (2002) pág 235

desconocerse que estas decisiones construyen favorablemente perspectivas jurídicas con orientaciones comunes, ya tendencialmente universales en la vocación de protección de los DDHH.

Así como el caso requiere una mirada multidisciplinaria, también la jurisprudencia reciente opera como un instrumento más para comprender el problema, como enseña Zagrebelsky¹²¹ “es como recurrir, para resolver un problema difícil, a “un amigo con gran experiencia”

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) hace varios años viene sentando jurisprudencia en estos casos, al punto que ha elaborado “reglas” para la configuración o no de la responsabilidad. En sentencia reciente¹²² se ha pronunciado en varios aspectos similares a los planteados en los amparos en estudio.

En cuanto al derecho a la salud y el proceso de amparo (acción de tutela):

En la sentencia T-854 de 2011, esta Corporación determinó que el derecho a la salud toma relevancia especialmente frente a grupos poblacionales que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, entre los que están quienes padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, primordialmente por el vínculo que une a la salud con la posibilidad de llevar una vida digna. Por tales razones, la Corte ha establecido que la acción de tutela es un medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir judicialmente el respeto a ese derecho, postulado reiterado en la sentencia T-196 de 2014

¹²¹ Zagrebelsky (2006) pág 1140

¹²² CCC – Sentencia T- 094/16 de fecha 25 de febrero de 2016, Ministros Alejandro Linares, Gabriel Mendoza, Gloria Ortiz.

En cuanto a la demora en la provisión de la prestación y
consecuente responsabilidad:

La demora injustificada en la práctica de un tratamiento o entrega de un medicamento vulnera los derechos fundamentales a la salud e integridad física, ya que, la espera larga e injustificada puede desviar la intención original del tratamiento, situación que se agrava cuando de enfermedades degenerativas de la magnitud de la esclerosis múltiple, se trata (...)

“En este orden de ideas, una persona puede necesitar un medicamento que se encuentre incluido o excluido del POS. De tal situación dependen las reglas jurisprudenciales aplicables a cada caso. Así, se ha indicado que se transgrede el derecho fundamental a la salud – en lo que al acceso se refiere – cuando no se brinda un medicamento o tratamiento que se halla dentro del POS, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: que haya sido ordenado por el médico tratante; que sea necesario para proteger el mencionado derecho, además de la vida digna o la integridad persona (entre otros); y que – a pesar de haber sido solicitado – su entrega sea injustificadamente demorada.”¹²³

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) también tiene jurisprudencia reiterada al respecto.

También en fallo reciente ¹²⁴, que se funda in totum en dictamen del Procurador General de la Nación, ampara categóricamente el derecho y la obligación estatal a proveer prestaciones aún no incluidas en protocolos:

el ser humano es la razón de ser de todo el sistema jurídico. En tanto fin en sí mismo más allá de su naturaleza trascendente-, la persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restante tienen siempre un carácter instrumental. (...) el derecho a la salud, sobre todo si se trata de

¹²³ Reitera la T 970/2010, de la que fue Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez, con colaboración de Javier Francisco Arenas Ferro

¹²⁴ CSJN Sentencia 337: 471 de fecha 29 de abril de 2014 Ministros Zaffaroni, Petracchi, Maquera, Fayt

enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo este el primer -y preexistente- derecho de la persona humana, reconocido y garantizado en (...)

me parece que el enfoque restrictivo (...) al vedar el acceso a una terapéutica más moderna y segura -y, por añadidura, someter a esta persona a una mecánica que entraña mayor peligro de muerte-, desnaturaliza el régimen propio de la salud (uno de cuyos estándares es, reitero, proporcionar el "mejor nivel de calidad disponible"), dejando sin cobertura una grave necesidad.

En este orden (...) el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria, se vería frustrado si se aceptara que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura, siendo inadmisibles la referencia histórica al estado del conocimiento médico al tiempo de fijarse los términos de dicha cobertura, toda vez que se traducirla en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales (Fallos: 325: 77).

Igual juicio me merece la invocación de los mayores costos que irrogaría la práctica demandada, los cuales -interpreto- carecen de virtualidad determinante para la denegación de la prestación debida, sobre todo cuando, aún después de llevada a cabo la operación, nada se ha demostrado en el plano de los principios de justicia y solidaridad.

Por su parte, la Corte Suprema de Chile, asimismo, se ha pronunciado en términos similares en reiteradas oportunidades. En este caso, respecto de la provisión de un medicamento incluido¹²⁵:

Que de acuerdo a las normas transcritas, constituyendo el Régimen General de Garantías en Salud un instrumento de regulación sanitaria que establece prestaciones de carácter promocional,

preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, que incluye, además, un conjunto de Garantías Explícitas en Salud relativas al acceso, a la calidad, a la protección financiera y a la oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones de que se trata, resulta evidente que la cobertura financiera

¹²⁵ CSCH (Tercera Sala) – Sentencia (Rol N° 22332-2014) de fecha 29 de setiembre de 2014
Ministros Ballesteros, Carreño, Pierry, Egnem

propia de dicho sistema que se ha de otorgar a la recurrente para el tratamiento de su enfermedad debe cubrir en esos términos las prestaciones que sean necesarias para lograr, en la medida que los conocimientos de la ciencia lo permitan, la curación del cáncer que le afecta, o, si ello no es posible, al menos una mejoría en su calidad de vida y en sus expectativas de sobrevivencia” (Corte Suprema, sentencia de trece de mayo de dos mil trece, dictada en Rol N° 1118-2013). Que en cuanto a la garantía del derecho a la vida e integridad física y psíquica de la recurrente, es indudable que tal derecho se ve amenazado actualmente con motivo de la decisión de la recurrida de no suministrarle cobertura al medicamento

Que las mencionadas circunstancias revisten la suficiente razonabilidad para concluir que se está infiriendo a la reclamante un daño grave y significativo que afecta el derecho fundamental antes referido, frente a lo cual corresponde otorgar la indispensable defensa

El caso: el “corpus iuris” aplicable: Uruguay

Para el caso consideraremos como “corpus iuris aplicable”, todo lo ya reseñado con carácter general para los DDHH, para el derecho a la salud (en los apartados correspondientes) y los fundamentos desde la interdisciplinariedad (específicamente las declaraciones internacionales¹²⁶) y su regulación particular en el sistema uruguayo.

Ya hemos planteado el derecho a la salud en el marco de la CADH y su interrelación con la Constitución, previamente a plantear la casuística, se

¹²⁶ Si bien puede evaluarse el valor estrictamente normativo de estas declaraciones, entendemos que, por un lado, dan cuenta de aspectos de capital relevancia y de compromisos asumidos por el Estados y que, así pueden formar parte del denominado Soft Law. Recuérdese también el artículo 25 de la referida declaración que impone actividades de seguimiento para la UNESCO.

reseña el marco normativo inferior que afecte a la problemática. ¹²⁷, según el siguiente cuadro.

Fecha	Norma	Art.	Temática específica
22/1/1934	Ley 9202	2	Cometidos MSP
2/7/1987	Ley 15869	117 y sgtes	Peticiones administrativas
11/1/1993	Ley 16343	4,5,6, 7,10	Creación Instituto de Medicina Especializada (IMAE) Coberturas FNR Petición
11/4/2005	Decreto 133/005	En general	Creación Consejo Consultivo de Salud Para los Cambios
10/2/2005	Decreto 610/005	En general	Creación Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud
23/12/2005	Ley 17930	313	Creación Comisión Técnica Asesora
7/8/2006	Decreto 265/006	En general	FTM
5/12/2007	Ley18211	2,3,7	SNIS: finalidad, principios rectores, objetivos Política de Tecnología médica
15/8/2008	Ley 18335	7,10	Derechos y deberes pacientes y usuarios de la salud
8/9/2010	Decreto 274/010	39 - 49	Comisión de bioética
7/10/2010	Decreto 4/010	En general	Procedimiento de incorporación de medicamentos al FTM
19/7/2011	Decreto 249/011	En general	Comisión Asesora FTM: regulación
9/12/2015 ¹²⁸	Ordenanza 882	En general	Procedimiento administrativo
	Ley 19355		Procedimiento de incorporación de medicamentos al

¹²⁷ Se reseña la regulación, en los aspectos más relevantes y se presenta la normativa en orden cronológico como criterio de ordenación, sin perjuicio de todo el marco normativo y conceptual planteado en los apartados anteriores, especialmente, “los derechos humanos” y “el lugar del derecho a la salud”.

¹²⁸ Nótese que esta Ordenanza impacta solo en el último tramo del período de análisis seleccionado

30/12/2015 129		461,462	FTM
26/8/2016 ¹³⁰	Ordenanza 692	En general	Reformulación procedimiento administrativo abreviado

La ley orgánica del MSP establece entre sus cometidos y en lo pertinente, la adopción de todas las medidas que estime necesario para mantener la salud colectiva y su ejecución por el personal a sus órdenes, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarias para ese fin primordial y reglamentar y contralorear el ejercicio de la Medicina, la Farmacia y profesiones derivadas, y los establecimientos de asistencia y prevención privados ¹³¹

Los Institutos de Medicina Altamente Especializada (IMAE) fueron creados por la ley 16.343 destinados al diagnóstico y tratamiento de las afecciones que los requieran, los que estarán subordinados al MSP, misma ley que regula el FNR ¹³²

Al FNR se le confiere carácter de persona pública no estatal y es administrado por una Comisión Honoraria Administradora integrada por: tres representantes del Ministerio de Salud Pública, uno de los cuales será el

¹²⁹ Nótese que esta Ley impacta solo en el último tramo del período de análisis seleccionado

¹³⁰Se incluye esta Ordenanza para plantear la normativa vigente a la fecha de la elaboración de la investigación, pero no resulta aplicable al caso en tanto es posterior al período de análisis seleccionado.

¹³¹ Ley 9202 artículo 2 numerales 1 y 6.

¹³² De fecha 11 de enero de 1993, artículo 1, 3 y sgtes. Sin perjuicio del antecedente legislativo (creación originaria del FNR) Ley 15.617.

Ministro de Salud Pública o quien lo represente, el MEF o quien lo represente, tres representantes de IAMC o Asociaciones de Segundo Grado integradas por las mismas, un representante de los IMAE, un representante del BPS.

En cuanto al objeto y atribuciones es la Comisión Honoraria Administradora que determina las afecciones, técnicas (altamente especializadas) y medicamentos (MAC) que estarán cubiertas por el FNR y para la inclusión de nuevas afecciones e introducción de otras técnicas así como la provisión de medicamentos se requiere el asesoramiento de la Comisión Técnica Asesora, en la regulación de la ley 17930 en el año 2005.¹³³ A través del FNR todas las instituciones públicas y privadas reaseguran a sus beneficiarios para situaciones médicas "catastróficas"; es decir, aquellas que por su alto costo y baja frecuencia podrían desfinanciar una institución.

En los hechos, pues, el FNR es una persona pública no estatal que ejecuta las políticas trazadas por el Poder Ejecutivo con una mayoritaria representación del Estado.

En ese mismo año 2005, comienzan las evaluaciones para la implementación del futuro Sistema Nacional Integrado de Salud, por lo que El Poder Ejecutivo por medio de decretos, crea el Consejo Consultivo de Salud para los Cambios¹³⁴ y en el ámbito de la Dirección General de la Salud del

¹³³ Ley 17930, artículo 313

¹³⁴ Decreto del Poder Ejecutivo 133/2005. La Comisión Técnico Asesora esta integrada por un miembro, titular o alterno, representante de la Comisión Honoraria Administradora del Fondo

MSP crea la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención a la Salud

135

En el año 2006, el Poder Ejecutivo (entendiendo que la asistencia a la salud comprende la prescripción y dispensación de medicamentos necesarios para el tratamiento, mitigación o prevención de una enfermedad, condición física o psíquica o síntoma de ésta, así como la restauración, corrección o modificación de las funciones fisiológicas; que ello constituye parte esencial de la cobertura asistencial que debe garantizarse) re ajusta las funciones del FNR cuando aprueba el FTM ¹³⁶ El mismo se define en el propio decreto como el conjunto de prestaciones de cobertura farmacológica, reuniendo los medicamentos necesarios para atender las indicaciones terapéuticas de los pacientes de las Instituciones y Servicios de Salud, en su artículo 1 y en los CONSIDERANDOS como la Lista Positiva de medicamentos de Alto Valor Terapéutico destinados a resolver el tratamiento farmacológico de los problemas sanitarios relevantes, de acuerdo al perfil socio-epidemiológico nacional. En términos generales, este FTM se compone de 4 anexos: Anexo I y II y IV enumera medicamentos y fórmulas nutricionales que deben ser

Nacional de Recursos, que la presidirá, un representante del Ministerio de Salud Pública, un representante por la Facultad de Medicina y un cuarto miembro que será designado por la Comisión Honoraria Administradora del Fondo Nacional de Recursos, a propuesta del cuerpo médico nacional. En caso de empate, el Presidente tiene doble voto.

¹³⁵ Decreto del Poder Ejecutivo 610/2005

¹³⁶ Decreto del Poder Ejecutivo 265/2006

brindados por las Instituciones y Servicios de Salud tanto públicos como privados.

El Anexo III, enumera los medicamentos suministrados por el FNR o la Comisión Honoraria de Lucha Antituberculosa o enfermedades Prevalentes, bajo ciertas guías y protocolos establecidos. En este sistema, los medicamentos se incorporan por resolución administrativa del MSP bajo un procedimiento que se explicará más adelante en virtud de que se ha ido modificando, está en discusión y la SCJ recientemente y en forma indirecta se pronunció sobre ello lo que impacta directamente en la presente investigación.

La ley 18211 viene a materializar el denominado SNIS, reconoce legalmente el derecho a la salud, lo declara de orden público y de interés social.¹³⁷ Como eje central declara como principios rectores del sistema: la promoción de la salud con énfasis en los factores determinantes del entorno y los estilos de vida de la población; la intersectorialidad de las políticas de salud respecto del conjunto de las políticas encaminadas a mejorar la calidad de vida de la población, la cobertura universal, la accesibilidad y la sustentabilidad de los servicios de salud, la equidad, continuidad y oportunidad de las prestaciones, la orientación preventiva, integral y de contenido humanista, la calidad integral de la atención que, de acuerdo a normas técnicas y protocolos de actuación, respete los

¹³⁷ Ley 18211 artículo 1

principios de la bioética y los DDHH de los usuarios, el respeto al derecho de los usuarios a la decisión informada sobre su situación de salud, la elección informada de prestadores de servicios de salud por parte de los usuarios, la participación social de trabajadores y usuarios, la solidaridad en el financiamiento general, la eficacia y eficiencia en términos económicos y sociales, la sustentabilidad en la asignación de recursos para la atención integral de la salud.

Y plantea como objetivos: alcanzar el más alto nivel posible de salud de la población mediante el desarrollo integrado de actividades dirigidas a las personas y al medio ambiente que promuevan hábitos saludables de vida, y la participación en todas aquellas que contribuyan al mejoramiento de la calidad de vida de la población, implementar un modelo de atención integral basado en una estrategia sanitaria común, políticas de salud articuladas, programas integrales y acciones de promoción, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno, recuperación y rehabilitación de la salud de sus usuarios, incluyendo los cuidados paliativos, impulsar la descentralización de la ejecución en el marco de la centralización normativa, promoviendo la coordinación entre dependencias nacionales y departamentales, organizar la prestación de los servicios según niveles de complejidad definidos y áreas territoriales, lograr el aprovechamiento racional de los recursos humanos, materiales, financieros y de la capacidad sanitaria instalada y a instalarse, promover el desarrollo profesional continuo de los recursos humanos para la salud, el trabajo en

equipos interdisciplinarios y la investigación científica, fomentar la participación activa de trabajadores y usuarios y establecer un financiamiento equitativo para la atención integral de la salud. ¹³⁸

Asimismo, reformula las competencias del MSP y, sin extendernos en ello, se resalta en lo pertinente a la investigación; la competencia de regular y desarrollar políticas de tecnología médica y de medicamentos, y controlar su aplicación¹³⁹

Y más específicamente sobre MAC, dispone que la política nacional de medicamentos tendrá por objetivo promover su uso racional y sustentable, criterios que pasarán a ser centrales en la políticas de salud. Dispone también que el MSP aprobará un formulario terapéutico único de medicamentos que contemple los niveles de atención médica y establecerá la obligatoriedad de su prescripción por denominación común internacional según sus principios activos; racionalizará y optimizará los procesos de registro de medicamentos y fortalecerá las actividades de inspección y fiscalización de empresas farmacéuticas y la fármaco vigilancia. ¹⁴⁰

Instalado el SNIS, se dicta la ley sobre derechos y deberes de pacientes y usuarios de la salud; el principio de igualdad es el principio rector de la regulación, reconociendo expresamente el derecho a recibir un tratamiento

¹³⁸ Artículo 4

¹³⁹ Artículo 5, literal G.

¹⁴⁰ Artículo 7

igualitario, sin permitir ningún tipo de discriminación por razón de raza, edad, sexo, religión, nacionalidad, discapacidades, condición social, opción u orientación sexual, nivel cultural o capacidad económica ¹⁴¹ Entre el elenco de derechos reconocidos destacamos: el derecho a acceder a una atención integral que comprenda todas aquellas acciones destinadas a la promoción, protección, recuperación, rehabilitación de la salud y cuidados paliativos, derecho a una atención médica acordada, derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud, derecho a conocer todo lo relativo a su enfermedad, derecho de elección del sistema asistencial más adecuado, derecho a la privacidad y derecho a un trato respetuoso y digno (el que contiene un cúmulo de derechos derivados).

Vinculado a la problemática de los MAC en análisis, debe atenderse a la regulación del derecho a acceder a una atención en salud de calidad, reconocido y consagrado en el artículo 7, y su relación con el correlativo deber del Estado de garantía regulado en el artículo 10.

El artículo 7 reconoce que todo paciente tiene derecho a una atención en salud de calidad, con trabajadores de salud debidamente capacitados y habilitados por las autoridades competentes para el ejercicio de sus tareas o funciones. Todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el MSP e incluidos por éste en el FTM y a conocer los posibles efectos colaterales derivados de su utilización. Todo

¹⁴¹ Ley 18335

paciente tiene el derecho a que sus exámenes diagnósticos, estudios de laboratorio y los equipos utilizados para tal fin cuenten con el debido control de calidad. Asimismo tiene el derecho de acceso a los resultados cuando lo solicite.

Por su parte, el artículo 10, consagra el deber del Estado de garantizar en todos los casos el acceso a los medicamentos incluidos en el FTM. Todas las patologías, agudas o crónicas, transmisibles o no, deben ser tratadas, sin ningún tipo de limitación, mediante modalidades asistenciales científicamente válidas que comprendan el suministro de medicamentos y todas aquellas prestaciones que componen los programas integrales de prestaciones (PIP) definidos por el MSP de acuerdo con lo establecido por el artículo 45 de la Ley 18.211.

Asimismo, se explicita el principio de responsabilidad estatal en caso de omisiones en el cumplimiento de estas exigencias.

Dicho artículo 45 entiende por PIP al cúmulo de prestaciones que las entidades públicas y privadas deben suministrar a su población usuaria, que incluyen actividades de promoción y protección de salud dirigidas a las personas; diagnóstico precoz y tratamiento adecuado y oportuno de los problemas de salud-enfermedad detectados, acciones de recuperación, rehabilitación y cuidados paliativos, según corresponda, y lo más pertinente a la

investigación planteada, acceso a medicamentos y recursos tecnológicos suficientes^{142 143}

Ahora bien, como se adelantó arriba, en el año 2010, por vía de decreto del Poder Ejecutivo, se reguló el procedimiento de incorporación de medicamentos al FTM ¹⁴⁴.

Este fue recientemente modificado por la última ley de Presupuesto Nacional¹⁴⁵. Se dispone que la dispensación de medicamentos, procedimientos o dispositivos terapéuticos que no se encuentren debidamente aprobados y registrados ante el MSP, solamente se admitirá en los casos taxativamente enumerados en la normativa vigente y en los incluidos en el marco de ensayos clínicos realizados conforme a derecho.

En cuanto al procedimiento específicamente, también dispone que la aprobación y registro en el MSP de especialidades farmacéuticas deberá ser precedida de informe técnico favorable de eficacia y seguridad. La incorporación de dichas especialidades al FTM y a los PIP deberá contar, para el caso de los medicamentos a financiar por el FNR, con informe técnico previo realizado por representantes de la Facultad de Medicina, del cuerpo médico nacional, del MSP y del Fondo Nacional de Recursos en el marco de la Comisión Técnica Asesora que establezca que existe evidencia científica sobre

¹⁴² Artículo 45

¹⁴³ Las implicaciones de esta regulación se analizarán con la Sentencia 396/2016 de la SCJ.

¹⁴⁴ Decreto del Poder Ejecutivo 4/2010

¹⁴⁵ Ley 19.355, artículos 461 y 462.

el mayor beneficio clínico para el paciente con relación a los que ya existen en dicho formulario para la misma indicación médica. Agregándose que se deberán realizar estudios de evaluación económica y de costo - efectividad, según las recomendaciones de la OMS y análisis de impacto presupuestal que asegure la sustentabilidad para el SNISS¹⁴⁶

El MPS ha dictado “ordenanzas” que regulan un procedimiento de carácter administrativo para la reclamación de prestaciones, las “ordenanzas” 882 y 692, ya que con anterioridad a estas, las solicitudes se tramitaban, con carácter general, por el procedimiento ordinario de peticiones administrativas, conforme el artículo 318 de la CU, 8 de la Ley 15.869 y los artículos 117 y sgtes del Decreto 500/85 y, específicamente, el artículo 6 de la ley 16.343

¹⁴⁶ Las implicaciones de esta regulación se analizarán con la Sentencia 396/2016 de la SCJ ya citada. En lo más destacado, en cuanto a las fallas del sistema, las críticas que se han relevado son de tipo formales y sustanciales, ambos aspectos notoriamente conectados. En lo estructural se ha controvertido la vinculación estrecha, directa y permanente con el Estado a través de los órganos que toman decisiones, detectándose conflicto de interés y la necesidad de independencia del poder político.

Se presenta también la problemática en función a los tiempos excesivos de modificación del FTM, lo que arroja atrasos en la incorporación de fármacos que por otro lado vienen siendo prescritos por los médicos en determinadas enfermedades, ante la constatación de su eficacia y utilidad en diversos pacientes. Lo que pone de manifiesto una vez más, la desigualdad entre quienes pueden adquirirlos y quienes no tienen recursos suficientes para ello. Otras críticas más generales apuntan a destacar fallas en relación a la política pública que viene llevando a cabo Uruguay a través del MSP y el FNR. Aluden, por ejemplo, a la inexistencia de una política de Estado en materia de medicamentos genéricos y la falta de estrategias concretas, sostenidas en el tiempo y eficaces, que permitan un imprescindible control de precios de determinados medicamentos, dentro de lo cual se ubica la utilidad de conformar bloques regionales que logren mayor eficacia a las compras estatales aprovechando caminos ya abiertos como los fondos de inversión de la OPS OMS. Cfme Blengio (2015).

Normativamente, estas “ordenanzas” son actos administrativos dictadas por el MSP; la identificada como Ordenanza 692 ¹⁴⁷ vino a regular un nuevo procedimiento sustituyendo la ordenanza 882 ¹⁴⁸.

Esta ordenanza se conforma además con dos anexos en los cuales, en el anexo I se regula el procedimiento en sí y en el anexo II se adjunta un instructivo para ingresar las peticiones solicitando el suministro de prestaciones farmacológicas o dispositivos terapéuticos no comprendidos en el PIAS – FTM. Se dispone un procedimiento “abreviado” (respecto de una petición administrativa ordinaria).

En lo más relevante, el procedimiento se tramita de la siguiente forma: la solicitud debe presentarse por persona mayor de edad, con determinadas formalidades y adjuntando informes del médico tratante y el Director Técnico del prestador de salud del usuario (conforme el instructivo del anexo II). La Oficina de Atención al Usuario (que recibe la petición) realiza inicialmente un control formal y solicita se rectifique de corresponder en un plazo de 10

días. Una vez salvado ello, esta Oficina debe remitir la documentación con al Departamento de Administración Documental a efectos de caratularla y se remite a la Dirección General de Salud (DIGESA). Esta convoca a la Comisión Técnica Asesora para que emita informe técnico circunstanciado. Para ello

¹⁴⁷ Ordenanza de fecha 26 de agosto de 2016

¹⁴⁸ Ordenanza de fecha 9 de diciembre de 2015

puede requerir la participación de otros profesionales, comunicarse con el médico tratante y el Director Técnico del prestador de salud y solicitarles la información que estime pertinente. Dicho informe se eleva al Ministro para que adopte resolución.¹⁴⁹

Por su parte, la ordenanza 692 viene a especificar algunos aspectos de la anterior y a determinar algunos plazos no regulados,¹⁵⁰

¹⁴⁹ Con la regulación del procedimiento dispuesto por la ordenanza 882, se publicaron casos de una demora de más de cuatro meses para que se resolviera la petición. (Cfme www.accesoamedicamentosuruguay.org (recuperado 15 octubre 2016) Asimismo, se relevó información presentada por el MSP ante la Comisión de Salud Pública de la Cámara de Senadores: “Al 30 de abril de 2016 se recibieron 75 peticiones de estas características, se resolvieron 46 y las demás se están analizando (...) La enorme mayoría de las peticiones corresponde a medicamentos (...) SEÑORA SICA.- En realidad, como decía el señor ministro y como lo planteaba el señor senador, de las 75 peticiones –con fecha de cierre 30 de abril de este año–, 46 fueron tratadas y resueltas por la comisión; 16 tuvieron resolución favorable e inicialmente 30 fueron con resolución negativa –es decir, no favorable–, aunque en este punto cabe una aclaración. De estas 30 peticiones, algunas se desagregaron por diferentes motivos en base a los cuales se expidió la comisión”(Sesión de fecha 3 mayo 2016 disponible en <https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/347/versiones/taquigráficas>) (recuperado 20 agosto 2016)

Según datos del MSP proporcionados ante un pedido de acceso a la información pública al Diario El País, “Hasta el primer semestre de este año (2016) se habían presentado 98 peticiones ante la comisión, en 54 se expresó en contra, en 31 a favor y 13 aún quedaban pendientes de una resolución” (El País 30 noviembre 2016)

¹⁵⁰ En lo más destacado (ya que no resulta aplicable al período en estudio) el expediente se caratula de confidencial (conforme las normas sobre protección de datos personales); se remite también a la División Jurídico Notarial y a la Dirección de Evaluación Sanitaria; se le otorga vista al peticionante antes de dictar resolución; Se establece un plazo máximo de 20 días hábiles a partir del primer día hábil siguiente a la presentación completa para emitir resolución,

la misma se conforma además con dos anexos en los cuales, en el anexo I se regula el procedimiento en sí y en el anexo II se adjunta un instructivo para ingresar las peticiones solicitando el suministro de prestaciones farmacológicas o dispositivos terapéuticos no comprendidos en el PIAS – FTM

En tanto se ha destacado la necesidad de un abordaje interdisciplinario (ver apartado “El caso: un necesario abordaje interdisciplinario”), corresponde tener presente también el marco normativo vinculado a la bioética. Si bien no existe normativa expresa vinculada a MAC, sí se han dictado disposiciones generales respecto de esta disciplina formando parte del corpus iuris vinculado al objeto de estudio, por ejemplo, el Decreto 274/010 crea las Comisiones de Bioética, su regulación y principios rectores.¹⁵¹

Corolario: El caso: su complejidad

Por todo lo expuesto, el caso involucra varios aspectos relevantes que se interrelacionan de forma crucial, el derecho constitucional, el derecho de los derechos humanos y el sistema de garantías.

En expresiones de Risso Ferrand, ya ningún juez podrá soslayar la relevancia del bloque de derechos humanos, las implicancias de la supremacía

el que se suspende por el plazo para que el usuario evacue la vista y durante el plazo que la institución médica demore en agregar la documentación que eventualmente le solicitare la Comisión.

¹⁵¹ Decreto del Poder Ejecutivo de fecha 8 setiembre 2010, artículos 39 – 49.

constitucional en el ECD. Así lo imponen las exigencias y necesidades de los ciudadanos.¹⁵²

Estos casos nos enfrentan, en expresiones de Mahler, a un verdadero “dilema humano” donde “el deseo de salud es tan fundamental y la imposibilidad de aplicar equitativamente entre la población del mundo entero todas las técnicas sanitarias disponibles es tan manifiesta que parece haber llegado la hora de proceder desde el punto de vista social a una reevaluación verdaderamente crítica para alcanzar la salud”¹⁵³.

El derecho de los derechos humanos es la columna vertebral para resolver el problema pero las condiciones particulares de cada caso dan un contenido revalorizado del derecho en juego. La provisión de un MAC para una enfermedad catastrófica evidentemente implica un contexto particularísimo y una situación urgente de la víctima que fuerza un “plus” interpretativo y argumentativo de la decisión.

Por estas especialidades, en términos de Zagrebelsky, no pueden entenderse como “casos normales” donde la tensión entre la ley y la administración de justicia permanece más o menos sobreentendida y los jueces pueden eventualmente creer que no hacen más que aplicar la ley. En la problemática planteada nos enfrentamos a “casos críticos”, los casos donde esta tensión hasta puede aparecer como una contradicción y los que provienen

¹⁵² Risso Ferrand (2012)

¹⁵³ Mahler (1977)(sin número de página)

como estos, de las implicancias de la salud y la bioética se tornan más evidentes ¹⁵⁴.

Por otra parte, también en referencia a los casos complejos; sobre los casos, sus exigencias de regulación y la presión sobre el derecho. “El caso, para el juez y para la ciencia jurídica, es esencialmente un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de cómo responder al mismo, de como resolverlo en términos jurídicos. (...) la comprensión del caso presupone que se entienda su sentido y que se le dé un valor. (...) Por sentido debe entenderse aquí la conexión entre una acción y su resultado social. La comprensión del sentido de una acción, es decir, de su lógica social, solo se alcanza poniéndola en relación con los efectos que se considera que puede producir”(...) En pocas palabras, la comprensión del caso consiste, por tanto, en esta categorización del sentido y del valor. Esto permite entender por qué puede hablarse de solución adecuada al caso”.¹⁵⁵

Requieren un abordaje judicial particular para su resolución tomando como criterio rector la centralidad de los DDHH. La interpretación se ve complejizada por el caso concreto, ya sea por el contexto de la víctima, por sus condiciones personales o a las que se encuentra actualmente sometida.

Todo ello impone un rol muy particular y delicado del juez actuante. Pensamos que debe pronunciarse en estos “casos críticos”, toda la

¹⁵⁴ Zagrebelsky (versión 2006) pág 34

¹⁵⁵ Zagrebelsky (2009) pág 136 y sgte

problemática puede judicializarse sin pudores, el juez es protagonista para comprender el caso, determinar el valor y darle sentido. Sin embargo, tampoco es el “señor del derecho” como lo fue el legislador: “Son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el ECD, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre el Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.¹⁵⁶

¹⁵⁶ Zagrebelsky (2009) pág. 156

VII. – El CASO: Datos relevados

Aclaraciones y reservas preliminares:

1.- Este apartado explica y analiza los amparos relevados de forma numérica; el análisis jurídico surge en el apartado siguiente.

2.- Se solicitó información a la ORDA y al MSP. Esta información se cruzó con las bases de datos disponibles; consulta electrónica de expedientes judiciales

(<http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy/>) y consulta a la base de jurisprudencia de la SCJ

(<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=678>

4) y, en algún caso puntual, la consulta directa en el tribunal competente.

3.- La información de la ORDA consiste en un listado de todos los amparos contra MSP y/o FNR ingresados por el sistema por el período seleccionado.

La información del MSP consiste en, por un lado, en listado de cantidad de amparos tramitados por año por el período seleccionado sin ninguna otra información Paralelamente, se publicaron datos proporcionados por un pedido de acceso a la información pública (a través de la Unidad de Acceso a la Información Pública) que fueron confirmados por el Departamento Contencioso de la División de Servicios Jurídicos del MSP.

4.- La información proporcionada por la ORDA y el MSP, no es totalmente coincidente, por lo que se presentan cuadros y gráficos comparativos.

5.- Al constatar este desfasaje numérico en el relevamiento, se tomó a los efectos del análisis de expedientes y correspondientes sentencias los facilitados por la ORDA, en tanto se listaron por la IUE y son claramente identificables.

4.- Referencias generales:

AmpMAC: Amparos solicitando MAC

AmpPREST: Amparos solicitando otras prestaciones: endoprótesis, cirugía de asignación de sexo, implante coclear, ocular, etc

AmpOTROS: Amparos no vinculados a prestaciones de salud: naturaleza laboral: reclamaciones de funcionarios, habilitaciones urgentes, reclamaciones de farmacias, etc.

AmpSINF: Amparos sin información suficiente. Surge IUE del listado proporcionado por la ORDA pero no surgen datos de los sistemas relevados.

Algunos de ellos, se presupone (de la información existente) que se trata de AmpMAC o AmpPREST pero, por razones de certeza y a fin de dar la mayor transparencia a los datos, no se contabilizaron como tales.

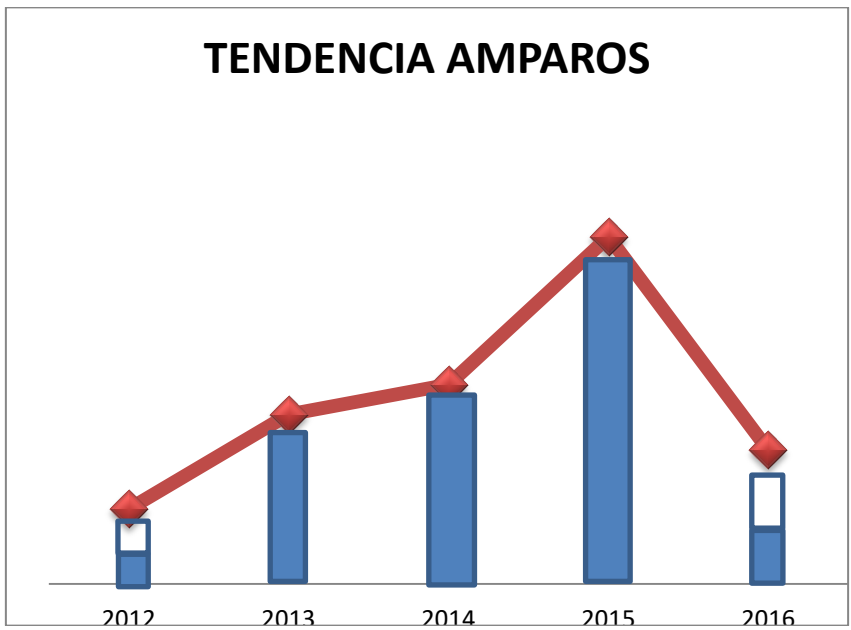
IUEs ORDA: La información se relevó con los IUEs – expedientes identificados por la ORDA

Amparos presentados durante el período, desplegado por año (IUEs ORDA)

Gráfico A.



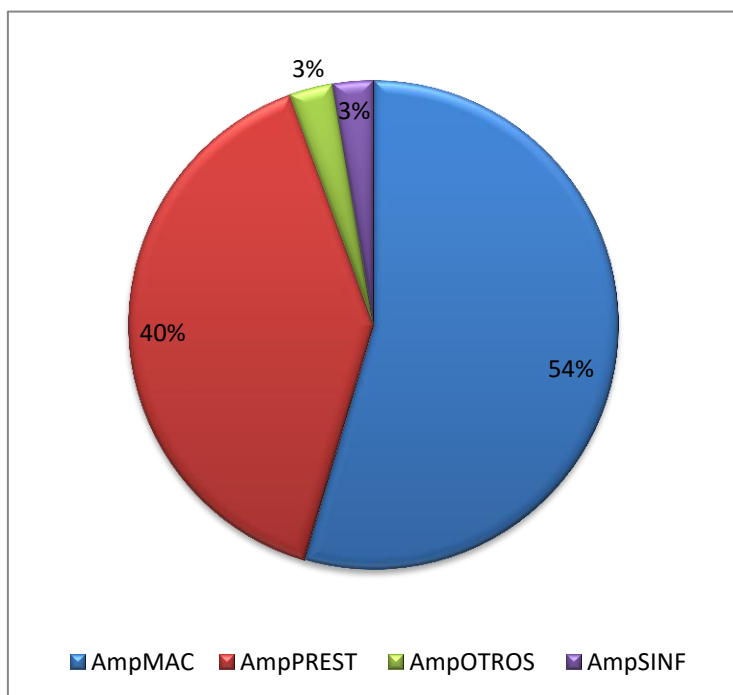
Gráfico B



NOTAS Y OBSERVACIONES

1. - Ambos gráficos representan (en diferentes modalidades) la misma información: totalidad de procesos de amparos presentados (solicitando cualquier tipo de reclamación) contra el MSP y/o FNR durante el período seleccionado desplegado por año.
2. - “Cualquier tipo de reclamación” refiere a: AmpMAC, AmpPREST, AmpOTROS o AmpSINF.
3. - Los datos muestran un crecimiento de amparos presentados, con su máxima expresión en el 2015.
4. - Haciendo una proyección para el año 2016, se estima que surge un descenso notorio

Gráfico de Amparos presentados durante el período seleccionado contra el MSP y/o FNR, desplegado por el tipo de reclamación (IUEs ORDA)



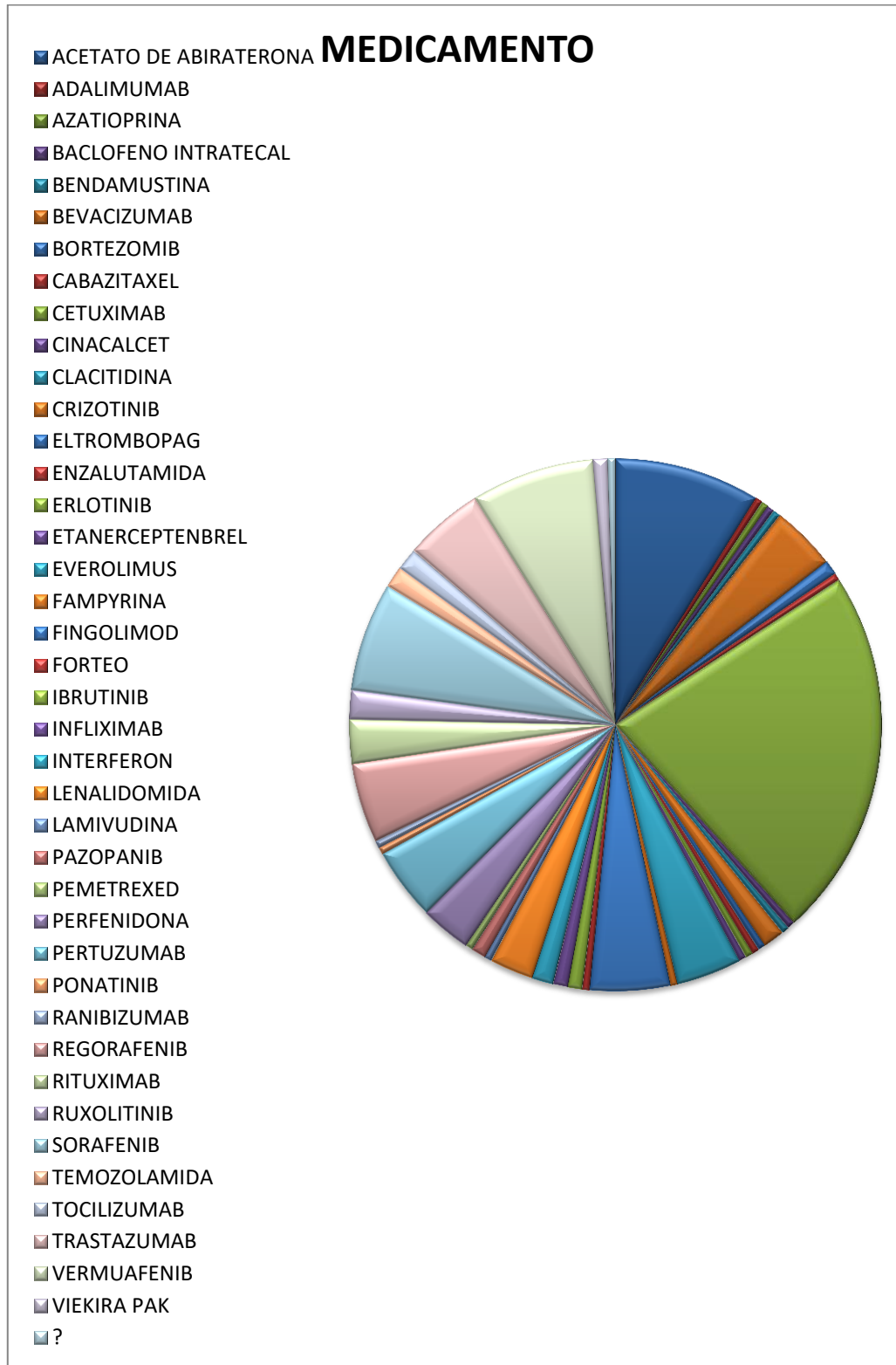
NOTAS Y OBSERVACIONES

- 1.- Este gráfico representa la distribución de amparos según el tipo de reclamación durante todo el período seleccionado.
- 2.- Los datos muestran que la mayor cantidad de amparos contra MSP y/o FNR refieren a AmpMAC y en segundo lugar AmpPREST.

3.- Los AmpOTROS resultan marginales.

4.- Surge que la gran conflictividad ante estos organismos refiere al caso objeto de la investigación.

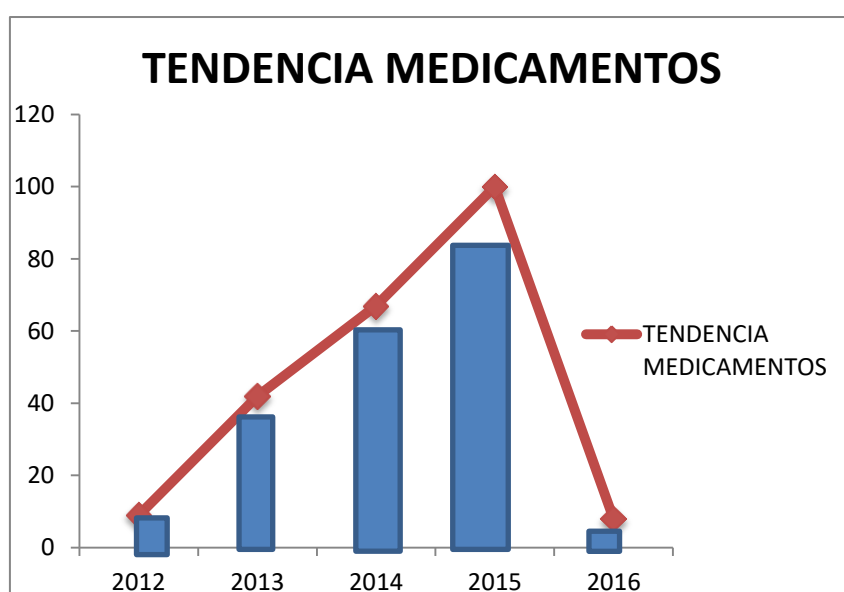
Gráfico de MAC solicitados durante el período seleccionado (IUEs ORDA)



NOTAS Y OBSERVACIONES

1.- Este gráfico muestra la totalidad de variedades de MAC solicitados durante todo el período seleccionado.

Gráfico de variedad de MAC desplegado por año por todo el período seleccionado (IUEs ORDA)



NOTAS Y OBSERVACIONES

1.- Este gráfico muestra conjuntamente la cantidad de ampMAC y la variedad de MAC desplegado por año por todo el período seleccionado.

2.- Surge que a mayor cantidad de AmpMAC más variedad también de MAC reclamados.

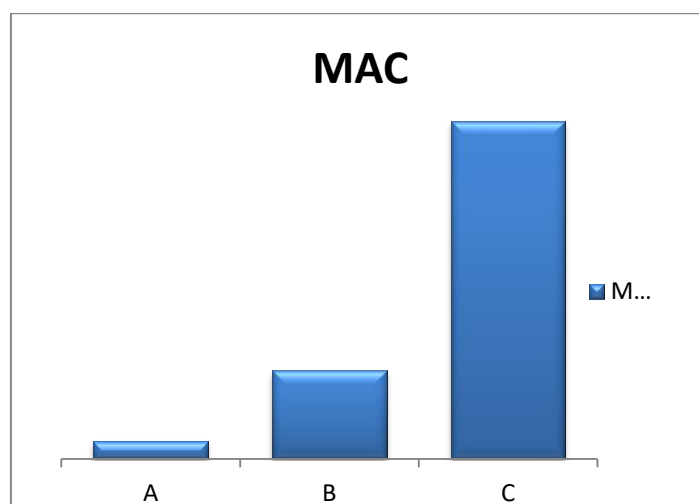
Gráfico comparativo de amparos con sentencia definitiva y AmpMAC que se archivaron anticipadamente por fallecimiento del actor/enfermo



NOTAS Y OBSERVACIONES

- 1.- Este gráfico representa comparativamente la cantidad de amparos que se tramitaron hasta el dictado de sentencia definitiva firme y los que se archivaron anticipadamente por fallecimiento del actor/paciente.
- 2.- Los datos muestran que el archivo anticipado resulta marginal: de acuerdo a la fuente (IUEs ORDA – MSP) oscila entre 3 y 8 fallecidos.

Gráfico de tramitación de AmpMAC por instancias (IUEs ORDA)



NOTAS Y OBSERVACIONES

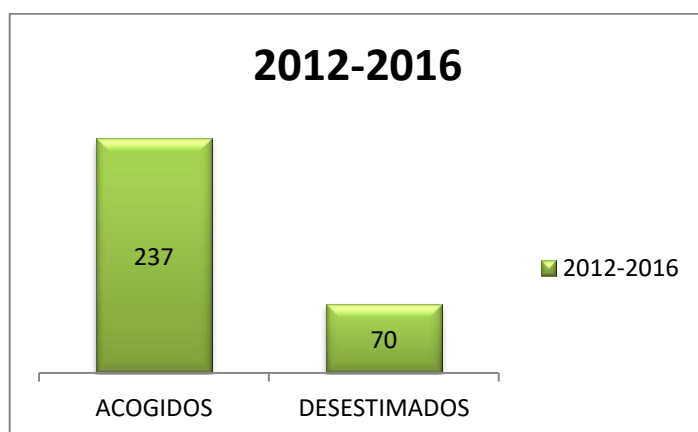
- 1.- Este gráfico representa comparativamente los amparos que no se tramitaron hasta la sentencia definitiva, los que solo se tramitaron en primera instancia y los que se tramitaron en doble instancia.
- 2.- La barra A representa los amparos que no se tramitaron hasta el dictado de la sentencia definitiva, ya sea por: fallecimiento del paciente, desistimiento de la pretensión porque el proceso carece de objeto porque el paciente recibe anticipadamente el MAC.
- 3.- La barra B representa los amparos que solo se tramitaron en primera instancia, ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.
- 4.- La barra C representa los amparos que se tramitaron en doble instancia.
- 5- Surge que la insatisfacción de las partes es alta, en tanto, en amplia mayoría la parte perdedora, moviliza la segunda instancia. En el caso del Estado (ya sea FNR o MSP) demuestra que insiste con la legitimidad de su actuación.

Gráficos comparativos de AmpMAC acogidos y desestimados durante el período seleccionado (doble fuente)

Gráfico A



Gráfico B



NOTAS Y OBSERVACIONES

- 1.- Estos gráficos representan los AmpMAC acogidos ya sea solo en primera instancia o en segunda, es decir, amparos en los que se dictó sentencia firme haciendo lugar a la pretensión comparativamente con los desestimados durante todo el período seleccionado
- 2.- El gráfico A representa los IUEs ORDA y el gráfico B los datos proporcionados por MSP.
- 3.- En el gráfico B respecto del 2012 se hace una estimación en tanto los datos proporcionados por MSP son anuales.
- 3.- A pesar de las diferencias numéricas, ambas fuentes coinciden claramente en la tendencia amparista de los TAC.

Gráficos comparativos de AmpMAC acogidos y desestimados durante el período seleccionado, desplegado por año

Gráfico A

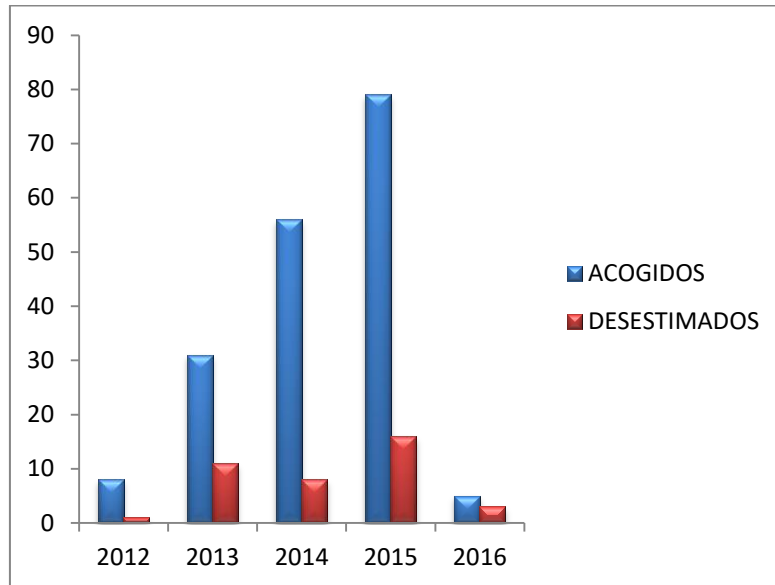
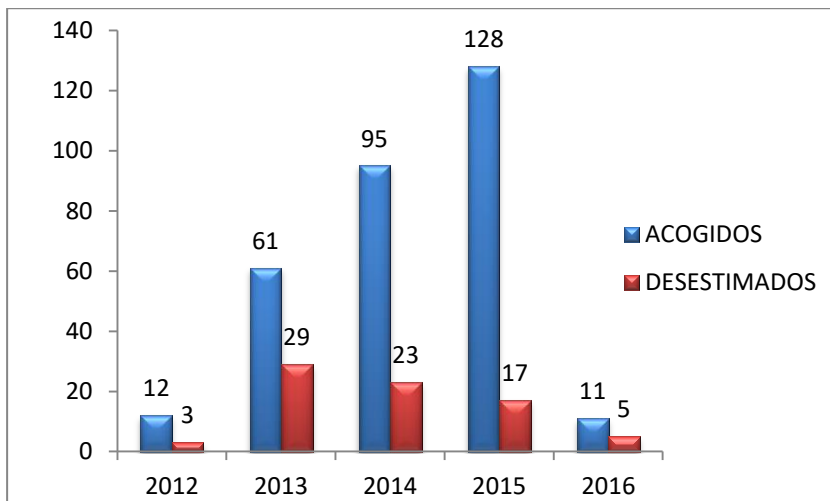


Gráfico B



NOTAS Y OBSERVACIONES

1.- Estos gráficos representan los AmpMAC acogidos ya sea solo en primera instancia o en segunda, es decir, amparos en los que se dicto sentencia firme

haciendo lugar a la pretensión, desplegado por año comparativamente con los desestimados, desplegado por año.

2.- El gráfico A representa la información por IUEs ORDA

3.- El gráfico B representa los datos proporcionados por MSP

4.- La barra azul representa los AmpMAC acogidos.

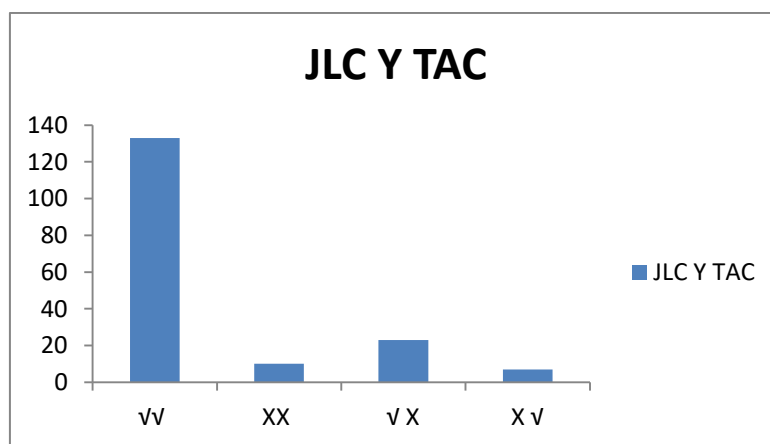
5.- LA barra roja representa los AmpMAC desestimados.

6.- A pesar de las diferencias numéricas, ambas fuentes coinciden claramente en la tendencia amparista de los TAC y ello es coincidente por año.

7.- En el paso de los años, la tendencia amparista aún es más marcada.

8.- Como dato de referencia, fuera del período seleccionado, en el año 2011 de un total de 8 AMPMAC se desestimaron 3 y se acogieron 5 (según datos MSP).

Gráfico de relación entre pronunciamientos de primera y segunda instancia durante todo el período seleccionado.



NOTAS Y OBSERVACIONES:

1.- Este gráfico representa la relación pronunciamientos de primera y segunda instancia durante todo el período seleccionado

2.- La barra con doble tilde representa los AmpMAC que fueron acogidos en primera instancia y confirmados en segunda, ambas instancias amparistas.

3.- La barra con doble cruz (XX) representa los ampMAC que fueron desestimados en primera instancia y confirmados en segunda, ambas instancias desestimatorias.

4.- La barra tilde – cruz representa los AmpMAC que fueron acogidos en primera instancia y revocados en segunda, desestimados.

5.- La barra cruz – tilde representa los AmpMAC desestimados en primera instancia y revocados en segunda, acogidos.

6.- Los datos muestran que la mayoría de los pronunciamientos de primera y segunda instancia son coincidentes. Es decir, puede verse un criterio común entre los JLCA y los TAC.

VIII.- Las sentencias: sus argumentos más salientes

“...lo que no quiere decir que las instituciones judiciales sean antidemocráticas; quiere decir, por el contrario, que son límites y garantías previstas contra el poder que se extralimita, las degeneraciones de la democracia como puro régimen de la mayoría, de la mayoría omnipotente, de la mayoría omnívora.”¹⁵⁷

Aspectos generales

1.- Tal como se explicó en el apartado “El caso: sus determinaciones”, se analizó una selección de 77 sentencias correspondientes al período, según el criterio metodológico ya explicado en la Introducción (I.- Introducción - Metodología y Objeto – Ámbito de la investigación: su delimitación) y en el apartado “El caso: sus determinaciones”.

Con finalidad comparativa se seleccionaron y estudiaron también sentencias (4 correspondientes al inicio del período) que se pronuncian sobre la solicitud de la prestación endoprótesis aórtica, en tanto, reviste caracteres similares: se trata de una prestación no incluida pero muy indicada por los médicos tratantes. Estos amparos se plantean en términos concurrentes con los de solicitud de MAC, y se resuelven con argumentaciones semejantes. Como surge de los datos relevados en el apartado anterior, la jurisprudencia respecto de esta prestación se encuentra más consolidada.

También se estudiaron complementariamente las sentencias dictadas hasta la última fecha relevada por el sistema de ORDA (setiembre 2016) a fin

¹⁵⁷ Zagrebelsky (2008) pág 102

de evaluar modificaciones en los fundamentos por fuera del período, todo lo cual conforme el cuadro adjuntado (ANEXO 2 – Papeles de Trabajo).

2.- En algunos amparos se solicitan MAC incluidos en el FTM pero se demoró u omitió su entrega. En otros casos, no está incluido, pero surge probada su eficacia por organizaciones internacionales, lo que en algunos procesos se confirma con peritaje y en otros no. Alguna sentencia ha planteado esta eficacia médica probada como el denominado “principio del saber consolidado” como parte de su argumentación.¹⁵⁸

Si no surge probada eficacia, no se condena en ningún caso, extremo que apareció muy poco frecuente.¹⁵⁹

En algunos casos el MAC está incluido para una patología diferente respecto de la cual se reclama, pero siempre surge una indicación clara del médico tratante.

Por tanto, si bien “el caso” (delimitación metodológica) puede considerarse el mismo, surgen peculiaridades propias de cada situación particular.

3.- En cuanto a la legitimación pasiva, a veces se demanda solo al MSP, otras en forma conjunta ya sea con el FNR o con la IAMC correspondiente.

¹⁵⁸ TAC/T2 3 febrero 2016 Ministros França, Pérez Brignani, Sosa

¹⁵⁹ TAC/T2 1 marzo 2015, TAC/T3 10 julio 2012 Ministros Cardinal, Alonso, Castro

Esta última no es condenada en las sentencias relevadas¹⁶⁰. Si hay condena, prácticamente en forma unánime se condena al MSP, y dependiendo del caso concreto, al FNR. Se detecta alguna jurisprudencia acotada en que entiende que es el FNR quién debe determinar la patología a la que refiere el medicamento.¹⁶¹

4.- En los casos de condena, en primera instancia (JLCA para Montevideo) se establecen plazos variados para comenzar a proveer el MAC, 24¹⁶², 48 y hasta 72 horas¹⁶³, sin embargo, en puridad, la LDA dispone 24 horas posteriores a la notificación.

En cuanto al período de cumplimiento, algunas sentencias se ordena la provisión del medicamento durante todo el período que lo indique el médico tratante.¹⁶⁴

En otros, en caso de que el MAC no esté incluido, hasta tanto se pronuncie el Estado en la inclusión o no en el FTM. ¹⁶⁵

¹⁶⁰ Ejemplo, TAC/T1 10 noviembre 2014

¹⁶¹ TAC/T3 15 octubre 2013 Ministros: Cardinal, Gatti, Operti; TAC/T 4 diciembre 2014 Ministros Cardinal, Alonso, Operti, TAC/T2 23 julio 2014 Ministros Sosa, Pérez Brignani, Franca

¹⁶² Ejemplo, TAC/T5 26 noviembre 2014 Ministros Gradin, Simón, Fiorentino, TAC/T7 19 octubre 2015 Ministros Couto, Cabrera, Ettlín

¹⁶³ TAC/T7 8 junio 2015 Ministros Couto, Cabrera, Ettlín

¹⁶⁴ Ejemplo, TAC/T4 7 marzo 2012 Ministros Tobía, Turell, Maggi TAC/T6 24 agosto 2012 Ministros Martínez, Hounie, Klett (integrado Franca, Ettlín)

¹⁶⁵ TAC/T4 7 marzo 2012 Ministros Tobía, Turell, Maggi TAC/T6 24 agosto 2012 Ministros Martínez, Hounie, Klett (integrado Franca, Ettlín)

Por otra parte, en muchos fallos se imponen también conminaciones económicas para la eventualidad de incumplimiento¹⁶⁶. En prácticamente todos, si el TAC confirma, mantiene estos términos.¹⁶⁷

5.- En general no se condena en costas y costos, en tanto no hay una conducta procesal que lo requiera¹⁶⁸

6.- En los procesos en que la primera instancia insumió más del tiempo previsto para el amparo, el TAC actuante da cuenta de esta situación al Tribunal inferior observándoselo.¹⁶⁹

7.- No surge la problemática de la “cosa juzgada” (artículo 11 LDA), en los pronunciamientos estudiados sólo en un fallo se plantea este instituto como obstáculo de la pretensión. A pesar de requerir integración del TAC y reconociendo la controversia, no se hizo lugar a tal alegación¹⁷⁰ entendiendo que cambiaron los supuestos de hecho por la evolución de la enfermedad y ello permite plantear nuevo amparo.

Por lo expresado, por selección metodológica, se tomarán en cuenta los argumentos más salientes que estos pronunciamientos tienen en común, que

¹⁶⁶ TAC /T1 10 noviembre 2014

¹⁶⁷ JLCA ordenó la provisión en un plazo de 24 horas y el TAC agregó que fuera hasta tanto se pronuncie el MSP en la inclusión en el FTM , TAC /T1 10 noviembre 2014

¹⁶⁸ En las sentencia relevadas, en el 2016 se detectó un caso que sí se condenó en costas y costos al MSP, TAC/T2 6 julio 2016 Ministros Rossi, Posada, Morales

¹⁶⁹ TAC/T4 31 julio 2014 Ministros Gatti, Maggi, Ettlin, Gradin

¹⁷⁰ TAC/T6 19 noviembre 2015 Ministros Alves, Gómez, Misa

operan como eje central, excluyendo argumentaciones particulares dependiendo del caso, tipo de medicamento o patología, sin perjuicio de lo ya analizado en el apartado anterior. “El corpus iuris” aplicable (según lo reseñado en el apartado El caso: sus determinaciones”- véase cuadro normativo) se ha modificado durante el período seleccionado, especialmente en lo que respecta al procedimiento de incorporación al FTM y al de solicitud de prestaciones o MAC (ordenanza 882, Ley 19355 y ordenanza 692.

En el abordaje que se hace a continuación, se cita sentencia, fecha, tribunal actuante e integración (se adjuntan todas las sentencias estudiadas en ANEXO 1 - Documentos), ya que en tanto se trata de un tema polémico y en construcción, en reiteradas oportunidades, se requiere de tribunal integrado para lograr la decisión. En consecuencia, resulta difícil y vidrioso registrar tendencias por TAC.

Abordaje desde el caso

En algunas de las sentencias relevadas, se plantea la importancia del abordaje desde el caso y teniendo en cuenta su complejidad:

“... momento de calificar si existió manifiesta ilegitimidad en la actuación de la demandada tener claro que es lo que está en juego y cuales son derechos fundamentales que se pretende sean tutelados.(...) El problema debe abordarse con criterios de lógica y de razonabilidad así como sin perder de vista cual es la enfermedad del actor que motiva el presente amparo.”¹⁷¹

¹⁷¹ TAC 11 mayo 2015 Ministros Tabaré Sosa, Pérez Brignani, França; Coincidentes: TAC/T2 26 octubre 2012 Ministros Sosa, Pérez Brignani, França

“...debe examinarse conforme al concreto caso en examen y acorde sus particularidades. Máxime, en situaciones como la instalada en la especie, donde el medicamento en cuestión aparece indicado por el médico oncólogo” ¹⁷²

Asimismo, se destaca que sólo puede resolverse teniendo en cuenta especialmente criterios de lógica y razonabilidad en virtud de que se trata de enfermedades crónicas y/o graves, en que está afectada sensiblemente la calidad de vida.¹⁷³

Caducidad de la acción

Si bien el argumento de caducidad de la acción es poco utilizado, menos aún recientemente, cabe plantearlo, por la gravedad de sus consecuencias, a efectos de esclarecer su improcedencia.

Acertadamente los pronunciamientos judiciales en estudio consideraron que no es legítima la aplicación de la caducidad en casos como el presente, no sólo por la naturaleza de los derechos en juego, sino que además la ilegitimidad se mantiene hasta tanto no se otorgue el medicamento:

“Pero estimo que ello no puede aplicarse a un caso como el presente donde están en juego derechos fundamentales como el de la salud y la propia vida. En efecto, puede admitirse el derecho a la disponibilidad de la propia vida, de la salud, pero lo que no puede jurídicamente vedarse a toda persona es el derecho a reconsiderar su decisión, a reclamar tutela jurisdiccional si aún no lo ha hecho mientras exista o se mantenga la prescripción médica. Los derechos fundamentales deben armonizarse y asimismo en nuestra Constitución, el art. 44 inc.2 preceptúa del deber de velar por la propia salud así como el de asistirse en caso de enfermedad. En sentido coadyuvante y subsidiariamente debe aplicarse, ante la duda, el principio “pro actione” que postula a favor de la mayor

¹⁷²TAC/T7 3 setiembre 2013 Ministros Couto, Ettlín y López Ubeda

¹⁷³ TAC/T2 23 julio 2014 Ministros Sosa, Pérez Brignani, França

garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción, más allá de toda cuestión formal.”¹⁷⁴

Estos fundamentos colocan a la salud en su lugar privilegiado; desplaza la noción de caducidad ante el derecho a la vida; agregando como criterio interpretativo el principio pro persona (directriz de preferencia de interpretación).

Establecido el procedimiento abreviado de la Ordenanza 882, se detectó un pronunciamiento más estricto en cuanto al cómputo y calificación de la caducidad:

“En este punto entiende la Sala la repetición del hecho dañoso o la continuación de sus efectos no hace renacer un plazo que ya ha comenzado a correr y que en ausencia de causas objetivas impeditivas de su ejercicio sólo la actividad de la parte es apta para suspender el término de caducidad ex-art. 39 de la Ley N° 11.925 (Sent. N° 29/95, 71/96, 147/97, 91, 869/98, 523/99, 49, 128/00, etc.). Ahora bien, desde otra óptica también es cierto que el accionante pudo tener la razonable expectativa de que el M.S.P. le hiciera lugar a su solicitud presentada el 21/09/2015 atento a que la denegatoria se concretó -10 meses después- el 07/07/2016 y a su respecto la demanda se presentó tempestivamente antes de los 30 días.”¹⁷⁵

Del Derecho a la salud

“Corpus iuris”

La amplia mayoría de las sentencias relevadas (amparando o no) explicitan el mismo marco normativo, son contestes en reconocer

¹⁷⁴ TAC/T2 26 octubre 2012 Ministros Sosa Aguirre, Pérez Brignani, França Coincidente
TAC/T7 28 marzo 2014 Ministros Castro, Salvo, Operti, discordes: Vázquez, TAC/T7 28 mayo
2014 Ministros López, Couto, Ettlin

¹⁷⁵TAC/T4 14 setiembre 2016 Ministros Maggi, Pereyra, Turell

constitucionalmente a los artículos 44 y 72, y la aplicación de los tratados internacionales PIDESC, CADH, Protocolo de San Salvador y en algunas se hace también especial referencia a la ley 18335.

“Los derechos invocados tienen relación con la preservación del derecho y protección a la vida y a la salud que son de rango constitucional (artículos 44 y 72 de la Constitución de la República). También se encuentran consagrados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ley No. 13.751 y por el Protocolo de San Salvador que amplía la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por el artículo 10 de la Ley No. 16.519 y finalmente a nivel legislativo está previsto en el artículo 10 de la Ley No. 18.335¹⁷⁶

En algunas sentencias amparistas, se plantea, en forma expresa, además, la necesidad de una perspectiva constitucionalista:

“En el llamado Estado Constitucional se asiste a un cambio trascendente en cuanto la Constitución es ahora entendida como un conjunto de normas jurídicas con eficacia directa en todo el ordenamiento jurídico (Interpretación y Argumentación Jurídica, Gascón Abellán, Marina, pág. 10). No puede ignorarse este cambio, al que Cea Egaña denomina cambio radical en la cultura jurídica y que consiste “en que si por siglos los derechos esenciales eran lo que la ley determinaba, aunque existiera ya una Constitución dotada de primacía, ahora la ley, el acto de autoridad y la conducta del particular es tal y vale sólo en la medida que regula o implementa el ejercicio de aquellos derechos, respetándolos en los términos proclamados y asegurados en la Carta Fundamental..., la Carta Fundamental contemporánea, gira en torno de valores humanistas, que llevan a superar el formalismo, positivo y exegético, para infundir realidad a la libertad e igualdad con justicia, seguridad y otros principios (“Una Visión de la Teoría Neo Constitucional”, Anuario Iberoamericano de

¹⁷⁶TAC/T2 11 mayo 2015 Ministros Sosa, Pérez Brignani, França, coincidentes: TAC/T7 28 mayo 2014 Ministros López, Couto, Ettlín, TAC/T 7 23 enero 2014 Ministros Tosi, Landeira, Corrales

Justicia Nº 8, 2004, pág. 43).(..) *La Suprema Corte de Justicia, ha expresado: Y el acogimiento de*

*la demanda puede fundamentarse, obviamente, en la aplicación al caso de principios generales del derecho de recepción constitucional (arts. 7 y 72 de la Carta) que conforman derechos humanos inherentes a la dignidad de la persona y valores superiores de rango normativo preeminente en relación con las normas legales y reglamentaciones que regulan la función pública. Señala Guastini (cit. por A. Castro, *Judicatura*, Nº 44, p. 74) que la función de la Constitución es moldear las relaciones y, por tanto, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización del orden jurídico es precisamente la difusión en el seno de de la cultura jurídica de la idea de que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o de su contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. Y como sostiene la Dra. Castro de la visión meramente legalista se produce una reorientación ideológica y teórica –que en esencia es un viraje político-jurídico - hacia una visión constitucionalista del derecho que implica la sujeción del legislador, el administrador y el juez a las normas constitucionales. Y, precisamente en el caso, la operatividad directa de los derechos, principios y valores de raigambre constitucional, no habrá de verse como puro arbitrio judicial, sino como el fruto de una argumentación jurídica que respeta la eficacia vinculatoria de los principios constitucionales, descartando su carácter meramente programático, en la búsqueda de la justicia del caso concreto, finalidad esencial de la función jurisdiccional” (Sent, Nº 130/2007; Sent. de la S.C.J. comentada por Castro Alicia *Argumentación y Constitucionalismo en la fundamentación de sentencias...*” *Anuario*, T. XXXIX, pág. 842).*

*Van Rompaey (“Hacia una jurisprudencia principialista”, *Judicatura* Nº 43, págs. 159 - 167) destaca la importancia de la ley como expresión del principio democrático, insustituible en ese sentido, pero afirma que, sin perjuicio de ello, la vinculación del Juez a la ley no se afecta por el empleo de los principios generales del derecho en la interpretación. Considera que el uso cada vez más frecuente y necesario de los principios generales del derecho y pautas de hermenéutica valorativa principales o axiológicas, tiende a suplir la insuficiencia u obsolescencia de la ley (que no se ajusta en su previsión normativa abstracta a las especiales circunstancias del conflicto sometido a la decisión judicial) sin que ello signifique adherir a la libre creación del Derecho ni se pretenda justificar*

*cualquier interpretación desde criterios ideológicos. Los principios generales del derecho reúnen los valores básicos del ordenamiento.*¹⁷⁷

Y en reciente sentencia, se destaca el criterio de interpretación que debe iluminar la aplicación de la LDA:

*“La Ley No. 16.011, especialmente sus artículos 1º y 2º, deben interpretarse y honrarse en clave humana, estableciendo su centro y destino en el Ser Humano (varón-mujer). No se trata de forzar ni de desleír su contenido, sino de afirmarlo para hacer realidad el propósito heroico que procura el Amparo: reforzar las fronteras de la protección integral y efectiva de los derechos sustanciales (arts. 14 del Código General del Proceso y 13 de la Ley No. 16.011).”*¹⁷⁸

“Contenido mínimo”

En cuanto al contenido mínimo del derecho, la gran mayoría de los pronunciamientos, también amparistas o no, conciben la salud como un derecho ligado a la vida, a la integridad corporal, síquica y moral, a la calidad de vida, al desarrollo de la personalidad. Ante todo el derecho a la salud implica que el ser humano tiene derecho a la debida atención profesional para cuidarla, para prevenir enfermedades, para encontrar dónde atenderse, dónde recibir los tratamientos necesarios, para su recuperación, etc.

¹⁷⁷TAC/T4 7 marzo 2012 Ministros Tobia, Turell, Maggi,coincidentes TAC/T3 26 agosto 2015 Ministros Cardinal; Operti; Maggi (ministro Integrado), TAC/T4 Ministros Gatti, Turell, Maggi, TAC/T4 5 noviembre 2014 Turell, Maggi, Gatti, TAC/T4 20 marzo 2013 Ministros Gatti, Turell, Maggi, TAC/T1 5 noviembre 2014 Ministros Turell, Maggi, Gatti

¹⁷⁸TAC/T7 28 enero 2016 Perez Brignani, Cavalli, Ettlin

Alcance del derecho

Este aspecto sí divide a la jurisprudencia, en que las sentencias amparistas conciben la salud desde una visión omnicompreensiva, y con fundamentos de la doctrina constitucionalista más garantista, con el mayor estándar de protección:

“A juicio de los Ministros Dr.Edgardo Ettlín y la redactora, el derecho fundamental que se ve amenazado es –en primer lugar- el derecho a la salud, entendida no como el derecho a una vida libre de enfermedad, sino como “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales art.12 y Protocolo de San Salvador art.10, ambos ratificados por Uruguay) derecho que, en las penosas circunstancias del caso individual, se concreta en el derecho a una sobrevivida más larga y de mejor calidad.¹⁷⁹

Algunos tribunales han ido más allá entendiendo además que la Constitución uruguaya es aún más protectora y corresponde su aplicación.

“Como se ha dicho en sentencia precedente de esta misma Sala “tanto el derecho al goce de la vida como el derecho a la salud tienen protección constitucional en nuestro país no sólo porque son mencionados expresamente en el texto constitucional (arts.7 y 44) sino también por ser entendidos como derechos inherentes a la personalidad humana (art.72)”. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ratificado por Ley Nº13.751 de 11/7/69), en su art.12 reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, como el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derecho Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales (ratificado por Ley Nº16.519 de 22/7/94) en su art.10 establece que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” y señala que para hacer efectivo ese derecho los Estados se comprometen a reconocer la salud como un bien y a tomar ciertas medidas, que

¹⁷⁹TAC/T1 23 octubre 2013 Ministros Castro Rivera, Salvo, Ettlín, Vazquez (discorde)

se detallan, entre las cuales se alude a “satisfacer las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”. “Pero el Estado Uruguayo está constitucionalmente obligado a proteger el derecho a la salud más allá de los términos que surgen de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que ha ratificado, en razón de que, conforme dispone el art.44 de la Constitución Nacional en su parte final está obligado a proporcionar “gratuitamente los medios de prevención y asistencia ... a los indigentes o carentes de recursos” “De modo que ante una persona que carece de recursos para proveerse de la medicación que necesita para tratar su patología y mejorar la calidad de su vida –y quizás prolongarla por un tiempo- debe cumplir con ese imperativo constitucional” (T.A.C. 1º Sentencia Nº 123 de 27/9/11).¹⁸⁰

Sin dudas, desde la visión presentada en la presente investigación, esta es la perspectiva más ajustada y que se acompaña con los criterios interpretativos del corpus iuris del derecho, en tanto implica una aplicación del principio pro homine; directriz de preferencia de norma.

En reciente sentencia también se remarca la progresividad del contenido del derecho:

“Solo es posible “gozar” del derecho a la vida con dignidad humana o sea la dignidad propia del Hombre. De allí que lo que el Estado

uruguayo garantiza es el goce del derecho a la vida con dignidad humana (art. 72 de la Constitución). A su vez los contenidos de la vida con dignidad se encuentran íntimamente ligados al standard cultural del tiempo que se considera. Vale decir, hoy siglo XXI. El derecho al goce del derecho a la vida con dignidad humana contemporánea, para un ser humano que padece una enfermedad terminal supone dos proyecciones: Una, dignidad de la sobrevivida cuando ya el pronóstico científico es de muerte inexorable y próxima. Otra, la

¹⁸⁰ TAC/T1 23 octubre 2013 Ministros Castro, Salvo, Ettlin, disconforme: Vázquez; Coincidentes: TAC/T1 22 abril 2015 Ministros Salvo, Castro, Vázquez; TAC/T4 20 marzo 2013 ministros: Gatti, Turel, Maggi, TAC 16 junio 2014 Ministros Castro, Salvo, Operti, disconforme: Vázquez, TAC/T1 20 octubre 2014 Ministros Castro, Salvo, Vázquez, TAC/T7 28 enero 2016 Ministros Pérez Bridnani, Cavalli, Ettlin, TAC/T1 17 julio 2015 Ministros Salvo, Maggi, Vázquez

*dignidad de la muerte. Estando a los parámetros culturales actuales e imperantes en nuestro país puede afirmarse que la conciencia social expresa que la ausencia de sufrimiento así como verse a sí mismo sin deterioros físicos, recibe a la inexorable muerte con dignidad humana”.*¹⁸¹

Posibles limitaciones

Este es tal vez la cuestión más sensible y problemática de las decisiones; las mismas se inclinan en una u otra solución al caso, dependiendo de si entienden que el derecho a la provisión de un medicamento puede “condicionarse” por razones de costo, financiamiento o sustentabilidad del sistema, o bien por regulaciones legales en cuanto al procedimiento.

Las sentencias amparistas consideran que el derecho no puede ceder ante estas cuestiones, que teniendo en cuenta el contenido esencial desde el mayor estándar de protección, surge la obligación de provisión. Se plantean diferentes matices en las resoluciones dependiendo del caso, pero en todos ellos se consideran que el derecho no puede ceder ante razones económicas.

Algunos tribunales agregan, además, un argumento de carácter procesal, en cuanto que, sin perjuicio, de que la limitación económica no puede obstar a la protección del derecho, el Estado no prueba que dicha erogación efectivamente afecte la sustentabilidad del sistema, lo que es de su carga.

“La protección del goce a la calidad de vida y a la calidad de salud no pueden ceder frente a supuestas razones económicas (sent. No. 101/2007 T.A.C. 5º), sin perjuicio de que no se encuentra demostrado que

¹⁸¹ TAC/T2 6 julio 2016 Ministros Rossi, Posada, Morales

el FONCO NACIONAL DE RECURSOS no puede costear el Betaferón para la paciente de infolios. En el presente caso a estudio no está en juego la institucionalidad democrática, ni la separación de poderes, ni el respeto a las competencias legalmente constituidas. Se debate los derechos a la calidad de vida y de salud de una persona, un ser humano. Y punto. Ante la duda y el debate, no hay que dudar ni debatir cuando están en entredicho los derechos fundamentales de una persona.”¹⁸²

Dentro del mismo enfoque cabe mencionar la discordia de la Dra. Beatriz Fiorentino y de el Dr. Tabaré Sosa (sentencia del T.A.C. 5° 101/07) en cuanto afirman que la protección del goce de la vida y la salud, no pueden ceder frente a consideraciones económicas; debe hacerse aplicación coordinada de las normas de los arts. 7, 44, 72 y 332 de la Constitución con el Dec. 265/05 que también reconocen el derecho de todos los habitantes a la asistencia integral de la salud en condiciones de igualdad; que forzoso es significar que el reglamento es acto administrativo que se desenvuelve bajo las normas de jerarquía superior y toda violación de éstas o de los principios que la informan, invalidan el reglamento, el que debe ser desaplicado; por último, que la libertad de opción terapéutica, principio fundamental de la medicina liberal, supone también su necesaria efectividad en el sistema de salud (véase: L.J.U. caso 15.510).¹⁸³

La Sala considera que la conducta de la demandada es manifiestamente ilegítima al negar un medicamento que se encuentra registrado y autorizada la venta al público desde hace años que no se ha incorporado al FTM por razones exclusivamente económico financieras (...) El argumento económico que se extrae del memorial de agravios para rechazar el suministro del medicamento (que es la única opción terapéutica en el caso), carece de la más mínima virtualidad jurídica y poder convictivo desde que al respecto, cabe observar que si bien el costo es elevado, la argumentación del recurrente relativa a la virtual afectación de los principios que informan el Sistema Nacional Integrado de Salud (art. 5 Ley 18211) no fue demostrada en absoluto ya que no se alegó y menos aún probó v.g. en un año, cuántos pacientes necesitarían tal medicación para proyectar los eventuales costos; esto es, sin estimación del número de pacientes y costos totales por periodos, así como incidencia en el gasto total que se efectúa por medicamentos y en comparación con las demás prestaciones de salud, no puede siquiera comenzar a analizarse la juridicidad de tales principios,

¹⁸² TAC/T7 24 octubre 2012 Ministros Lopez, Couto, Ettlin

¹⁸³ TAC/T4 7 marzo 2012 Ministros Tobia, Turell, Maggi

su naturaleza y alcance así como la eventual vulneración que se postula como motivo de sucumbencia en la especie. ¹⁸⁴

También se protege el derecho desde argumentaciones más humanistas:

*“En la ecuación “costo-beneficio” su resultado debe ser “la persona humana” y el principio “pro vita” o “pro hominem”. En ello pone énfasis esta decisión, porque la persona en todos los aspectos de su dignidad e integridad debe ser el orientador de la preocupación judicial. El Estado a través del Ministerio demandado debe pues, garantizar el medicamento (arts. 7º y 10 incs. 2º y 3º de la Ley No. 18.335; arts. 1º a 10 de la Ley No. 18.211)”*¹⁸⁵

Por el contrario, las sentencias desestimatorias (así como los votos discordes de las sentencias amparistas) consideran que sí debe evaluarse la relación de costo a fin de que el Estado provea o no gratuitamente el medicamento y, por lo tanto, de esta evaluación dependerá si se otorga o no.

“Y ello es precisamente lo que justifica la regulación legal sobre la forma de inclusión de los medicamentos en el FTM, mediante una valoración de costo y beneficio que está impuesta por una ley, la Nº 17.930, que no ha sido declarada inconstitucional y por ende hace lícito el actuar de la demandada en el caso de autos. En suma, no verificándose una hipótesis de manifiesta ilegitimidad, va de suyo que el amparo no puede prosperar por ausencia de uno de sus presupuestos, establece en el art. 1 de la Ley 16.011 como indispensable.” ¹⁸⁶

“Pues también ha de tenerse presente una realidad nacional de recursos limitados con que atender los requerimientos sanitarios de la población, que

¹⁸⁴ TAC/T2 12 agosto 2015 Ministros Sosa, Pérez Brignani, França. Coincidentes TAC/T7 10 febrero 2016 Ministros Cabrera, Ettlín, Opertti, TAC/T2 3 febrero 2016 Ministros França, Pérez Brignani, Sosa, TAC/T7 23 enero 2014 Ministros Tosi, Landeira, Corrales, TAC/T7 19 octubre 2015 Ministros Couto, Cabrera, Ettlín, TAC/T 7 23 enero 2014 Ministros Tosi, Landeira, Corrales, TAC/T2 20 julio 2015 Ministros Sosa, Pérez, Franca

¹⁸⁵ TAC/T7 28 enero 2016 Pérez Brignani, Cavalli, Ettlín

¹⁸⁶ TAC/T3 24 marzo 2015

puede conducir a que se plantee legítimamente la conveniencia de incluir o no determinado fármaco para tratar específicas patologías de relativamente escasa frecuencia como la de los actores, en función de sus posibles resultados limitados para el tratamiento de casos con pronóstico mortal, quizá mejores que los de otros fármacos, en punto a aumentar en meses la sobrevida y volverla de mejor calidad, pero no significativamente distintos a los ya incluidos, debido a las limitaciones de la ciencia médica y del proceder humano para mitigar o curar enfermedades como la sufrida por los demandantes. Y en la opción por la inclusión o no, tampoco ha de soslayarse que quizá ello pueda significar que no resulte posible realizarla sin provocar alguna otra exclusión, de otros fármacos, para otra patologías que puedan presentar otros integrantes de la población.”¹⁸⁷

Estas posturas se apoyan en posturas doctrinales como, por ejemplo, el juez argentino Lorenzetti:

Enseña Lorenzetti que las prestaciones de salud constituyen un recurso escaso, de manera tal que no es actualmente posible que todos los individuos tengan acceso a todas las prestaciones que desean en lo

atinente a la salud. Este presupuesto podría ser puesto en duda si la sociedad decidiera asignar todos sus recursos a la salud y, luego de lograda una plena satisfacción, se decidieran otros temas. Sin embargo, esto no sucede, puesto que la sociedad debe utilizar recursos para satisfacer también otros bienes igualmente escasos e importantes, como el trabajo, la vivienda, la educación o la justicia”. Concluye Lorenzetti que “por esta razón la norma constitucional reconoce el derecho a la salud y encomienda al legislador la implementación efectiva de este recurso: el goce del derecho es indirecto” (ob. cit., ps. cits). En esa misma línea, se reitera la fundamentación desarrollada en fallos anteriores, al sostener que, en este tipo de procesos, es menester tomar en cuenta el principio de sustentabilidad que impera dentro del marco del Sistema Nacional Integrado de Salud, lo que implica que debe existir un equilibrio entre la cantidad de recursos destinados a la salud y a otras áreas, equilibrio entre la cantidad de fondos públicos y privados en proporción al gasto total de salud, capacidad de proporcionar atención médica a toda la población en función del principio de igualdad, “redistribuir los recursos y retirar financiamiento de otras áreas, como puede ser en el área de planes de vacunación para sectores vulnerables”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ TAC/T5 5 diciembre 2014 Ministros Gradin, Simon, Fiorentino

¹⁸⁸ TAC/T6 12 agosto 2015 Ministros Klett, Martinez, Alves

Estos fallos, en puridad, optan por una visión más legalista y privilegian la alegada sustentabilidad del sistema ante la provisión del medicamento como contenido del derecho a la salud. En definitiva, desconocen como obligación estatal esta prestación.

De la separación de poderes y autorrestricción

Lo planteado respecto a los argumentos sobre sustentabilidad del sistema y criterios económicos- financieras además de importar una posible limitación al derecho; también dan cuenta sobre los límites de actuación de los tribunales, el principio de separación de poderes y la autorrestricción.

Los tribunales desestimatorios, fundamentan:

“A juicio de la mayoría que concurre al dictado del presente pronunciamiento, el análisis de legitimidad de ese acto no revela ilicitud ni carácter manifiesto como se requiere para un amparo, pues el órgano competente se pronunció en ejercicio de sus potestades constitucionales, legales y reglamentarias, por acto con motivación breve pero existente, que no cabe calificar de arbitrario ni directamente lesivo de derechos constitucionales de la actora. Podrá o

no compartirse la motivación, pero en examen de oportunidad o conveniencia que no incumbe al Poder Judicial, por esta vía ni por otra, pues esa óptica vulnera no solamente la separación de Poderes sino el legítimo ejercicio de potestades de gobierno de la Salud que incumben al Poder Ejecutivo. No resulta ajustado a Derecho que el Juez se sustituya a la Administración en la consideración, calificación y evaluación de los informes y adopción de decisión sobre si un medicamento ha de ser incluido o no en el FTM y brindado o no a un determinado paciente. Si el criterio que parece resultar de la sentencia apelada se llevara a sus últimos extremos, bastaría con la indicación médica de un fármaco o tratamiento, o el criterio exclusivamente médico, para que debiera brindárselo, solución que no es la que resulta de la normativa incidente tanto a nivel nacional como internacional, pues se contemplan también otros factores.

Podrá resultar árido a los médicos considerar la variable costo/beneficio, pero desde la misma OMS se aplica y no puede ser obviada, en ningún sistema, porque los fondos que se emplean para un destino dejan de utilizarse en otro, con opciones de política de salud que en principio no incumben a los jueces sino a la autoridad administrativa. Una cosa es que la justicia resuelva sobre un determinado medicamento cuando existe ilegitimidad por omisión en considerar peticiones o violaciones de igualdad con respecto a los destinatarios, y otra muy distinta sería sustituirse a la Administración cuando ésta en forma expresa y por acto que le incumbe motivó la exclusión para el tratamiento de determinada enfermedad, decidiendo en forma ajustada a Derecho, no arbitraria, aunque pueda no compartirse la resolución en punto a su mérito, oportunidad o conveniencia, áreas propias de la discrecionalidad administrativa una vez habilitado legalmente el ejercicio y motivada la emisión del acto. Cabe preguntarse qué sentido tendría todo el sistema legal y reglamentario establecido para el régimen nacional de salud y medicamentos de alto costo si la solución fuere en definitiva tener como suficiente al efecto estar a la indicación médica y que exista apoyo técnico médico¹⁸⁹

Por el contrario, los tribunales amparistas, defienden que pronunciarse sobre el otorgamiento o no de una prestación concreta, no importa violación alguna a la separación de poderes, no afecta el área de competencia del MSP ya que no se pronuncia genéricamente sobre la política de salud, sino sobre el caso concreto al que es llamado:

El Tribunal de Apelaciones de 7º Turno ha sostenido que ““ Es de advertir que, contrariamente a lo postulado por el impugnante, la solución confirmatoria que se propicia no comporta violación de normas constitucional alguna, ni colide con el principio de separación de poderes, como se sostiene en el memorial de agravios, habida cuenta que no se incursiona en criterios sobre políticas en

¹⁸⁹ TAC/T5 8 setiembre 2015 Ministros Simón, Gradín, Alves de Simas, disconforme: Fiorentino (se deja constancia que se trata de un caso en que se reclama un medicamento no incluido en el FTM)

materia de salud, donde obviamente el Poder Judicial carece de competencia, sino de salvaguardar un derecho a la sobrevivencia o mejor calidad de vida, derecho de rango constitucional-arts. 8, 72 y 332 de la Carta- que la Administración está desconociendo y que insoslayablemente la decisión jurisdiccional está obligada a tutelar y garantizar". En la misma línea ha expresado el Similar de 1er. Turno"" Es sabido que para habilitar el ejercicio de la acción de amparo, se requiere la lesión o amenaza actual o inminente de lesión de un derecho fundamental, por un acto, hecho u omisión, manifiestamente ilegítimo, no existiendo otra vía para evitar el daño""..(omissis)"" Se admite entonces que el amparo es de aplicación residual y opera por razones serias de urgencia e inminencia de perjuicio a derechos fundamentales y ante una situación de ilegitimidad manifiesta". "En ese contexto, la acción tutelar del juez puede y debe "por imperativo constitucional y legal- disponer de lo que sea necesario para evitar aún la más mínima agresión a los derechos de las personas, provenga éstas de sujetos privados o de autoridades estatales. En tal supuesto, su decisión no constituye una indebida interferencia en la esfera de competencia de otros poderes estatales sino una garantía de que éstos actúan conforme a derecho". "Muy sencillamente, el Juez no decide políticas de salud "que indudablemente son competencia de otros poderes instituidos-si lo que ordena entregar es un medicamento a un paciente que no puede adquirirlo pero lo necesita para sobrevivir, sino reconocer un derecho humano fundamental (Conforme sentencias Nos. 84 y 123/2011)"¹⁹⁰

Muchísimas veces ya ha aclarado este Tribunal que "cuando un juez dispone una medida de amparo que consiste en ordenar al Estado que haga o deje de hacer algo para proteger un derecho afectado, no estamos ante una interferencia indebida en la esfera de competencia de otro sistema orgánico, no se está vulnerando el principio de separación de poderes ni sustituyendo a la administración en el diseño e implementación de políticas públicas. Simplemente se ejerce la función jurisdiccional ante un conflicto individual y concreto suscitado entre el titular de un derecho fundamental y la autoridad estatal que lo desconoce". Aquí se ha ordenado entregar un medicamento a un paciente, no incluirlo en el vademécum, y tal decisión no es hacer política sanitaria, no tiene efectos para toda la población sino para el caso concreto, y no se justifica en consideraciones de utilidad o conveniencia: es una decisión judicial de tutela efectiva de un derecho de rango

¹⁹⁰ TAC/T5 20 marzo 2013 Ministros Fiorentino, Castro, Operti, discordo Gradin

constitucional que aparece ilegítimamente conculcado (Sentencia N° 145 de 20/3/13, entre otras).¹⁹¹

“En cambio, cuando un juez dispone una medida de amparo en un caso concreto y ordena al Estado que haga algo para proteger un derecho fundamental de una persona en particular, no está interfiriendo indebidamente en el diseño e implementación de la política sanitaria, que no es modificada porque, indiscutiblemente, es competencia de otro sistema orgánico. No se trata de una decisión política ni se funda en consideraciones de utilidad o conveniencia sino que procura la tutela efectiva de un derecho que aparece ilegítimamente conculcado”.¹⁹²

“El Poder Judicial tiene el deber de controlar la regularidad jurídico-constitucional del Estado, lo que emerge tanto de la Constitución de la República, cuanto de la Ley de Amparo N° 16.011. No significa ello que decida en lugar del Poder Ejecutivo sobre una política de salud, sino que controle la política de salud que los Poderes Ejecutivo y Legislativo fijen”.¹⁹³

“En cuanto al posible exceso o desborde de poder en el ejercicio de la función jurisdiccional por una indebida intromisión en políticas sanitarias, se entiende que la autolimitación como principio puede llegar a constituir una disfuncionalidad del sistema que autoimponiéndose límites puede por esa vía, y de forma no querida, ceder espacios a los órganos cuya actividad tiene el poder-deber de controlar, afectando así, el precioso equilibrio de la separación de poderes (Conforme Risso, Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos, FCU, 2008, pag 172 y Van Rompaey en Revista de Derecho Público, FCU, 2008, pag 31).”¹⁹⁴

¹⁹¹ TAC/T1 20 agosto 2013 Ministros Castro, Salvo, Ettlín, Vazquez, coincidentes, TAC/T1 23 octubre 2013 Ministros Castro, Salvo, López discorde Vazquez. En esta sentencia: “Luego, cabe recordar que esta Sala, aunque con diversas integraciones, ha resuelto casos similares – misma afección, mismo medicamento, mismos argumentos de ambas partes- en sentencias N° 93 de 16/8/2010, N° 84 de 30/6/2011, N° 123 de 27/9/2011, N° 186 de 16/12/2011, N° 50/2012, N° 83/2012, N° 145/2013, en posición compartida por otros Tribunales (TAC 7°, sent. N° 5/2012; TAC 4°, sent. N° 169/2011; TAC 3°, sent. N° 130/2012; TAC 6°, sent. N° 0006-100002 de 20/9/12)” En igual sentido, también, TAC/T7 28 setiembre 2012 Ministros Lopez, Couto, Ettlín G; TAC/T7 28 mayo 2014 Ministros López, Couto, Ettlín

¹⁹² TAC/T1 22 abril 2015

¹⁹³ TAC/T3 26 agosto 2015 Ministros Cardinal, Opertti, Maggi (integrado)

¹⁹⁴ TAC/T5 28 setiembre 2012 Ministros Fiorentino, Castro, Opertti, Discorde Gradín. Coincidentes TAC/T2 12 agosto 2015 Ministros Sosa, Brignani, y França; TAC/T5 20 marzo

“tiene la obligación de proporcionar gratuitamente los medios de prevención y asistencia ... a los indigentes o carentes de recursos suficientes”.La resistencia al cumplimiento de ese deber constitucional resulta manifiestamente ilegítimo y requiere intervención del juez, a quien compete asegurar los derechos de las personas. ¹⁹⁵

De los derechos del paciente y del médico tratante

El otorgamiento del MAC, en muchos pronunciamientos se apoya también en el postulado de la independencia profesional y técnica del médico tratante, que ello es insustituible y no cede ante ningún criterio administrativo, burocrático o económico:

“en el campo de la actividad médica, deber regir el principio de la discrecionalidad, el cual se manifiesta en la elección que debe reconocerse al médico para la adaptación de los sistema terapéuticos conocidos a las particularidades del caso y que todo consumidor tiene derecho al tratamiento que menos problemas o peligros con las adelantos técnicos científico que la medicina pone a su beneficio. También que las prescripciones y los actos terapéuticos del médico no pueden ser dictados por el poder político y la

2013 Ministros Fiorentino, Castro, Operti, discordo Gradin, TAC/T7 15 mayo 2014 Ministros López, Couto, Ettlín

¹⁹⁵ TAC /T1 20 agosto 2013 Castro, Salvo, Ettlín, Vazquez Coincidentes: TAC/T7 28 marzo 2014 Ministros López, Couto, Ettlín, 28 enero 2016 Perez Brignani, Cavalli, Ettlín, TAC/T7 10 febrero 2016 Ministros Cabrera, Ettlín, Operti, TAC/T7 28 enero 2016 Perez Brignani, Cavalli, Ettlín, TAC/T2 23 julio 2014 Ministros Sosa, Pérez Brignani, França, , TAC/T7 19 octubre 2015 Ministros Couto, Cabrera, Ettlín, TAC/T1 23 octubre 2013 Ministros Castro, Salvo, Vázquez, TAC/T7 28 octubre 2013 Ministros López, Couto, Ettlín, TAC/T7 3 setiembre 2012 Ministros López, Couto, Ettlín TAC 6/T6 12 mayo 2014 Ministros Martínez, Hounie, TAC/T1 16 junio 2014 Ministros Castro, Salvo, Operti, TAC/T1 22 abril 2015 Ministros Castro, Vázquez, Misa.

*autoridad administrativa. Una posición individual de independencia frente a todas las manifestaciones del estatismo es en consecuencia legítima. Dictar administrativamente al médico sus comportamientos sería colocar al hombre entero entre las manos del poder. Es por lo que las técnicas de las referencias médicas oponibles resultantes de las preocupaciones del gerenciamiento de los gastos de la salud, a partir de criterios médicos reconocidos y actualizados en función notablemente de los avances de la ciencia no pueden ser puesta en obra, mas que teniendo en cuenta el respeto de la libertad terapéutica. La profesión puede reconocer en estas referencia de indicaciones terapéuticas los usos técnicos serios pero puede ser posible de hecho y de derecho apartarse de esas referencias cuando el estado de la paciente lo demande La libertad terapéutica prima sobre los documentos pertenecientes al derecho del seguro de enfermedad.” Es de temer que las practicas de espíritu estrechamente reglamentario y financiero, no pierdan de vista el principio fundamental de la libertad de elección”. La libertad terapéutica no es edictada en interés exclusivo del médico, ella constituye en primer lugar un derecho del enfermo Su ejercicio comprometerá la responsabilidad del médico cuando halla degenerado en abuso sea por haber hecho correr un riesgo ilegítimo al paciente, sea por haberse apartado de la finalidad curativa asignada a esta prerrogativa “(Cfm Memeteau Gerard Trate de la responsabilite médicale Les Etudes Hospitalieres 1996 pág 80 y ss)(Cf. Sentencia de la Sala 22/2013 en BJN).*¹⁹⁶

*“La decisión del o los médicos de indicar determinado tratamiento con medicamentos registrados no puede considerarse una decisión menor o caprichosa, ni menos aún sujeta a cambio o condicionamiento de tipo alguno, fundado en reglamentos que obviamente no pueden contemplar la realidad individual y única de cada paciente.”*¹⁹⁷

De la igualdad

¹⁹⁶ TAC/T2 11 mayo 2015 Ministros Sosa, Pérez Brignani, y França, TAC/T2 13 marzo 2015, Coincidentes: TAC/T2 11 mayo 2015 Ministros Sosa, Pérez Brignani, y França,

¹⁹⁷ TAC/T2 12 agosto 2015 Ministros Sosa, Brignani, França, coincidentes: TAC/T2 23 julio 2014 Ministros Sosa, Pérez Brignani, França, TAC/T1 11 abril 2014 Ministros Castro, Salvo, Vázquez, TAC/T2 1 marzo 2013 Ministros Sosa, Pérez, Franca, TAC/T2 11 agosto 2016 Ministros Pérez, Sosa, Franca (fuera de período)

El derecho a la igualdad y, específicamente en el caso, el acceso igualitario a medicamentos, es abordado también en los pronunciamientos.

Dependiendo de la casuística particular, se detectan situaciones diferentes. En algunos casos la condena se efectúa porque el MSP ya otorgó el medicamento a otros pacientes y/o a través de otro prestador:

“Por lo cual, se entiende que la conducta del Estado importa ilegitimidad manifiesta cuando suministra el medicamento requerido a otros pacientes –aún sin orden judicial de hacerlo- y se niega infundadamente a darlo a la actora, que padece idéntica patología y cuyo médico invoca la necesidad para su tratamiento. La decisión de otorgarlo en un caso y negarlo en otro -cuando median circunstancias similares y no se indican razones sustanciales para obrar de otro modo- hace que el comportamiento estatal sea arbitrario y violatorio del principio constitucional de igualdad.”¹⁹⁸

En la misma línea, este otorgamiento discriminatorio además permite aplicar la teoría de los actos propios:

“En primer lugar, las tres Ministras firmantes consideran que la ilegitimidad manifiesta de la conducta estatal –con la claridad

contundente e inequívoca que exigen las citas doctrinarias que reproduce el apelante- surge de la violación del principio de igualdad, en tanto se ha alegado y no se ha controvertido que el Ministerio de Salud Pública y la Administración de los Servicios de Salud del Estado (A.S.S.E.) han estado adquiriendo el medicamento para suministrarlo a otras personas. Este aspecto no ha sido controvertido al contestar la demanda pero, de todos modos, el hecho surge acreditado con la documentación agregada (fs.412 y 449/458).En anteriores

¹⁹⁸ TAC/T 23 octubre 2013 Ministros Castro, Salvo, Vázquez, coincidentes: TAC/T1 11 abril 2014 Ministros Castro, Salvo, Vázquez, TAC/T3 26 junio 2015 Ministros Cardinal, Alonso, Operti, TAC/T7 27 julio 2015 Ministros Couto, Cabrera, Ettlín, TAC/T1 20 agosto 2013 Ministros Castro, Ettlín, Vázquez, TAC/T7 20 febrero 2013 Ministros López, Couto, Ettlín, TAC/T4 4 febrero 2013 Ministros Gatti, Turell, Maggi, TAC/T1 16 junio 2014 Ministros Castro, Salvo, Operti, TAC/ T3 9 setiembre 2015 Ministros Cardinal, Operti, Alonso

pronunciamientos este Tribunal ha dicho, siguiendo lineamientos esbozados en la sentencia N°93/10, que esa circunstancia demuestra una flagrante violación del principio de igualdad a la vez que permite aplicar la teoría de los actos propios. En cuanto al principio de igualdad, consagrado en la Constitución de la República (arts.8 y 72) como derivado del principio básico de respeto a la dignidad humana, se ha entendido que “impone tratar a las personas de modo igualitario”.¹⁹⁹

En otros casos, las sentencias entienden que la igualdad está vulnerada en tanto si pacientes con recursos pueden costearse personalmente un MAC o bien pacientes que lo reciben por su prestador, el Estado debe proveerlo a quienes no quedan alcanzados en ninguna de esas hipótesis:

Dicha ilegitimidad se evidencia, en lo medular, en no haber adoptado una conducta que conduzca a tratar en forma idéntica a todos los habitantes del país, en violación del principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la Constitución, así como en el cuerpo normativo, con fuente en la ley, que regula el Sistema Nacional Integrado de Salud.

Tal como esta Sala ha sostenido en casos similares (sentencia N° 0006-000020/2014, entre otras), la manifiesta ilegitimidad del Ministerio radica en haber tolerado que tal prestación, cuya cobertura se niega en forma general, se cumpla gratuitamente por parte de ASSE a sus usuarios, ya que ello constituye una conducta claramente discriminatoria.²⁰⁰

“..lo que torna su conducta manifiestamente ilegítima, propiciando notoria desigualdad entre pacientes necesitados de tratamiento con la droga premencionada, que puedan adquirirla, generando aun mayor desigualdad respecto de aquellos enfermos que no pueden asumir su alto costo”²⁰¹.

También algunas sentencias encuentran la violación a la igualdad en tanto el MAC fue incluido en el FTM para una patología y no para otra:

¹⁹⁹ TAC/T1 16 junio 2014, 31 julio 2014 Ministros Gatti, Maggi, Ettlín, coincidente TAC/T4 4 febrero 2013 Ministros Gatti, Turell, Maggi

²⁰⁰ TAC/T6 12 mayo 2014 Ministros Klett, Hounie, Martínez

²⁰¹ TAC/ T7 15 mayo 2014 Ministros López, Couto Ettlín, coincidente TAC/T7 3 setiembre 2012 Ministros López, Couto, Ettlín

“No requiere de mayores desarrollos constatar la violación de la igualdad garantizada por el art. 8 de la Constitución de la República, si un medicamento útil para el tratamiento de determinadas enfermedades concretas es incluido en el FTM solamente para alguna de ellas (...) cuando existe motivación alguna que justifique ese trato discriminatorio”²⁰²

Las sentencias desestimatorias no encuentran vulneración alguna, ni trato discriminatorio.

“No se aprecia lesión a los derechos a la vida o a la salud y menos al de igualdad, pues si algunos pacientes de otras mutualistas con similar patología reciben el fármaco, a veces pagando por ello, es porque el Estado habilitó su comercialización, sin imponer su suministro, derivando la desigualdad no del quehacer estatal sino de las consecuencias de los diferentes contratos celebrados por los afiliados a distintas mutualistas, y voluntades de éstas, en ambos sentidos acordes a la reglamentación general dictada.”²⁰³

Algunos tribunales no encuentran trato desigual si se incluye para una patología y no para otra, ya que ello es considerado por fuera de la órbita jurisdiccional:

Por otra parte, tampoco se ha vulnerado la igualdad. Como lo pone de manifiesto el magistrado de primer grado, el medicamento está registrado e incorporado al FTM para patologías específicas, entre las que no se encuentra la de la actora. Esta diferencia de tratamiento no determina per se vulneración del principio constitucional, porque solo luego de atravesar los mecanismos previstos legal y reglamentariamente se podrá establecer si el medicamento debe o no ser incluido en el FTM y, en ese caso, determinar cómo se realiza su cobertura. Hasta que no se hayan realizado todos los exámenes, estudios y análisis necesarios, no puede afirmarse alegremente que una patología es

²⁰² TAC/T1 20 octubre 2014 Ministros Castro, Salvo, Vázquez

²⁰³ TAC/T5 5 diciembre 2014 Ministros Gradin, Simon, Fiorentino

*similar a otra u otras previstas en el FTM. Se trata de cuestiones científicas que evaden la competencia natural del Poder Judicial.*²⁰⁴

De la ilegitimidad manifiesta

Dependiendo de las particularidades, se observan matices en cuanto la configuración de la ilegitimidad manifiesta. Sumado a las ya mencionadas razones (restricción ilegítima, violación del principio de igualdad, violación al principio de independencia técnica del médico tratante) se configura ya sea por la demora o por la falta de pronunciamiento sobre la solicitud administrativa planteada por el paciente para la inclusión del MAC en el FTM o la omisión de inclusión:

*“El silencio de la Administración lesiona el derecho de todo habitante de la República a conocer los fundamentos de las decisiones que lo afecten directa y personalmente, derecho que deriva de la forma republicana de gobierno y que tiene por ello indiscutible rango constitucional (art 72 de la Constitución)”*²⁰⁵

“VI La redactora comparte en parte el agravio relativo a las carencias del procedimiento administrativo abreviado ex Ordenanza No. 226/2015, carencias que en lo relativo a su duración excesiva reconoció horas atrás, según de la publicaciones de la prensa escrita, el Sr. Ministro de Salud Pública, con honestidad y compromiso que debe ponerse de relieve, prometiendo adoptar

²⁰⁴ TAC/T6 23 setiembre 2015 Ministros Klett, Alves, Cardinal discordes Maggi, Ettlin

²⁰⁵ TAC/T6 23 de julio de 2014 Ministros Hounie, Klett, Martinez. Coincidentes ; TAC/T5 25 mayo 2016 ministros Fiorentino, Simon, Gradin, TAC/T4 31 julio 2014 Ministros Gatti, Maggi, Ettlin, Gradin, TAC/T7 28 octubre 2013 Ministros López, Couto, Ettlin, TAC/T6 11 agosto 2014 Ministros Martínez, Hounie, Klett, TAC/5T 26 noviembre 2014 Ministros Gradin, Simon, Fiorentino TAC/T2 28 febrero 2014 ministros Sosa, Pérez, Franca, TAC/T7 27 julio 2015 Ministros Couto Cabrera, Ettlin, TAC/T1 17 julio 2015 Ministros Salvo, Maggi, Vázquez, TAC/T3 18 marzo 2015 Ministros Franca, Sosa, alonso, y Cardinal y Operti (discordes).

medidas para subsanarlas a los efectos de que cumpla realmente la finalidad para la que fue creado.”²⁰⁶

Finalmente, en las sentencias más categóricas, se reconoce la obligación del Estado a proveer el MAC a los carentes de recursos, y así, pues, sin detenerse en la inclusión a tiempo o no del mismo en el FTM, se configura la ilegitimad si no se provee:

“tiene la obligación de proporcionar gratuitamente los medios de prevención y asistencia ... a los indigentes o carentes de recursos suficientes”.La resistencia al cumplimiento de ese deber constitucional resulta manifiestamente ilegítimo y requiere intervención del juez, a quien compete asegurar los derechos de las personas. ²⁰⁷

“La aplicación directa y autoejecutable de los arts. 8° y 44 inc. 2° de la Constitución que obliga al Estado a proporcionar en condiciones de igualdad medios de prevención y asistencia a las personas de recursos insuficientes, no parece distinguir si estos medios están o no incorporados al Formulario Terapéutico de Medicamentos. Este Tribunal, en su unanimidad, no entiende de recibo por qué el MSP necesita tomarse

tanto tiempo y actuaciones protocolares, cuando en el caso de obrados la necesidad para el paciente del medicamento involucrado surge demostrada, y no se ha podido controvertir la información pericial (art. 183 del C.G.P. y art. 13 de la Ley No. 16.011) ²⁰⁸

O entendiendo que dichos trámites resultas innecesarios o ilegítimo, bastando con la protección constitucional:

²⁰⁶ Aclaración de la Ministra Fiorentino TAC/T5 8 agosto 2016 Ministros Simón, Gradin, Fiorentino.

²⁰⁷ TAC /T1 20 agosto 2013 Ministros Rivera, Salvo, Ettlín, Vazquez

²⁰⁸ TAC/T7 28 enero 2016 Perez Brignani, Cavalli, Ettlín, coincidentes TAC/T7 27 julio 2015 Ministros Couto, Cabrera, Ettlín TAC/T1 16 junio 2014, 31 julio 2014 Ministros Gatti, Maggi, Ettlín

*El fármaco fue incluido sin limitaciones, cumpliendo plazos extensos (la mayoría innecesarios) procedimientos técnicos y administrativos”.*²⁰⁹

*“Supeditar la inclusión en el F.T.M. a los trámites e informes elaborados por el propio M.S.P., que no resultan respaldados en el proceso, supone en el caso, y ante las necesidades urgentes del actor, una omisión claramente ilegítima.”*²¹⁰

En algunos pronunciamientos, se considera que existiendo un trámite regulado, el MSP al seguirlo cumple su cometido y no se le puede reconocer la obligación cuestionada en forma directa, es decir, no se configura ilegitimidad:

*“En opinión de la mayoría, no existió, en la actuación del Ministerio demandado, la manifiesta ilegitimidad que exige la ley. El derecho a la salud, genéricamente invocado, no implica el derecho a obtener de la manera que sea- un medicamento determinado. No existe un derecho subjetivo de las personas a reclamar del Ministerio de Salud Pública el suministro de un medicamento, sino en determinadas circunstancias, dando cumplimiento a ciertos requisitos o presupuestos establecidos en la ley.”*²¹¹

También las sentencias que absuelven al Estado, parten de una visión legalista:

El derecho a la salud, genéricamente invocado, no implica el derecho a obtener –de la manera que sea- un medicamento determinado. No existe un derecho subjetivo de las personas a reclamar del Ministerio de Salud Pública el

²⁰⁹ TAC/T6 9 octubre 2016 Ministros Franca, Hounie, Klett, TAC/T4 4 febrero 2013 Ministros Gatti, Turell, Maggi

²¹⁰ TAC/T4 24 junio 2015 Ministros Turell, Maggi, Gatti, TAC/T4 16 junio 2015 Ministros Maggi, Gatti, Turell

²¹¹ TAC/T6 17 setiembre 2013 Ministros Martinez, Hounie, Klett, Gradin (discorde); coincidentes:TAC/T6 23 setiembre 2015 Ministros Klett, Cardinal, Alves discordes: Maggi, Ettlin, TAC/T7 8 junio 2015 Ministros Couto, Cabrera, Ettlin, TAC/T/5 20 de Julio de 2015 MINISTROS Fiorentino, Simón Gradín, TAC/T5 26 mayo 2015 Ministros Gradin, Simón, Fiorentino, TAC/T6 5 octubre 2015 Ministros Alves, Klett, Cabrera ,

suministro de un medicamento, sino en determinadas circunstancias, dando cumplimiento a ciertos requisitos o presupuestos establecidos en la ley.²¹²

De la ley del consumidor

En sentencias más recientes aparece un nuevo argumento para amparar el derecho basado en la ley del consumidor 17250, al entender al paciente – reclamante, usuario del sistema de salud; como un consumidor.

“Además el actor (...), como consumidor de servicios de Salud y con independencia de si él los puede costear o no (aunque se dio como probado por no tenerse controvertido que no podía hacerlo -arts. 137 del C.G.P. y 13 de la Ley No. 16.011), el Sistema Nacional de Salud, el Estado y toda la comunidad le deben una asistencia y prestación de salud de calidad (arts. 1º, 2º, 4º, 6º Ley No. 17.250), como también la posibilidad de obtener a tales efectos la protección integral y eficaz de la Administración de Justicia (art. 6º lit. “G” de la Ley No. 17.250). La Ley de Relaciones de Consumo exige que se proporcione sobre el producto-medicamento (aplicable al que se quiere suministrar al paciente) información clara y veraz sobre su calidad, sus riesgos posibles y relación utilización-beneficio (arts. 6º lit. “C”, 17 y 20 de la Ley No. 17.250), que en este caso está cumplido (Considerando II). Son prácticas claramente abusivas negar la provisión de productos al consumidor mientras exista disponibilidad y posibilidad.

En la medida que el Sistema Nacional de Salud no contempla la problemática del actor, es en defecto del MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA, por su papel director en las políticas de Salud del Estado, el principal responsable de la ejecución del art. 44 de la Constitución. Y no puede ser ajeno ni indiferente a la situación de”

213

²¹² TAC/T6 12 agosto 2015 Ministros Klett, Martínez, Alves

²¹³ TAC/T7 28 enero 2016 Ministros Perez Brignani, Cavalli, Ettlín. Coincidente TAC/T7 10 febrero 2016 Ministros Cabrera, Ettlín, Operti, TAC/T7 28 mayo 2014 Ministros López, Couto, Ettlín

IX. – Voces destacadas

*Las dogmáticas permiten decidir casos no de manera aislada, sino en relación con una serie de casos ya decididos y todavía por decidir. Acrecientan por ello el grado de eficacia del principio de universalidad y, sirven, en esta medida, a la justicia”.*²¹⁴

En estos diez años aproximadamente de pronunciamientos de amparo, se han hecho escuchar diferentes voces. La doctrina uruguaya, ha ido realizando comentarios y aportes a la problemática, también las voces de algunos de los pacientes involucrados y sus abogados defensores²¹⁵, y también el propio Estado²¹⁶. Este diálogo entre los diferentes operadores del derecho y protagonistas, sin dudas, operan como agentes movilizadores propiciando la reflexión conjunta.

En virtud del carácter de esta investigación, nos centraremos en destacar algunas de las voces del mundo académico jurídico, con carácter general (sin perjuicio de lo ya comentado en el apartado anterior al analizar los argumentos más salientes utilizados en los casos). Hemos escogido lo que

²¹⁴ Alexy (1989) pág 5

²¹⁵Al respecto puede consultarse <https://accesoamedicamentosuruguay.org/> (actualización permanente, última recuperación 22 noviembre 2016)

²¹⁶ No sólo en las defensas judiciales, sino también en seminarios y foros, por ejemplo, mesa redonda de Derecho a la salud, medicamentos y otras prestaciones de alto costo, 7 de mayo de 2013, también en otras publicaciones del FNR

entendemos tres referentes diferentes: Risso Ferrand, en su carácter de docente constitucionalista²¹⁷ y de los primeros abogados defensores de los pacientes, Van Rompaey como ex Ministro de la SCJ, Blengio por su especialidad vinculada a la bioética.²¹⁸

Risso Ferrand, por su parte, ha participado directamente en la problemática detectando que al inicio (años 2007 - 2008) la jurisprudencia comenzó denegando estas pretensiones alegando variados argumentos (algunos de los cuales, como se vio, se mantienen en las sentencias desestimatorias): principio de separación de poderes y que ello trataba de una competencia del MSP y que el poder judicial no podía intervenir en la política sanitaria nacional, el amparo implicaría una afectación grave de las finanzas públicas.

En este contexto, ha sido muy crítico entendiendo que al desestimar un amparo de este carácter es volver opcional una norma obligatoria de la CU, en otras palabras, ante la redacción del artículo 44, entiende que la única decisión adecuada, desde el punto de vista jurídico y ético, es cumplir con ella; otorgar el MAC (si están dados los requisitos constitucionales)²¹⁹

²¹⁷ Sin perjuicio de otras voces constitucionalistas de referencia que se pronuncian en similar sentido; Cfar. (al comentar la sentencia 159 dictada por el TAC de 2do Turno de fecha 30 de junio de 2008) Ochs (2009) pag 281 y sgtes y Rodríguez (2009) pág 295

²¹⁸ Tampoco puede soslayarse los aportes de Cornú, Florencia (2016) pág 183 y sgtes

²¹⁹ Risso (1 octubre 2015) pág 46

Posteriormente: “En 2007 era casi imposible que se acogieran demandas de amparos médicos. Hoy, por el contrario, se encuentra una clara sensibilidad y decidida actitud judicial en la garantía de este derecho básico.”²²⁰

Posteriormente, acumulándose pronunciamientos favorables, continuó destacando: “Desde hace una década se ha ido consolidando una prometedora y moderna jurisprudencia de primera instancia, en que la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos y de las modernas técnicas de interpretación y ponderación se realiza con cierta fluidez. Estos avances también comenzaron a ser recibidos en segunda instancia, con cada vez más frecuencia y precisión (...) El balance de la evolución jurisprudencial en acciones de amparo, en la última década, es altamente positivo. Cada vez más el instituto se afianza como una garantía efectiva de los DDHH.”²²¹

Van Rompaey ²²², al comentar la sentencia 168/2015 del TAC 1er Turno ²²³ afirmó que puede reconocerse una corriente jurisprudencial mayoritaria de amparos de condena al Estado (particularmente MSP) a proveer el medicamento reclamado, compartiendo que en la ponderación entre derechos constitucionales, principios y valores que están en juego, la actuación judicial no puede ser obstaculizada sin respaldo en elementos de convicción que

²²⁰ Risso (2015) pág 181

²²¹ Risso Ferrand (2015) pág 327

²²² Van Rompaey (2016) pág 156 y sgte

²²³ En coincidencia con sentencias citadas por Van Rompaey (2016) pág 156

permitan inferir su concreta afectación ni menos aún condicionada por exigencias reglamentarias o burocráticas sin justificación razonable.

También se pronuncia acerca del alegado perjuicio a la sustentabilidad del sistema de salud y la alegada intromisión del Poder Judicial por sobre las políticas de salud. En la ponderación entre los derechos, la protección del derecho a la vida y la salud no puede verse obstaculizada por intereses generales o fiscales difusos (los cuales eventualmente son de carga del Estado probar), ni por requisitos reglamentarios ni burocráticos.

En esta nítida posición, este ex Ministro de la SCJ subraya que “Cabe congratularse de que los órganos jurisdiccionales actuantes (...) En definitiva, los jueces que decidieron este delicado caso han cumplido cabalmente su misión fundamental en el Estado De Derecho; proteger los DDHH de recepción constitucional, especialmente los de las personas más débiles.”²²⁴

También, Blengio, desde su especialidad en DDHH y bioética, resalta la importancia, a la hora de la toma de decisiones (ya sea de cualquiera de los poderes del Estado dentro de sus competencias respectivas), de la bioética como un espacio que debería plantearse como libre de ataduras y conflictos de intereses, especialmente económicos, donde el imperativo de justicia no puede eludirse.

²²⁴ Blengio (2015) pág 13 y sgtes

En su análisis interdisciplinario, ha detectado fallas de diferente naturaleza, sin perjuicio, en cuanto al aspecto judicial en particular, condena la pretendida estrategia de “obstaculizar” las acciones de amparo en su carácter de garantía constitucional que tutela la vida.

La imposición de barreras u obstáculos para el acceso a la justicia, finalmente, resulta una tarea ineficaz y sustancialmente errónea aún con logros momentáneos, y citando a MARIN y POLACH comparte que la solución no pasa porque se actué o no cuando se genera una demanda de MAC o en ese caso, negando sistemáticamente su provisión.

La paulatina generalización de los reclamos judiciales en materia sanitaria, las diversas respuestas judiciales y la evidencia de fallas en el sistema, concretamente en materia de medicamentos específicos requiere de decisiones organizadas en que se involucre también la opinión pública en la dimensión del problema.

X. – El fallo ineludible: sentencia de la SCJ

Con fecha 5 de octubre de 2016, la SCJ dictó la sentencia No 396 por la cual declaró la inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 7 de la Ley 18.335.

La misma se dictó en el marco de un proceso de amparo de los analizados. El JLCA de 1er Turno dictó sentencia definitiva acogiendo el amparo, oportunamente el actor al evacuar el traslado de la apelación interpuesta por el demandado perdidoso, interpone excepción de inconstitucionalidad de la citada disposición, la que se eleva.

En este marco, la SCJ se pronuncia, por mayoría, cuatro votos a uno²²⁵, categóricamente sobre varios aspectos tratados a lo largo de la investigación que, entendemos, definitivamente, impacta sobre la misma.²²⁶

De los fundamentos de la sentencia

Se trata de una sentencia compleja que se pronuncia sobre varios de los aspectos en cuestión, ya que para pronunciarse sobre el control de constitucionalidad directa e indirectamente da cuenta de la posición del órgano supremo en varios otros puntos. Se analizará relacionando el fallo con el marco teórico propuesto en el presente.

Alcance del derecho a la salud

²²⁵ Ministros Dres. Pérez Manrique, Larrioux, Hounie y el redactor, ChediaK

²²⁶ No se analizará el argumento respecto del principio de igualdad, en tanto fue rechazado por cuestiones formales y se pronuncia sólo un Ministro.

La sentencia reconoce el derecho a la salud como

“un derecho humano esencial, inherente a la persona, y de cuyo pleno goce dependen todos los demás. En éste sentido, el derecho a la salud podría considerárselo, conjuntamente con la vida, uno de los

derechos absolutos, ya que su instrumentalidad respecto del segundo nombrado es indiscutible.”

Como se reseñó en el marco teórico (apartado El lugar del derecho a la salud), la SCJ entendió que el derecho a la salud tiene vinculación estrecha y directa con el derecho a la vida, y en ese carácter instrumental deberíamos entender que violentar el derecho a la salud, a la postre es violentar el derecho a la vida.

Citando a Henderson²²⁷, y en análisis al PIDECS, sostiene que dicho derecho comprende aspectos preventivos y de asistencia en caso de enfermedad que se concretan en una serie de derechos, en lo pertinente al caso seleccionamos: a) el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud; b) el derecho a la prevención del tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas, incluyendo el acceso a los medicamentos esenciales.

Más avanzado el fallo, al remitirse a un pronunciamiento del TAC 6to en sentencia identificada como SEF-0006- 000173/2013, agrega que

²²⁷ Citado en la sentencia que se comenta “Henderson en su publicación: “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine” (www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf)”

“la salud es un bien jurídico íntimamente ligado a la vida, a la integridad corporal, psíquica y moral de un sujeto, a su calidad de vida y al desarrollo de su personalidad. Ante todo, el derecho a la salud implica que el ser humano tiene derecho a la debida atención profesional para cuidarla, para prevenir enfermedades, para encontrar dónde atenderse y dónde recibir los tratamientos necesarios para su recuperación (cf. Bidart Campos: El orden socioeconómico en la Constitución, pág. 306). El derecho a la salud es, entonces, un derecho humano y, como tal, goza de protección internacional y constitucional (...). En especial, y en relación con el tema del derecho prestacional, el art. 44 inc. 2 de la Constitución es claro cuando dice que el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia a las personas ‘carentes de recursos suficientes’”.

Con ello completa el contenido esencial del derecho en el estándar de “más alto nivel posible de salud”, lo que también es coincidente con lo planteado en el marco teórico recién citado en cuanto ello también es lo que recoge el Protocolo de San Salvador en el artículo 10 que lo reconoce “como el derecho al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”

En consecuencia, la SCJ sella en este fallo el contenido esencial del derecho a la salud en el estándar más alto y en armonización con los criterios internacionales.

Pero aún va más allá y refiere también a la progresividad y no regresividad de los derechos, entendiendo que el artículo 44 de la Constitución al consagrar la obligación del Estado a proporcionar asistencia no sólo a los indigentes sino también a aquellos que carezcan de recursos para cubrir los costos de la atención médica; va más allá del contenido mínimo y que, en aplicación del principio pro homine el Estado no puede desconocer el mandato

constitucional citado, derechos respecto de los cuales la Constitución no autoriza ni habilita limitación de especie alguna.

La SCJ refrenda lo planteado en el marco teórico respecto de la CADH, y específicamente el artículo 29, que consagra el principio de garantía mínima. Los tratados internacionales establecen un mínimun de protección o punto de partida a partir del cual siempre será posible ampliar el alcance con una norma más protectora, reconociendo la llamada fuerza expansiva de los derechos.

En otras palabras, la sentencia da cuenta del alcance más proteccionista del derecho a la salud en la CU, igualándose a los estándares más exigentes de protección.

Criterios de interpretación

En este análisis, pues, se da cuenta también de la relevancia central del criterio interpretativo pro homine, recordando los criterios imperantes, por órganos con competencia en control de constitucionalidad, relevados en la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, al interrogarse sobre los criterios predominantes de interpretación.

Este criterio impone en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos

“tener en cuenta una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.”

Como se explicó en el marco teórico en la referencia a Sagüés, el principio pro homine se despliega en dos manifestaciones o directrices de preferencia, preferencia de normas y preferencia interpretativa.

En este aspecto, al optar por la norma constitucional en este caso más protectora que el PIDESC (citado por el demandado) la SCJ aplica la directriz de preferencia de normas, entendida como la preferencia de la norma más protectora; la que posea el estándar mayor de protección, sin importar la ubicación o fuente; es decir, la regla de la jerarquía normativa cede ante el carácter más favorable.

Carácter restrictivo de los artículos 461 y 462 de la Ley 19335

A efectos de interpretar el marco general del derecho a la salud y su sistema de protección, la SCJ se pronuncia por la ilegitimidad de los artículos 461 y 462 en la Ley de 19.355. Como se explicó en el apartado correspondiente, estos artículos refieren al procedimiento en la órbita del MSP para la incorporación de medicamentos al FTM.

Entiende que:

“las referidas disposiciones resultan prístinamente claras en su finalidad restrictiva respecto al derecho de acceso a la salud. En efecto, la inclusión de medicamentos por el M.S.P. en el denominado “Formulario Terapéutico de Medicamentos”, deberá efectuarse conforme los principios consagrados en la legislación, en la especie, los enunciados en el propio art. 7 de la Ley No. 18.335. No obstante, ese “margen” legal previsto, y que se completará en vía administrativa, deja una “ventana” abierta para la limitación de un derecho que, por su naturaleza instrumental con el derecho a la vida, no admite la menor restricción.”

Si bien se pronuncia lateralmente, y sin mayor abundamiento (lo que se entiende por no ser parte del control de constitucionalidad solicitado) esta restricción consideramos que estaría dada porque la provisión de medicamentos quedaría condicionada a la aprobación por el MSP, a estudios de evaluación económica y de costo - efectividad, y a análisis de impacto presupuestal.

Ello contraviene el carácter absoluto del derecho, propugnado en la sentencia, y más aún si la restricción refiere a evaluaciones económico financieras.

Inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 7 de la Ley 18.335: Objeto del control de constitucionalidad

La sentencia encuentra la inconstitucionalidad en el carácter regresivo de la disposición y su interpretación armónica con el inciso 1 del mismo artículo y el artículo 10 de la ley 18. 335. Dispone que:

“se trata de una norma regresiva, que tiende a limitar los medios médicos disponibles de prevención, tratamiento y asistencia, contradiciendo de esta forma la norma de rango superior. Limitación que, por otra parte, no responde a razones de interés general, sino meramente económicas.”

Es decir, que prácticamente comparte los motivos con lo que refirió respecto a la ley 19.355.

Dicha inconstitucionalidad resulta también de la interpretación armónica con el artículo 10 y en la sentencia se remite a un pronunciamiento del TAC 6to en sentencia identificada como SEF-0006- 000173/2013.

En lo más destacado, considera que el derecho a la provisión de medicamentos como contenido del derecho a la salud no puede quedar supeditado a un trámite administrativo de inclusión o no en el FTM, lo que importa una ilegítima restricción. Concluyendo que

“Por lo tanto, si el inciso 2 del art. 7 habilita, en forma indirecta, al Ministerio de Salud Pública a no facilitar a los pacientes los medicamentos que no se encuentren incluidos en el vademécum, vulnera lo consignado en el art. 44 de la Carta”.

Incorporación del derecho internacional, carácter vinculante del

Protocolo de San Salvador y control de convencionalidad

En cuanto al primer punto, la SCJ entiende que

“La referida normativa internacional, por la vía del art. 72 de la Constitución, se incorpora con carácter constitucional, según jurisprudencia constante de la Corporación (entre otras, Sentencia No. 365/2010).”

Es decir, reitera la incorporación del derecho internacional al derecho interno, lo que no importa una novedad pero resulta auspicioso en cuanto se mantiene el criterio del órgano con diferentes integraciones. Ello implica que se consolida el sistema.

Por otra parte, otorga plena vigencia y eficacia al Protocolo de San Salvador por el cual se reconoce el derecho como “al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”

Consecuentemente, entiende que la disposición es inconvencional, ya que

“el Estado tiene el deber de proporcionar tratamientos médicos adecuados y disponibles, cuando así lo requiera una evaluación médica, sin consideración o independientemente de encontrarse incluida la especialidad farmacéutica en el denominado FTM (...)La norma impugnada termina por habilitar, en forma indirecta, la exclusión de determinados medicamentos, por su elevado costo, de la órbita garantista establecida en la norma constitucional citada, ya que permite al Estado en vía reglamentaria no proporcionar gratuitamente los medios de prevención y asistencia, por razones puramente económicas, en casos de pacientes indigentes o carentes de recursos suficientes”.

Ahora bien, el Ministro Redactor Chediak realiza una reserva aclaratoria expresando que

“en nuestro ordenamiento jurídico, al tener un control de constitucionalidad concentrado, únicamente corresponde a la Suprema Corte de Justicia ejercer el control de convencionalidad”.

De los fundamentos del voto disorde

El voto disorde de la Ministro Martínez parte de la conceptualización del derecho a la salud plasmada por Cassinelli Muñoz y luego continúa desde la posición teórica de Lorenzetti. Así parte de un alcance más reducido del derecho a la salud:

“siendo la salud un derecho objetivo relativo, admite numerosos grados en los que participa el individuo, la sociedad y el Estado. En consecuencia, el Ordenamiento Jurídico define la extensión de este derecho, en cada caso, en relación con lo que el sujeto obligado puede dar. Con respecto a su extensión, el derecho no obliga al Estado a evitar la muerte, ni a lograr el completo bienestar, sino a brindar prestaciones de salud integrales,

igualitarias, humanitarias. Podría afirmarse que si bien se trata de una voz más que respetable no parece desprenderse del sistema normativo de derechos o el llamado “derecho de los derechos humanos”.

Partiendo de ello, propone que las prestaciones de salud constituyen un recurso escaso, de manera tal que no es actualmente posible que todos los

individuos tengan acceso a todas las prestaciones que desean en lo atinente a la salud. Así concluye que la norma constitucional reconoce el derecho a la salud pero encomienda al legislador la implementación efectiva de este recurso.

Cabe señalar que, de alguna forma, sujeta el goce del derecho a la legislación que podría apoyarse en razones presupuestales para la restricción del mismo, lo que no parece de recibo.

Se apoya también en

“el principio de separación de poderes, de indudable raigambre constitucional y de incidencia decisiva” (...) Sólo el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en la planificación y en la aplicación de las políticas públicas de salud, pueden valorar adecuadamente el necesario equilibrio entre la cantidad de recursos destinados a la salud y a otras áreas”.

Se le desconoce, pues, al Poder Judicial la competencia de pronunciarse sobre

“las distintas necesidades de prestaciones de salud de la población. Si así lo hiciera, desconocería el principio de separación de poderes sobre el que se apoya el Estado de Derecho y nuestra República”.

El “self restraint” es un argumento de larga data y aún sin resolución y utilizado reiteradamente por la SCJ con diferentes integraciones.

Sin embargo, compartimos que, en estos casos y con todo el planteo teórico formulado, no podría ya la SCJ ampararse en él para evadir pronunciarse sobre aspectos que puedan afectar decisiones presupuestales, por ejemplo.

Al respecto nos hacemos de las palabras de Bidart Campos (ya brevemente reseñadas en el marco teórico). En cuanto a la alegación de eventual falta de recursos financieros: “..no cabe menoscabar derechos constitucionales bajo el subterfugio de no contar con medios financieros suficientes para ello. De ser así, estaríamos en una situación en la cual estaría totalmente desnaturalizada la razón misma de ser de la actividad financiera. De ser medio para la institucionalización de un estado de derecho se convertiría en el medio idóneo para socavarla”²²⁸

Lo que trae como consecuencia, que deba aceptarse el control judicial de constitucional del presupuesto como cualquier otra manifestación de los poderes públicos, sin que pueda entenderse que ello violenta la separación de poderes.

“No faltará quienes acoplen además el slogan de las cuestiones políticas no justiciables, o el de que la división de poderes prohíbe a los jueces inmiscuirse en las facultades privativas de los órganos políticos. Repliquemos (...) ¿qué puede prever la sociedad de un poder judicial que, en rigor, al eludir el control, lo que realmente hace es anteponer las cuentas públicas al orden de valores que contiene la constitución? (...) Cuando esa solución no produzca un

²²⁸ Corti, citado por Bidart Campos (1999) pág 354

efecto conducente a afianzar ese plexo de valores, sino el opuesto, habrá que descalificar a toda norma infraconstitucional discrepante.(...) Lo que hay que temer es que el gasto público se insubordine a su fin de hacer efectiva la constitución.”²²⁹

Algunas apreciaciones generales

En consecuencia, el impacto de este fallo es ineludible. Impacta directamente en la desaplicación para el caso concreto del inciso 2 del artículo 7 de la ley 18.335, con argumentos que se comparten y se toman como un aporte invalorable a la problemática en estudio, lo que coincide con las apreciaciones iniciales de Risso Ferrand.²³⁰ Ya que explicita la complejidad del contenido y alcance del derecho a la salud desde una visión de progresividad y de aplicación de la directriz de preferencia de la norma más favorable.

Si bien podría cuestionarse sobre el pronunciamiento eventualmente fuera de objeto respecto de la ilegitimidad de los artículos 461 y 462 de la Ley 19335, desde el punto de vista sustantivo, compartimos el criterio de la sentencia en cuanto a que importan una restricción ilegítima por injustificada del derecho a la salud, en su manifestación de acceso a medicamentos.

Este fallo, entendemos, en tanto proviene del máximo órgano judicial, genera otros impactos más allá del estrictamente jurídico y propio del control de

²²⁹ Bidart Campos (1999) pág 371

²³⁰ Risso Ferrand (13 octubre 2016) pág 41

constitucionalidad. Por un lado, influirá en los tribunales llamados a continuar resolviendo amparos.

En el caso particular, el TAC competente se pronunció, una vez notificada la sentencia de la SCJ y franqueada la Alzada, confirmando la sentencia de primera instancia.²³¹ Este fallo no se apoya argumentativamente en la sentencia de la Corporación ni se remite a ella.

Igualmente entendemos que si bien directamente la SCJ no se pronuncia en ninguna instancia en estos procesos, esta sentencia sienta lineamientos directos para su resolución. Consideramos que fortalecerá los criterios de los tribunales amparistas y exigirá un mayor esfuerzo argumentativo para los tribunales con visión más restrictiva. En ambos casos y de acuerdo al planteo presentado sobre TJE (apartado “La Tutela Jurisdiccional Efectiva), ambos efectos deben verse como positivos, ya que el diálogo jurisprudencial es un garantía también de debido proceso sustantivo. En expresión de Zagrebelsky “la circulación de las jurisprudencias”²³² no compromete la identidad de cada una, pero sí fomenta o presupone un estándar mínimo de homogeneidad o, por lo menos, congruencia en las decisiones. Creemos que esta circulación o permeabilidad de la decisión de la SCJ en este caso se torna más necesaria ya que se trata del máximo órgano judicial y sobre un caso de innegable dramatismo.

²³¹ TAC/T1 23 noviembre de 2016. Ministros Salvo, Maccio, Venturini (redactora).

²³² Zagrebelsky (2006) pág 1140

En este caso, la exigencia fáctica de argumentación deberá traer como consecuencia sentencias más sólidas y consistentes, lo que, sin dudas, fortalece el ECD y así la protección efectiva de los derechos.

“La sentencia es sólida, interpreta adecuadamente la Constitución con los criterios más modernos y protectores de los derechos humanos (...) será una señal muy clara en cuanto a cuál es el rumbo en que, conforme nuestra Constitución, debe moverse el Poder Judicial”²³³.

²³³ Risso Ferrand (2016) pág 41

XI. – Apreciaciones y Reflexiones

XI. 1. – Sobre a aspectos constitucionales generales

1.- Tal como lo plantea toda la doctrina especializada uruguaya, y así como se presentó en el marco teórico, la CU da cuenta de un ECD. Si bien no se reconoce así expresamente, reconoce sí, pues, todos los rasgos más salientes.

2.- El “derecho de los derechos humanos” o bien “el bloque” se incorpora a través del artículo 72 de la Constitución, por lo que debe reconocérsele rango constitucional. Esta afirmación se apoya, en el marco doctrinal teórico referenciado, la sentencia señera 365 de fecha 19 de octubre de 2009 y la más reciente 396 de fecha 5 de octubre de 2016 de la SCJ que lo confirma, entre otros.

Ante ello nos atrevemos a pensar que este reconocimiento resulta ya irreversible en la jurisprudencia del máximo órgano.

3.- El derecho a la salud resulta reconocido en las normas constitucionales conforme el “derecho de los derechos humanos”. Recoge un contenido que comprende un haz de derechos vinculados y un estándar de protección que se compadece con las previsiones de la DUDH, CADH, Protocolo de San Salvador y PIDESC.

Entendemos que la judicialización en reclamo de su protección (independientemente que se comparta o no la categorización de derechos

económicos, sociales y culturales a la que no adherimos) resulta ya indiscutible.

Compartimos y aplaudimos el criterio citado que aplica la directriz de preferencia de normas y concluye que la CU contiene una norma más protectora que el marco de los tratados (específicamente el artículo 10 del Protocolo de San Salvador) al imponer al Estado, por el artículo 44, el deber de proporcionar gratuitamente los medios de prevención y asistencia a los indigentes o “carentes de recursos”, expresión evidentemente más amplia.

Merece especial observación la regulación infraconstitucional de este derecho. Por un lado, la ley 18211 reglamenta servicios integrales de salud y que sus disposiciones son de interés social y entre los principios rectores consagra la cobertura universal, la accesibilidad y la sustentabilidad de los servicios de salud, la equidad, continuidad y oportunidad de las prestaciones y como objetivo general alcanzar el más alto nivel posible de salud. También dispone que compete al MSP aprobar el FTM, racionalizar y optimizar los procesos de registro de medicamentos.

Todo ello parece estar en consonancia con los valores constitucionales; sin embargo, otras disposiciones legales y aún reglamentarias aparecen en franca contradicción o, por lo menos, como restrictivas.

De carácter legal, compartimos el criterio asentado en la sentencia ya citada de la SCJ (y lo ya comentado) que declara la inconstitucionalidad del

artículo 7 inciso 2 de la ley 18335, en cuanto restringe el derecho del paciente a recibir el medicamento adecuado en tanto queda condicionado, a un trámite administrativo, de inclusión o no en el FTM.

La Ley 19355 también presenta ilegitimidades que confrontan con la Constitución, tal como lo soslayó la SCJ en esa sentencia en cuanto deja librado al criterio administrativo del MSP la inclusión de medicamentos por razones financieras o de costo. Claramente el artículo 461 impone una restricción ilegítima a la provisión de MAC, provisión condicionada estrictamente a la aprobación administrativa por parte del MSP,

Y el artículo 462 consagra como criterios rectores para la inclusión o no del MAC en el FTM, la MBE (medicina basada en la experiencia científica) y la relación de costos, cuyo análisis debe “asegurar” la sustentabilidad del sistema. Ambos criterios (de acuerdo a todo lo comentado) resultan altamente cuestionables como definitorios para la provisión de MAC y además, por lo menos, no coincidentes con el estándar constitucional y ni siquiera los principios rectores del SNIS en general (equidad, igualdad, accesibilidad, en lo pertinente). También contradictorio con los principios rectores de los derechos del paciente y su relación con el médico tratante, particularmente, derecho a acceso igualitario a asistencia de calidad, trato respetuoso y digno y derecho a una atención acordada con el médico tratante.

Las disposiciones de carácter administrativo, resoluciones u ordenanzas también merecen reparos y alertas.

En cuanto a la ordenanza 882, si bien no vigente pero aplicable al último tramo del período analizado, presentó dificultades, no establecía con claridad los plazos de tramitación y en la práctica no resultó satisfactoria.

La vigente ordenanza 692 ha modificado el procedimiento para la reclamación de la provisión del MAC pero tampoco reúne todas las garantías ni la celeridad que la naturaleza del caso impone. Por ejemplo, si bien en esta ordenanza se establece un plazo máximo para la tramitación y resolución de la solicitud, este se suspende mientras la IAMC implicada no remita la documentación que eventualmente se le solicitare. De esta forma, el procedimiento quedaría paralizado por la omisión de la institución, por ejemplo.

No desconocemos los intereses de la industria farmacológica, las limitaciones de acceso de los países en desarrollo como Uruguay o la necesidad de sustentabilidad del sistema, evidentemente pueden verse como causas de las decisiones administrativas, pero no como justificaciones legítimas.

Estos procedimientos administrativos (de inclusión de un MAC o una prestación en el FTM o el que regula la solicitud del paciente para la provisión del MAC) además de obstaculizar el derecho y resultar, consecuentemente, ilegítimos, no están funcionando en los hechos. Surgen demoras injustificadas y omisiones en la toma de decisiones que agravan la problemática.

En síntesis, entendemos que para la efectiva protección de los derechos (a pesar de la operatividad, aplicación directa de la Constitución y eventual

desaplicación de las normas inferiores) se requiere de un sistema tuitivo armónico, lo que no se está logrando respecto del derecho a la salud. La CU reconoce la centralidad de los DDHH y la responsabilidad de protección del Estado y las regulaciones inferiores priorizan la Medicina Basada en la experiencia (MBE) implica en la casuística y el costo o racionalización, con las limitantes que ello.

Ante una Constitución tan protectora de este derecho resulta inadmisibles enfrentarse a normas infraconstitucionales ilegítimas que, en el día a día, obstaculicen el pleno goce del derecho.

“Aún cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias, pueden ponerse en directo coloquio con ella y escuchar sus sugerencias, pueden traducirlas, día a día a la realidad de las relaciones humanas. Esto no quiere decir desobediencia al principio de legalidad: inspirarse con la Constitución para introducir en las viejas fórmulas un espíritu nuevo he ahí precisamente el verdadero legalismo democrático en que deb jactarse la magistratura, autónoma y libre de inspirarse valerosamente”²³⁴

²³⁴ Van Rompaey (2008) pág 23

XI. 2. -Sobre la tutela jurisdiccional efectiva y el amparo

1.- En todo ECD si los DDHH representan el eje central, la TJE opera como su reaseguro. Optamos por considerar que el debido proceso en sus dos aspectos (formal y material) conforma el núcleo central de la aquella. No hay derechos sin garantías, no hay tutela jurisdiccional efectiva sin debido proceso.

El sistema constitucional y procesal uruguayo vigente contiene un cúmulo de disposiciones que permiten afirmar que está adecuadamente regulado, tal vez con mucho más claridad el debido proceso formal que los componentes del debido proceso material. La única referencia, por ejemplo, a la exigencia de motivación de las sentencias la encontramos en el artículo 197 del CGP. La noción de razonabilidad, si bien es invocada como fundamento en las decisiones de los tribunales y surge del sistema de protección de derechos (artículo 72) no encuentra explicitación en las disposiciones procesales.

2.- El amparo regulado por la LDA presenta fortalezas y debilidades, en cuanto a estas últimas, en términos generales, no afectan particularmente a los procesos en estudio. Expondremos algunas a conciencia de que no las agotamos y el análisis requiere otra profundización.

En cuanto a las fortalezas, consagra una legitimación activa amplia, y, por otra parte, comprende todos los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la CU (artículo 72).

En cuanto a los actos u omisiones alcanzadas presenta una debilidad ya que excluye los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen, los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza y las leyes y los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción.²³⁵ Estas exclusiones podemos entenderlas “inconvenientes”, no debería excluirse ningún tipo de acto, sin importar el rango, sino que debería estarse al efecto que sobre los derechos y garantías fundamentales ejerce la violación, en relación con la situación jurídica de las personas y la necesidad de restablecerla de inmediato.

También merece observaciones, la consagración de un plazo de caducidad breve para promover la acción; lo que puede operar como un obstáculo a la justiciabilidad. Consideramos que o bien debe extenderse

²³⁵ En el caso en estudio no representan una dificultad o obstáculo de tutela jurisdiccional efectiva, en tanto los actos u omisiones cuestionadas son claramente alcanzadas por el objeto del amparo legal.

acompañando regulaciones comparadas y aún mejor, descartándolo. Merece especial mención, el criterio de algunas salas constitucionales que, como garantía de tutela jurisdiccional efectiva, la materia de amparo es vista como de “orden público” lo que conllevaría, aunque con carácter excepcional, a la desaplicación de normas de procedimiento como la de caducidad si ello implicara la desprotección del derecho.^{236 237}

El criterio de distribución de competencia, asimismo, nos provoca cuestionamientos. Parece más garantista si, aunque sea en carácter de segunda instancia, esta competencia se le confiriera al máximo órgano jurisdiccional. En tanto en una acción tan relevante, como ser el proceso especial de protección de DDHH en caso de inminente lesión, parece una buena solución que interviniera, en este caso, la SCJ. No sólo por su natural jerarquía, sino también por su especialidad constitucional y porque permitiría una unificación de las soluciones; es decir, cumpliría su función de monofilaquia. Un ejemplo paradigmático es la Corte Constitucional de Colombia

²³⁶ Tribunal Suprema de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional., Sentencia N° 436 de 27/02/2003 ““Es necesario que el hecho denunciado ocasione una presunta violación de orden público de tal magnitud que permita, a pesar de que, por ejemplo, el accionante haya desistido, o que la acción haya caducado, conocer el fondo del asunto en detrimento del derecho al debido proceso y la defensa que protege al presunto agraviante”

²³⁷ En los amparos en análisis, no importa esta limitación ya que invariablemente la jurisprudencia relevada entendió que no procede su alegación, ya sea por el carácter del derecho en juego así como porque mientras persista la enfermedad y no se provea el medicamento no podrá computarse el plazo.

que, ante la reiteración de estos casos en la órbita de su competencia, ha elaborado una doctrina acerca de la provisión de MAC.

Por otro lado, la LDA impone un contenido explícito de la sentencia propio del amparo, pero consideramos que como requisito también ineludible debería explicitarse la exigencia de motivación (sin perjuicio que le es aplicable como principio general y por el carácter supletorio del CGP por disposición del artículo 13). Enfatizamos su reconocimiento expreso en tanto la motivación de la decisión en proceso de amparo posee mayor trascendencia, ya que refiere a interpretación constitucional, al sistema de DDHH, y aún adquiere más trascendencia si el legitimado pasivamente es el Estado. La LDA además permite que el tribunal rechace de plano, sin sustanciar si la demanda fuera manifiestamente improcedente. Esta facultad categórica, que provoca una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, requerirá más que otras, sólida fundamentación.

Tal vez el punto más sensible del amparo radica en su supuesto carácter “residual”. La LDA no utiliza la expresión, dispone su procedencia cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o cuando, si existieren, fueren por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. Es decir, el criterio de distinción no es la existencia o no de otros medios, sino la eficacia para lograr el fin buscado que no es otro que la recomposición de la situación vulnerada; es la urgencia y el temor de la lesión de un derecho humano el elemento determinante para

conceder el amparo; pudiendo existir otras acciones y recursos, pero solo la brevedad del amparo puede garantizar la protección efectiva.

Por ello, no nos parece feliz la expresión doctrinal (que puede llevar a una aplicación restrictiva del instituto) “residual”, porque más que ello, justamente, es garantía de primera línea, toda vez que la lesión o amenaza de lesión del derecho requiere intervención inmediata para restaurarlo. Creemos que esto importa una distinción: es la garantía de principio antes casos urgentes, inminentes.

En otras palabras, con máxima perspectiva garantista, podríamos afirmar que procedería o no el amparo, si la violación del derecho (y así de una regla constitucional) es directa, requiere inmediata recomposición, y otros mecanismos resultarían inútiles (existiendo o no, movilizados o no).²³⁸ Entendemos por directa cuando afecte rotundamente el núcleo esencial del derecho de que se trate .

Otra debilidad la configura el requisito de “ilegitimidad manifiesta”, en cuanto tal representa un concepto indeterminado y además no presente en el derecho internacional de amparo.

3.- Desde el punto de vista procesal, como proceso sumario presenta limitaciones probatorias o impugnativas que pueden eventualmente llevar a la

²³⁸ Si esta postura diera lugar a pensarse que el amparo así podría desnaturalizarse o generar abuso, evadiendo las vías procesales o procedimentales comunes, se podría resolver con la aplicación de costas y costos preceptivas si se corroborare tal abuso en la movilización del proceso.

desprotección del derecho. En las sentencias relevadas se detectaron, por lo menos, dos casos, en que se desnuda esta problemática. En un caso, por sentencia de primera instancia se condenó a uno solo de los demandados (ASSE y no MSP y FNR), la perdidosa interpuso recurso de apelación y la actora se limitó a evacuarlo. El TAC competente no hizo lugar al amparo, revocando la decisión contra ASSE pero asentando que otra podría haber sido la decisión si la actora hubiera apelado.²³⁹ Es de muy dudosa aplicación, en sede de amparo, la adhesión a la apelación y/o la alegación de un “agravio eventual”, por lo que en este caso se desprotegió el derecho.

En otro caso, se cuestionó la posibilidad de agregación de prueba documental en segunda instancia²⁴⁰, este cuestionamiento no provocó la desprotección del derecho pero demuestra las dificultades procesales de una ley de proceso sumario, diferenciado pero que refiere a garantías fundamentales. Finalmente, en otro quedó al descubierto la problemática de la “cosa juzgada”, ante un amparo desestimado, pero con cambio en el estado de salud del actor – paciente, el JLCA entendió que se configuró cosa juzgada y el

²³⁹ TAC/T1 5 agosto 2013 Ministros Salvo, Castro, Vázquez: “Finalmente, esta Sala no puede dejar de señalar que otra podría haber sido su decisión si la parte actora hubiera apelado pero, como no lo hizo, corresponde ceñirse a lo dispuesto por el art. 257.1 del CGP que prohíbe la reformatio in pejus.

²⁴⁰ TAC/T1 23 noviembre 2016 Ministros Venturini, Salvo, Maccio “En primer término en cuanto a la invocación de hecho nuevo y solicitud de prueba en segunda instancia, es una cuestión discutible en un proceso de amparo”

TAC revocó por entender que, por la naturaleza de la pretensión, debió considerarse de una hipótesis “rebus sic stantibus”(no prevista en la LDA).

De esta forma, cabe preguntarse si la existencia de una ley como la uruguaya favorece o perjudica a la garantía como tal. Entendemos que como todo proceso, tal vez requiera un mínimo regulatorio de procedimiento. Pero lo más importante sería tener presente a la hora de su aplicación un cúmulo forzoso de principios orientadores del instituto: principio de bilateralidad y contradictorio, principio de simplicidad y celeridad en las formas, principio dispositivo de iniciativa de parte equilibrado por principio inquisitivo de impulso procesal, especialmente con facultades probatorias y de saneamiento del Tribunal, principio de gratuidad.

XI. 3. – Sobre las sentencias estudiadas

La justicia, y sobre todo, la justicia constitucional no puede abdicar de su competencia naturalmente compartida con el legislador, y cuyos límites, sin entrar en la dogmática particular de cada derecho, es imposible trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social”²⁴¹

A.- Sobre los datos relevados

Durante el período seleccionado, surge que la mayor cantidad de amparos contra MSP y/o FNR refieren a AmpMAC y en segundo lugar AmpPREST.

Reconocemos conceptualmente la distinción entre solicitud de MAC y solicitud de prestaciones, pero, en los hechos, las reclamaciones presentan argumentos similares y las sentencias argumentaciones coincidentes, también. En el total de sentencias relevadas, se analizaron comparativamente y surge que los AmpPREST son más amparados que los AmpMAC pero las sentencias amparistas utilizan los mismos fundamentos.

²⁴¹ Prieto Sanchis (1995) pág 65

Los AmpOTROS resultan totalmente marginales. Es decir, ni el MSP ni el FNR tienen reclamaciones relevantes tramitada por vía de amparo; la gran conflictividad ante estos organismos refiere al caso objeto de la investigación.

Los datos muestran un crecimiento de amparos presentados, con su máxima expresión en el 2015 y claro descenso en el año 2016, hasta el momento.

Surge que a mayor cantidad de AmpMAC más variedad también de MAC reclamados.

La insatisfacción de las partes es alta, en tanto, en amplia mayoría, la parte perdedora moviliza la segunda instancia, pero, a pesar de las diferencias numéricas entre las fuentes consultadas (IUEs ORDA e informes MSP) estas coinciden claramente en la tendencia amparista de los TAC. Asimismo, los datos muestran que la mayoría de los pronunciamientos de primera y segunda instancia son coincidentes. Es decir, puede verse un criterio común entre los JLCA y los TAC, lo que se confirmó al analizar comparativamente los argumentos formulados en ambas instancias.

B.- Apreciaciones particulares

Comenzaremos por realizar algunas apreciaciones particulares siguiendo el enumerado de los argumentos presentados en el apartado correspondiente (Las sentencias: sus argumentos más salientes).

1.- Del abordaje desde el caso

Teniendo en cuenta la naturaleza y las aristas del caso, al abordarlo judicialmente, comenzar por explicitar su relevancia opera como buena técnica de motivación inicial de la sentencia, permite enfocar el control de su legitimidad, máxime cuanto se trata de situaciones de hecho complejas y en que está en juego el derecho a la vida. Ello denota una postura del Tribunal, la necesidad de encontrar una resolución DESDE el caso. Sin dudas, concientiza acerca del carácter de “caso crítico” en términos de Zagrebelsky.

Asimismo, se compadece con las recientes posturas de la CorteIDH en que se explicita cada vez más que cada caso es peculiar y el abordaje desde esa visión complejiza necesaria y favorablemente la decisión.

2.- Del abordaje desde la supremacía constitucional

También consideramos adecuado el abordaje explícito desde la supremacía constitucional, en cuanto a la aplicación del artículo 44, particularmente del inciso 2. Desde la visión postulada en la presente investigación, esta es la perspectiva más ajustada, más garantista y que se acompasa con los criterios interpretativos del corpus iuris del derecho, en tanto implica una aplicación del principio pro homine; directriz de preferencia de la norma más favorable.

La resolución del caso desde la Constitución permite una adecuación mejor a la protección del derecho, máxime cuando existen reglamentaciones de dudosa legitimidad.

Por otra parte, este grado de explicitación del marco aplicable, entendemos que mejora sensiblemente la calidad de la sentencia, permite una resolución más acabada y, todo ello, conlleva a un grado más válido y eficaz de argumentación en la decisión. En otras palabras, y conforme lo planteado en el marco teórico, colabora con el reconocimiento del debido proceso sustantivo, en cuanto efectiviza el derecho a una sentencia motivada que, en definitiva, también colabora a la legitimación de la función judicial.

Esta modalidad resulta coincidente con la reciente sentencia ya citada del TCA en que se valoriza la interpretación “desde la Constitución”²⁴² y con la reciente de la SCJ (ya analizada).

3.- Del derecho a la salud y sus eventuales limitaciones

Las sentencias amparistas parten de una concepción del derecho a la salud como derivado del derecho a la vida y, además, con un contenido esencial que incluye un haz de derechos vinculados, como ser el acceso equitativo y universal a medicamentos de calidad, por tanto, los MAC. Se compadecen, pues, con el estándar más alto de protección, coincidente con el

²⁴² Sentencia TCA 396/2016 19 julio 2016 Numeral XV) “Pues bien. A juicio de la mayoría de la Sede, corresponde acudir a una interpretación del Decreto N° 571/006 y de la Ordenanza MSP N° 402/2006 “desde la constitución” o “desde los derechos humanos”

PIDESC y Protocolo de San Salvador; “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Extremo que en se complementa, en el caso de la CU, con la obligación estatal de proveer de dichos medicamentos a “los carentes de recursos”. Este criterio efectivamente protege el derecho a la salud y en su máxima expresión, en una postura destacada y exigente con el ECD.

Esta conceptualización trae consigo limitadas (prácticamente nulas) posibilidades de restricción del derecho, por consiguiente, no admitirá retaceos por razones económicas o presupuestales. Pensamos, pues, que las sentencias que desestiman la reclamación alegando estas limitaciones padecen del denominado por Nogueira²⁴³ “déficit de interpretación” en tanto la decisión, en estos casos, ha aplicado el derecho pero ha interpretado erróneamente su significado o alcance constitucional

El desafío de proteger debidamente los derechos (especialmente prestacionales) parece ser el mayor desafío para los Estados ya que se entrecruza con la necesidad de sustentabilidad y, por ello, es donde aún la jurisprudencia uruguaya se encuentra dividida; aunque con una clara tendencia hacia la protección del derecho.

²⁴³ Nogueira (2010) pág 37

Consideramos que anteponer el principio de sustentabilidad del sistema general de salud ante la protección individual del derecho al acceso a la medicación adecuada, no es de recibo.

Ahora bien, tampoco podemos eludir el principio de progresividad y además resultaría de gran necesidad teórica y fáctica, omitir absolutamente (por irreal) las dificultades de financiamiento de los sistemas de salud, y más precisamente en países como Uruguay, en vías de desarrollo, en los cuales el enfrentamiento equidad versus sustentabilidad se sobredimensiona.

Pero sí, consideramos que, con esfuerzo, pueden armonizarse ambos aspectos, teniendo en cuenta, por lo menos, dos ejes. Por un lado, criterios serios de priorización del presupuesto en general (especialmente el criterio de optimización) y, por otro, criterios en las indicaciones médicas desde la perspectiva de la bioética.

No podemos olvidar el principio de responsabilidad estatal como eje transversal del ECD; así que para exonerarse de responsabilidad en sede judicial (especialmente en sede de amparo tutelar de derechos fundamentales como la vida), el Estado tiene la carga de probar una afectación presupuestal grave que haga peligrar el sistema o que ha priorizado debidamente el derecho y aún así no puede alcanzar el estándar requerido.

No es ello lo que sucede en los casos relevados; ni el MSP en su defensa ni las sentencias desestimatorias analizan en profundidad este

impacto.²⁴⁴ Es decir, estas sentencias no admiten la evaluación de los criterios de priorización presupuestal categorizados por el Comité DESC: el Estado se exonera si prueba que asigna el máximo de los recursos disponibles. En tanto y cuanto el Estado apenas se limita a una simple alegación, ante ello, entendemos que los tribunales se enfrentan al poder – deber de hacer lugar a la pretensión.

4.- De la separación de poderes y el control jurisdiccional

²⁴⁴ Sin perjuicio de conocer las explicaciones dadas por el MSP en cuanto a la sustentabilidad del sistema, las cifras presentadas para las correspondientes rendiciones de cuentas así como los datos periódicamente aportados ante las Comisiones de Salud del Parlamento. A vía de ejemplo, “En nuestro país el Fondo Nacional de Recursos destina USD 30 millones anuales para estos 36 principios, para un número más o menos similar de enfermedades. En cuanto al costo total de medicamentos –ya no solamente los de alto costo– estamos hablando de, aproximadamente, USD 480 millones. Quiere decir que el gasto en salud es importante, llegando al 9,2 % del PBI, con cerca de USD 4.500 millones. En particular, los medicamentos implican algo así como el 0,9 % del PBI. Esos USD 480 millones, que de alguna manera representan el mercado farmacéutico en el Uruguay, en porcentajes muy groseros, se distribuyen en un 61 % a través del sistema de salud y un 38 % en el pago de bolsillo. Por lo tanto, estamos hablando de dineros importantes que se mueven en el país y que a través del Fondo Nacional de Recursos representan un valor relevante para la sociedad.” (Sesión de fecha 3 mayo 2016 disponible en <https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/347/versiones-taquigraficas>) (recuperado 20 agosto 2016). Así como los informes que agrega en los amparos como prueba o “informe de parte” en que plantea la problemática desde la relación costo del medicamento y PBI per cápita (por ejemplo, informe agregado por MSP en IUE 2-26995/2015

Tampoco corresponde que los Tribunales se resguarden en el alegado principio de separación de poderes o “self restraint”, así lo ha entendido ya la SCJ y también el TCA²⁴⁵ en sentencias ya referidas.

Cappelletti citando a Pekelis²⁴⁶ resalta que “una efectiva actividad legislativa o administrativa no es en absoluto incompatible con un inteligente control judicial de la actividad misma (...) por el contrario, una equilibrada coexistencia de dicha actividad y de su control, representa la esencia misma de un régimen constitucional”

Hemos planteado esta problemática en el apartado “la Tutela Jurisdiccional Efectiva” en tanto un juez comprometido con los DDHH en el ECD no puede eludir su responsabilidad y debe, pues, asumir, la tensión. El debido proceso sustantivo al exigir decisiones axiológicas y conforme los principios constitucionales, exige también un juez “activista” en su sentido más humanista.

Indudablemente el principio de separación de poderes continúa siendo un elemento clave dentro del ECD pero ya no parece posible afirmar que la justicia constitucional puede lesionarlo, menos aún en materia de amparo de

²⁴⁵ Remite a sentencia TAC/T1 129/2014 y afirma en coincidencia en numeral X) “En el *casus*, no se trata de sustituir al MSP en el diseño e implementación de políticas públicas, sino de resolver el conflicto concreto suscitado en la especie (...) En efecto, si se entendiera que en el presente caso hay un derecho fundamental afectado por un acto administrativo, y en función de ello se procediera a anular ese acto, ello no implicaría la invasión de la esfera de competencia del MSP en materia de salud, sino simplemente la resolución del litigio concreto que este órgano jurisdiccional está llamado a resolver”

²⁴⁶ Cappelletti (2010) pág 81

clara naturaleza restaurativa o recomponedora de un derecho violado o amenazado.

Esta supuesta tensión puede repensarse en los términos de Zagrebelsky²⁴⁷ en tanto la política es a la democracia como la justicia constitucional a la república, y no en términos de interferencias sino de complementariedad.

5.- De la igualdad

Con carácter general, el principio de igualdad es un eje central del ECD, fuertemente vinculado a la protección de los DDHH. También hoy inescindible de la propia dignidad humana, desde una visión principialista, la mera condición humana parece ser necesaria y suficiente para merecer un tratamiento igualitario.

En el caso, el principio de igualdad se materializa en la problemática de acceso equitativo y/o igualitario a la salud, más precisamente, a la prestación concreta de acceso a MAC.

Somos conscientes que la igualdad de algunos derechos crea más problemas que en otros y la salud es uno de ellos, pero si tomamos como principios rectores, cobertura universal y equidad sanitaria (entendiendo por tales; cobertura universal como el acceso de todos a los servicios de salud unido a la protección social en salud y por “equidad sanitaria” como el acceso igualitario y equitativo, entre los que indudablemente se encuentra el acceso

²⁴⁷ Zagrebelsky (2006) pág 1148

igualitario a los medicamentos necesarios de acuerdo a cada enfermedad), la negativa a la provisión, importa una modalidad de exclusión violentando la igualdad en la efectividad del derecho al acceso a la salud.

Hemos reseñado las notas de los DDHH, una de ellas: la universalidad. Siendo universales, deben garantizarse a todos por igual. Es decir, podemos ver la igualdad (especialmente material) como una consecuencia de la universalidad, que en derechos como la vida y la salud se vuelve más inminente.

En los casos en estudio, se afecta la denominada igualdad de oportunidades (en oposición a igualdad en las posiciones de partida), entendidas (como se planteó en el marco teórico) como la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida. Y más específicamente, la igualdad en cuanto a que si alguien tiene la oportunidad de recibir un bien o servicio (en nuestro caso, MAC) que satisface una necesidad sanitaria, entonces todo aquel que comparta el mismo tipo y grado de necesidad debe tener la misma oportunidad efectiva de recibir tal bien o servicio.

El cumplimiento de la obligación estatal que impone el artículo 44 inciso 2 de la Constitución (argumento de las sentencias amparistas) viene a recomponer una situación social injusta, por lo que, finalmente, opera como

garantía de la igualdad, en cualquiera de las hipótesis que surgen de los casos. No resulta procedente invocar soluciones reglamentarias o administrativas restrictivas que impiden el acceso en condiciones de igualdad.

Instalada la inequidad, se resiente la sociedad y la democracia. Pero además, cuando está en juego el derecho a la salud, a la postre a la vida, cualquier actuar discriminatorio o desigualitario aparece aún más escandaloso.

Por ello es loable la solución constitucional y el amparo de los reclamos: no es más ni menos que efectivizar la igualdad material exigida en el Estado Constitucional y Social de Derecho.

6.- De la independencia técnica del médico tratante y los derechos del paciente

Las sentencias amparistas ponen énfasis, adicionalmente, en la independencia técnica del médico tratante (énfasis que también aparece presente en la referida sentencia del TCA²⁴⁸).

Desde la bioética y de la ley 18335, la relación médico – paciente resulta clave, y coincidimos que debe operar como presupuesto para el adecuado disfrute de la salud, siendo un derecho derivado de este.

Respetar la indicación médica es respetar el derecho del paciente, por tanto, aquella no debería ser cuestionada. Los derechos a una atención médica acordada y a un trato respetuoso y digno resultan de capital trascendencia.

²⁴⁸ Particularmente numeral XVI)

Reconocemos también que ello tiene una contracara, el médico tratante debe asumir seriamente su profesión y responsabilidad, por ejemplo, procediendo a la indicación más segura en términos de eficacia comprobada, en ningún caso sobreindicando o cediendo a los intereses comerciales de la industria farmacéutica.

Los fallos que se apoyan en este derecho, presuponen adecuadamente la buena fe y seriedad del profesional actuante (ética profesional), aunque en todos los casos la procedencia de la indicación se refuerza con certificaciones de organismos internacionales y prueba pericial (saber consolidado). Este cúmulo probatorio consideramos que debe siempre exigirse (no porque consideremos insuficiente la indicación médica) sino porque favorece la transparencia y hace a la calidad de la decisión.

Contrariamente, consideramos que los fallos que desestiman estos amparos, desconocen el derecho a recibir una atención consensuada con el médico tratante, desconociendo también la independencia técnico – profesional del mismo. Aquellos que no condenan las demoras u omisiones de pronunciamientos administrativos (ya sea en inclusión de un MAC en el FTM y/o en la resolución de una petición o la solicitud en un procedimiento abreviado en tiempo y forma), a la postre, vulneran también derecho del paciente a un trato digno y respetuoso.

7.- Especial atención merece el fallo 396 de fecha 5 de octubre de 2016 de la SCJ. Sin tener competencia en los procesos de amparo, su decisión en la

declaración de inconstitucionalidad, impacta de forma trascendente en ellos. No se puede eludir la fuerza expansiva que esta decisión tendrá, da cuenta de la posición garantista asumida por el máximo órgano de control judicial. Los TAC (a pesar que sus pronunciamientos en los casos en análisis no son revisados por la SCJ) se encontrarán más exigidos en sus argumentaciones en casos desestimatorios. Todo pronunciamiento judicial en su carácter argumentativo refuerza la dimensión perlocutiva, en cuanto modificación del statu quo. La SCJ opera como un “actor estratégico” en este escenario en tanto se trata de un actor con poder suficiente para impedir o perturbar el funcionamiento de las reglas o procedimientos de toma de decisiones y de soluciones de conflictos, aunque en este caso no esté directamente llamado a ello.

C.- Apreciaciones generales

1.- Con carácter general, del panorama jurisprudencial estudiado (julio 2012 a julio 2016), podemos afirmar que aún persisten disparidades que continúan afectando la efectiva protección, aún se mantienen algunas cautelas a la hora de controlar la actuación administrativa en estos casos. Tampoco se ha consolidado la legitimidad del control administrativo en todas sus manifestaciones, inclusive las asignaciones presupuestales por parte de los tribunales.

Sin embargo, se ha dado una clara tendencia (conforme a los datos expuestos en el apartado “El CASO: datos relevados) a hacer lugar a los

amparos y además cada vez con un grado mayor de profundidad en las motivaciones.

2.- Hemos valorado los esfuerzos argumentativos de los TAC “desde la Constitución”, desde una visión centrada en los DDHH y tomando como parte integrante del “corpus iuris” el bloque de los DDHH. Ahora bien, en general, no se presentan argumentos desde el derecho comparado o de soluciones jurisprudenciales de tribunales competentes en casos similares (ya sea de cortes nacionales o internacionales). Humildemente nos parece que si bien se ha arribado a soluciones protectoras, la mirada hacia decisiones similares es enriquecedora y podría explicitarse. Se advierte cierto desconocimiento de la importancia de la denominada “comunicabilidad de la jurisprudencia”(aspecto mencionado en los apartados “Tutela Jurisdiccional Efectiva y “El caso”) en términos de Zagrebelsky²⁴⁹, remitirse a soluciones de tribunales paritarios colabora a una argumentación más sólida, perfecciona la reflexión.

3.- El gran “aluvión” de procesos se registró en los años 2014 y 2015 y además también con un grado alto de insatisfacción en tanto se movilizó en gran medida la segunda instancia, como surge de los datos relevados. Ello provocó colocar la problemática en la agenda y dio cuenta de una profundización en la brecha (compliance gap en términos de OPS) entre los principios constitucionales, los consagrados en SNIS, por un lado, y la realidad dada por los comportamientos administrativos, el dictado de ordenanzas

²⁴⁹ Zagrebelsky (2006) pág 140

obstaculizadoras y falta de respuestas estructurales. La judicialización del derecho a la salud dejó al descubierto deficiencias en la prestación de los servicios que inciden en forma directa en la vulneración del derecho, desnudó oportunidades de mejora en el diseño y la implementación de políticas sanitarias, de las cuales las relacionadas con el acceso tienen especial trascendencia.

Los respectivos pronunciamientos judiciales operaron como una respuesta a estas demandas pero, evidentemente, caso a caso, que si bien, marcan opciones no resuelven, como tales, el problema estructural. Provocó directa o indirectamente respuestas fácticas y jurídicas de importancia. Desde el punto de vista administrativo el MSP en un breve período (en el curso de 2015- 2016) ha modificado los procedimientos en un intento por dar respuesta desde su postura y sus requerimientos, promoviendo el funcionamiento de la Comisión Técnica Asesora (cfme ordenanzas 882 y 692).

Por otro lado, la SCJ ha sorprendido, con una sentencia de inconstitucionalidad con impactos en la problemático, no esperados y con gran contundencia y el TCA también se ha pronunciado categóricamente sobre el derecho a la salud, en sentencia ya citada.

Es decir, desde todos los poderes estatales ha habido decisiones que afectan la coyuntura actual.

Ahora bien, también nos planteamos como pregunta metológica si era posible realizar alguna prognosis. No cabe dudas que la problemática de la provisión de MAC ha venido desenvolviéndose de forma vertiginosa y las soluciones aún están en construcción. Es difícil evaluar el impacto de estas actuaciones, sin embargo, resulta indiscutible que los datos del 2016 (hasta la fecha relevada) han descendido sensiblemente y se ubica en números similares al inicio del período estudiado. Las sentencias de este año 2016 dentro del período así como las relevadas y estudiadas fuera del período (4 sentencias de julio a setiembre) son dispares. Es inoportuno y aún apresurado evaluar los resultados posteriores al actuar administrativo de fines de 2015 y 2016, sin embargo, hemos detectado, aunque de carácter puntual, algún pronunciamiento que denuncia cierto retroceso.²⁵⁰

²⁵⁰ TAC/T5 8 agosto 2016 Ministros Simón, Gradin, Fiorentino: “A juicio de estos integrantes de la Sala, el deber del Estado según el art. 44 de la Constitución no se concreta en brindar directamente el medicamento solamente porque exista indicación de tratamiento con el mismo, o porque el suministro sea la única vía de tratamiento que queda, por ineficiente que sea en el caso. Si con esas razones bastara, ninguna necesidad existiría de todo el régimen constitucional y legal que diseña el sistema nacional de salud, ni del FTM ni de ningún procedimiento, porque con la indicación médica bastaría, idea cuya sola postulación pone de manifiesto su carácter inaceptable desde el punto de vista jurídico”

TAC/T3 15 setiembre 2016 Ministros Alonso, Operti, Macció, Fiorentino y Gradin (discordes): “La ilegitimidad manifiesta. La Sala integrada y por mayoría, entiende que no existe en el caso, ilegitimidad manifiesta de ninguno de los dos demandados, que amerite el amparo jurisdiccional, protegiendo derechos que no se han demostrado vulnerados. En primer lugar, se dirá que en diciembre de 2015, el Ministerio de Salud Pública dicta la Ordenanza 882/2015, que crea una Comisión Técnica Asesora, con la finalidad de asesorar al Sr. Ministro de Salud

Por otra parte, se ha denunciado el incumplimiento de, por lo menos, un fallo por parte del MSP, pero la problemática se extiende a un MAC en particular. El MSP se ha presentado a denunciar que no ha podido cumplir con el fallo por no haber MAC en el mercado ni entrega el laboratorio proveedor. Oficiado el mismo, este argumentó que no ha continuado importando el MAC por falta de pago por parte del MSP ²⁵¹ Los especialistas Ceretta y Cornú se han pronunciado categóricamente ante esta omisión estatal; alertan que el

Pública, la posibilidad de dar curso a la petición presentada respecto de medicamentos o procedimientos no incluidos en el FTM, mediante un procedimiento administrativo abreviado, que permita responder con celeridad la pertinencia de las reclamaciones. La Ordenanza reconoce, como no podía ser de otra manera, las urgencias que se involucran en el objeto de las peticiones un medicamento o un procedimiento de salud no incorporado al FTM o al PIAS. En el caso, si bien la Comisión Asesora del Ministro, que es quien decide, se pronunció a los tres meses de haberse presentado la solicitud (fs. 2 y 11), ello no fue objeto de agravio. El actor esperó el tiempo del pronunciamiento del acto, ergo, no podría a ser esa, la motivación de la revocatoria”

²⁵¹No provisión por parte del MPS del MAC Cetuximab: “Desde hace semanas existen problemas para cubrir el suministro del medicamento. La causa de estos problemas radicaría en que el Ministerio de Salud Pública ha dejado de pagar al laboratorio que importa el medicamento y este, según ha contestado en oficio en uno de los expedientes judiciales, ha dejado de importarlo, careciendo en este momento de stock” Nota de los Dres Juan Ceretta y Florencia Cornú en conforme información publicada en <https://accesoamedicamentosuruguay.org/2016/10/> (recuperado 7 diciembre 2016)

MSP dejó de actuar en el ámbito del derecho para actuar en el ámbito del poder, ha decidido sustituir el derecho por el poder.²⁵²

El Poder Judicial se ha pronunciado; ha hecho su trabajo, pero aún El CASO no está resuelto, pero el Estado deberá dar también otras respuestas; la inmediata: cumplir y hacer cumplir los fallos judiciales, garantía ineludible. Nos exigimos confiar en que se dará esa respuesta, de otro modo se erosionaría muy gravemente el sistema, el ECD.

La complejidad y dramatismo del CASO y de la situación actual exige soluciones más estructurales que deben consensuarse entre todos los sujetos implicados, donde el paciente y su dignidad humana deben ser el criterio inspirador de las mismas.

²⁵² “El MSP ha decidido sustituir la conducta dispuesta por el Poder judicial, utilizando herramientas ajenas al Proceso de Amparo y al derecho, ya que las herramientas que utilizó no surtieron efecto. Ha decidido sustituir el derecho por el poder. (...) Hoy, frente a la realidad de un Poder Judicial independiente que lo sigue condenando por la violación de derechos fundamentales de las personas, da un paso más audaz y grave: ya no intenta cambiar las decisiones de la justicia, ni intenta bloquear el acceso a los tribunales a los pacientes sino que usa una vía indirecta para desacatar el mandato judicial” Nota de los Dres Juan Ceretta y Florencia Cornú en conforme información publicada en <https://accesoamedicamentosuruguay.org/2016/10/> (recuperado 7 diciembre 2016)

XII. – Reflexión final

Siempre va a haber una tensión entre política y derecho, ello se acentúa en los casos críticos en los que están en juego derechos fundamentales. Si se trata de derechos como el caso que nos atañe, esta tensión se profundiza. Ello no puede actuar en desmedro del derecho en juego, sino que importa una exigencia y rigor de razonabilidad y fundabilidad mayor, pero nunca restricción en la protección.

Hemos llegado hasta aquí, en el recorrido por confirmar si el derecho a la salud (en su contenido esencial más acabado) se encuentra efectivamente protegido con mecanismos conformes a la tutela jurisdiccional efectiva en el Estado Constitucional y Social de Derecho uruguayo. Nos queda explicitar la respuesta (porque creemos que ya fue dada a lo largo de toda la investigación) a la pregunta más comprometida que nos hemos planteado en el presente:

¿El Juez opera finalmente como el garante último de la protección de los Derechos Humanos – en el panorama desde la acción de amparo y la problemática de los medicamentos de alto costo?

Hemos encontrado fallas en el sistema general, hemos detectado jurisprudencia en construcción y aún en perspectiva más legalista que constitucionalista en algunos casos, pero en una notoria minoría. Sin embargo,

parece claro que se están dando grandes pasos hacia la protección efectiva de los derechos, desde la función jurisdiccional.

Con la prudencia que caracteriza a la judicatura uruguaya, el juez asume su rol en la sociedad y en el sistema. En el desarrollo del pensamiento uruguayo, están dadas las condiciones para avanzar en la TJE, es más, se detectó una franca evolución en el amparo de los casos.

Y aventuramos un camino sin retorno, desde el paradigma de los DDHH, el juez está llamado a desempeñar ese rol ineludible pero fascinante de garante último de estos derechos. Se convierte en actor protagónico de la decisión final cuando es convocado a reparar la violación de un derecho.

Consideramos que en el presente estado de situación, crece el rol del juez como garante último. La dificultad (sin considerar razones) del legislador (en el dictado de leyes garantes y conforme la Constitución) y del ejecutivo (en implementar políticas y diseños conformes los principios rectores del sistema) exigió la intervención judicial. Institucionalmente aún no se cuenta con una estructura sólida que favorezca el cumplimiento de las obligaciones que imponen especialmente los derechos sociales, y es así que el juez debe recomponer el incumplimiento.

No debemos temer a este poder; este paradigma no amenaza la legitimidad democrática de los otros poderes, tampoco cercena la seguridad jurídica propia del derecho legislativo; sino que está llamado a recomponer

situaciones concretas, creando un puente entre el reclamo individual y el Derecho, recomponer la *res publicae* (en su dimensión más comprensiva).

Esta intervención judicial no debería pensarse en términos peligrosos sino que nos enfrentamos a coyunturas donde parece necesario concebir las relaciones entre los poderes, legislador, administrador y juez, en términos más complejos, deliberativos y flexibles.

Despojar al juez de esta actividad, no solo podrá ir en detrimento de los DDHH (desde su carácter contramayoritario) sino también despojar al Derecho en sí de su carácter argumentativo. Por tanto, corresponderá al juez esforzarse en su tarea argumentativa (motivación), que se vuelve central como eje del debido proceso sustantivo. Como tal no está ajena al control ciudadano, aunque de una forma diferente al derecho positivo y estará en su cabal cumplimiento superar ese control, legitimar su actuación y dar certezas.

En estos cauces, consideramos que corresponde aplaudir la actividad o activismo judicial y no temerle; no representará ni riesgo ni deterioro de la separación de poderes ni del sistema democrático.

*“Corresponde, pues, recuperar el viejo concepto de la *juris prudentia*, frente a la *scientia juris*. En tanto la primera consagra una racionalidad material, orientada a los valores y principios constitucionales; frente a la segunda que encuentra en la racionalidad formal normativista el único camino para la comprensión de la Constitución”.*²⁵³

²⁵³ Landa (2012) pág 128

Siglas/Abreviaturas

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CGP	Código General del Proceso
ComitéDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
ComisiónIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CU	Constitución Uruguay
DADyDH	Declaración Americana de Deberes y Derechos Humanos
DDHH	Derechos Humanos
DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECD	Estado Constitucional de Derecho
FNR	Fondo Nacional de recursos
FTM	Formulario Terapéutico de Medicamentos
IAMC	Institución de Asistencia Médica Colectiva
IELSUR	Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay
IUE	Identificación Unica de Expedientes
JLCA	Juzgado Letrado de lo Contencioso administrativo
LDA	Ley de Amparo
MAC	Medicamentos de Alto Costo
MSP	Ministerio de Salud Pública
OEA	Organización de Estados Americanos
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
OPS	Organización Panamericana de la Salud
ORDA	Oficina Reguladora de Asuntos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIDPC	Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles
SCJ	Suprema Corte de Justicia
TAC	Tribunal de Apelaciones en lo Civil

TAC/T1..	Tribunal de Apelaciones en lo Civil Turno 1ero (7 turnos)
TCA	Tribunal de lo Contencioso Administrativo
TJE	Tutela Jurisdiccional Efectiva

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y Courtis, Christian - *Los derechos sociales como derechos exigibles* - Ed Trotta - 2002

ALEGRE, Marcelo Y GARGARELLA, Roberto – *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario* – Ed.Abeledo Perrot- 2012

ATIENZA, Manuel – *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos* - Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho - No. 6 – 1997

ATIENZA, Manuel – *El Derecho como argumentación* – Ed Ariel – 2006

ATIENZA, Manuel – *Tras la Justicia* – Ed Ariel - 2008

AVILA SANTAMARIA, Ramiro - *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia* - Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – Ed. Konrad Adenauer Stiftung – 2009

BARBIERI, Laura - *La motivación de las sentencias judiciales* – Revista Uruguaya de Derecho Procesal – 3-4/2010 – FCU - 2011

BARDAZANO, Gianella – *Literalidad y decisión* – Ed Carlos Álvarez– 2008

BAZÁN, Víctor - *Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de los derechos humanos, al documento de Casal sobre “La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”*- Justicia Constitucional y derechos fundamentales - Ed Konrad Adenauer Stiftung - 2015

BIDART CAMPOS, Germán J. y otros – *El Amparo Constitucional* – Ed. Depalma – 1999

BIDART CAMPOS, Germán – *El orden socioeconómico en la Constitución* – Ed Ediar -1999

BLENGIO VALDEZ, Mariana – *Salud, Acceso a Medicamentos y Bioética* – Revista de Derecho Público – Año 24 – No. 48 2015

BONILLA HERNANDEZ, Pablo Andrés – *La inconstitucionalidad por omisión: Un proceso que clama por su institucionalización* – Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – Ed Konrad Adenauer Stiftung - Año XV – 2009

BREWER CARIAS, Allan - *El derecho de amparo, tutela o protección contra todos los actos estatales y el control de convencionalidad en América Latina, Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria* – Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria Estudios en homenaje a Jorge Caprizo – Tomo III - Instituto de Investigaciones jurídicas - UNAM - 2013 disponible en

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/5.pdf>

BURSTIN, Darío, DELGADO, Serrana, FRANCOLINO Leonardo, GÓMEZ LEIZA, José, RODRIGUEZ, Guzmán, SARLO, Oscar – *La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible?* – Ed UDELAR - FDER– 2010

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo - *Derechos Fundamentales y Proceso Justo* -Ed ARA - 2001

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo – Reflexiones sobre los principios generales del Derecho en la Constitución uruguaya – Estudios jurídicos en memoria a Alberto Ramón Real - FCU – 1996.

CAPPELLETTI, Mauro - *¿Jueces Legisladores?* – Ed. Comunistas– 2010

CARBONELL, Miguel - *Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo* - Revista de Derecho Público –Universidad de Chile - Volumen 74 – 2015

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio – El derecho a la salud en las Américas – Ed Fuenzalida Puelma y Scholle Connor - Organización Panamericana de la Salud – Publicación Científica – No 509 - 1989

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio - Derecho Constitucional y Administrativo Estudios publicados (compilados por Carlos Sacchi) - La Ley – 2010

CEA EGAÑA, José Luis – *Presente y futuro del Estado social de Derecho. Una visión latinoamericana* – Revista de Derecho UCUDAL – Tomo VII – Ed. Konrad Adenauer Stiftung – 2005

CIANCIARDO, Juan – *El Principio de razonabilidad* – Editorial Abaco–2009

COLOMBO CAMPBELL, Juan –*El debido proceso jurisdiccional* – Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - Ed Konrad Adenauer Stiftung – 2004

COUTURE, Eduardo J. – *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* – Ed Depalma - 2002

DIEZ PICAZO, Luis María – *Sistema de Derechos Fundamentales* – Ed CIVITAS - 2013

DIAZ REVORIO, Francisco – *Tribunal Constitucional y procesos Constitucionales en España: Algunas Reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional de 2007* – Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile – Año 7 – No. 2 – 2009 disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82011841004>

DURAN MARTINEZ, Augusto – *La Constitución de 1967* (obra colectiva coordinada por RISSO FERRAND, Martin) – Ed UCUDAL - 2015

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco – *El sistema constitucional Español – Los Principios Fundamentales* - Ed. Dickinson – 1992

FERRAJOLI, Luigi y otros – *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* – Fundación Coloquio Jurídico Europeo - 2008

FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinadores)– *El derecho de amparo en el mundo* - Ed. Porrúa S.A - 2006

FONDO NACIONAL DE RECURSOS POLITICA Y GESTION DE LA COBERTURA DE MEDICAMENTOS DE ALTO COSTO - *Relevamiento de la experiencia internacional y respuesta del Fondo Nacional de Recursos* - Publicación Técnica N° 13. – FNR – 2010 disponible en http://www.fnr.gub.uy/sites/default/files/FNR_publicacion_tecnica_13_0.pdf

FORMENTO, Augusto y DELPIAZZO, José Miguel – *Primer Reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efecto jurídico y perspectivas* - Revista de Derecho Universidad de Montevideo – 2010

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo - *Lecciones de derecho constitucional 1° T.I* - Ed INGRANUSI - 1995

GARAT, Ma. Paula – *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica*, - Ed. UCUDAL - 2015

GARAT, Ma. Paula - El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la CIDH - Revista de Derecho – UCU – No 11 - Julio 2015

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo – *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* – Cuadernos Civitas - Ed Thomson – 2006

GARGARELLA, Roberto - *No hay democracia sin protesta, las razones de la queja* – Entrevista realizada por Esteban Rodríguez disponible en [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/No_hay_derecho__sin_prote sta._Entrevista_a_Roberto_Gargarella.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/No_hay_derecho__sin_prote_sta._Entrevista_a_Roberto_Gargarella.pdf)

GARRAFA, Volnei- *La Bioética de intervención y el acceso al sistema sanitario y a los medicamentos* – Revista de la Sociedad Internacional de Bioética - N° 14 - 2005
disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3572840>

GIL DOMÌNGUEZ, Andrés – *Constitución, Emergencia y Amparo* – Ed AD.HOC – 2002

GORDILLO, Agustín y otros – *Derechos Humanos* – Ed Fundación de Derecho Administrativo de Buenos Aires – 1999

GOZAINI, Osvaldo – *Proceso y Constitución* – Ed Ediar – 2009

HABERLE, Peter - *La jurisdicción constitucional en la actual etapa del Estado Constitucional* - Pensamiento Constitucional - Año X - No 10 disponible en:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/7665/7911>

HENDERSON, Humberto – *Los tratados internacionales de los derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine* –Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Vol 39 *disponible* en
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R05729-3-pdf>

IMPO – *Compilación nacional sobre derecho de la salud* - TOMO I – 2014

GROS ESPIEL, Héctor – *Las declaraciones de la UNESCO en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional* - Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano - Ed. Konrad Adenauer Stiftung- 2006 disponible en
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-28.pdf>–

GROS ESPIELL, Héctor – *El Derecho Constitucional y la Historiografía uruguaya* – Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo – 2012

HARO, Ricardo – *Algunas reflexiones sobre el estado social y democrático de Derecho* - Revista de Derecho de la UCUDAL – Tomo VII – Ed. Konrad Adenauer Stiftung - 2005

HOOFT, Pedro Federico - Bioética y Jurisprudencia – Revista Acta Bioethica - Volumen VIII – No 2 - Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética - Universidad de Chile disponible en
<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art05.pdf>

HUNT, Paul y KHOSLA, Rajat – *El derecho humano a los medicamentos* – SUR Revista Internacional de Derechos Humanos – Vol 5 – No. 8 – 2008 disponible en
http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18293/El_derecho_humano_a_los_medicamentos.pdf

Instituto de Estudios legales y Sociales del Uruguay - *Estudio sobre armonización legislativa conforme a los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Uruguay* – PNUD – 2006 disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/23618.pdf>

LANDA, César – *Justicia Constitucional y Political Questions* – Revista Pensamiento Constitucional – No. 7- Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial Lima - 2012

LANDA, César - *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Fuerza Normativa de la Constitución* – Ed. Konrad Adenauer Stiftung – 2010

LANDA, César - “*El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*” - Revista Pensamiento Constitucional - N° 8 - Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial Lima - 2002 disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con_art12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

LANDA, César - *La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales* - Justicia Constitucional y Derechos fundamentales - Ed Konrad Adenauer Stiftung - 2010 - disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_23684-1522-4-30.pdf?110822232308

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3514/4.pdf>

LINARES, Juan Francisco - *Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina* - Editorial Astrea - 1970.

MAHLER, Halfdan – Prólogo a la Asamblea Mundial de la Salud - 1997 – disponible en http://www.fnr.gub.uy/sites/default/files/FNR_publicacion_teorica_13_0.pdf

MANILI, Pablo Luis – *El bloque de constitucionalidad, La recepción del derecho Internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional Argentino* - Ed. La Ley - 2003

MARABOTTO LUGAR, Jorge - *Un derecho humano esencial: el Acceso a la justicia* – Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – UNAM - 2003

MARÍN, Gustavo H y POLACH, María Andrea - *Medicamentos de alto costo: análisis y propuestas para los países del Mercosur* – Revista Panamericana de

Salud Pública 30(2) - 2011 disponible en

<http://www.scielosp.org/pdf/rpsp/v30n2/v30n2a09.pdf>

MARIÑO CHIARLONE, Juan M.- *Control de constitucionalidad de la ley*- Ed La Ley - 2016

MARSHALL BARBERÁN, Pablo - *El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución*- Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca - Año 8 - N° 1 - 2010

MOREIRA BENTANCOR, Carlos - *Estado de derecho, gobernabilidad y democracia en Uruguay: presente y escenarios futuros* - Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura - Vol. 36 - 2010

MORELLO, Augusto - *Constitución y Proceso* - Ed Abeledo Perrot - 1998

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto - *Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur* - Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional - No. 2 - 2004

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto - *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones* - Ed Librotecnia - 2010

OCHS OLAZABAL, Daniel - *La acción de amparo* - Ed FCU - 2013

OCHS OLAZABAL, Daniel - *Una encrucijada jurídica y bioética superada por un encomiable fallo de amparo sanitario* - Revista Estudios Jurídicos - No 6 - Ed UCUDAL - 2009

PRIETO SANCHIS, Luis - *Los derechos sociales y la igualdad sustancial* - Revista del Centro de Estudios Constitucionales - Universidad de Talca - No. 22 - 1995 disponible en

<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1658/3.pdf>

RISSO FERRAND, Martín - *¿Qué es la Constitución?* - Ed UCUDAL - 2010

RISSO FERRAND, Martín - *Financiamiento de medicamentos de alto costo (I)* - Cartas al director - Semanario Búsqueda - 13 octubre 2016

RISSO FERRAND, Martín - *Derecho Constitucional Tomo 1* - FCU - 2005

RISSO FERRAND, Martín - *Jurisprudencia constitucional uruguaya 2012-2013* - Justicia Constitucional y derechos fundamentales - No 5 - Ed Konrad Adenauer Stiftung - 2015

RISSO FERRAND, Martín - *Jurisprudencia constitucional uruguaya 2013-2014*
- Justicia Constitucional y derechos fundamentales - No 5 - Ed Konrad
Adenauer Stiftung - 2015

RISSO FERRAND, Martín - *Algunas Garantías Básicas de los Derechos
Humanos* – Ed. FCU– 2011

RISSO FERRAND, Martín - *Fuerza Normativa de la Constitución* – Justicia
Constitucional y Derechos Fundamentales - Ed. Konrad Adenauer Stiftung –
2011

RISSO FERRAND, Martín - *Interrelación entre el derecho constitucional y el
derecho internacional de los derechos humanos* - Anuario Iberoamericano de
Justicia Constitucional - No 16 - Madrid – 2012

RISSO FERRAND, Martín - *Hacia una nueva interpretación constitucional. La
realidad en Uruguay* - Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile
- Universidad de Talca - Año 12 - N° 1 – 2014

RISSO FERRAND, Martín - *Acceso a medicamentos* - Cartas al Director –
Semanao Búsqueda – Montevideo - 1 de octubre de 2015 –

RISSO FERRAND, Martín - *Financiamiento de medicamentos de alto costo (I)*
- Cartas al Director – Semanao Búsqueda – Montevideo - 13 de octubre de
2016 -

ROBERT, Alexy – *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso
racional como teoría de la fundamentación jurídica* –Ed Madrid - 1978

ROBERT, Alexy - *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* –
Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional - No 11 – 2009 -
(versión en español de original *Grundrechte, Abwägung und Rationalität* - Ars
Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics, Münster, Lit - núm. 7 - 2002

RODRIGUEZ GALUSSO, Alicia (coordinadora) – *Estudios de Derecho Público
en homenaje al Prof Horacio Cassinelli Muñoz* – Ed. UCUDAL – 2016

RODRIGUEZ GALUSSO, Alicia - *El alcance del derecho fundamental a vivir
una vida digna* - Revista Estudios Jurídicos - No 6 - Ed UCUDAL - 2009

RODRIGUEZ, Jorge- *El alcance del derecho fundamental a vivir una vida digna*
- Revista de Teoría y Filosofía del Derecho - No.6 -1997

SAGÜES, Néstor - *Reflexiones sobre la doctrina de las cuestiones políticas no
justiciables, a propósito de la “coalición” contra Irak* –Ed. Porrúa – 2005

SAETTONI, Mariela - – *La Constitución de 1967* (obra colectiva coordinada por RISSO FERRAND, Martín) – Ed UCUDAL - 2015

SARLO, Oscar - *Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología del derecho* - Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Juan Pablo Cajaraville Peluffo - Ed. FCU - 2011

SARLO, Oscar – *Derechos Fundamentales y proceso concursal: A propósito de dos fallos en el concordato preventivo del Banco de Galicia (2003)* –Anuario de Derecho Civil Uruguayo – Tomo 39 – FCU – 2009

SERRANO, Sandra - *Obligaciones del Estado frente a los Derechos Humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los Derechos Humanos en la Constitución* - Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana - Ed Konrad Adenauer Stiftung - 2013 disponible en

http://www.kas.de/wf/doc/kas_37055-1522-4-30.pdf?140325162302

STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coordinadores) - *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* – Ed. Konrad Adenauer Stiftung – 2014

SZAFIR, Dora, Cornú, Florencia, Labandera, Joaquín – *Vivir o morir. Una cuestión económica o jurídica* – Revista Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil – Año IV – Tomo IV – FCU – 2016

TICONA POSTIGO, Víctor – *El debido proceso y las líneas cardinales para un modelo procesal en el Estado Constitucional de Derecho* – Revista Oficial del Poder Judicial de Perú- Año 2007 disponible en

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5ef6ae0043eb7b8ca71ee74684c6236a/2.+Doctrina+Nacional+-+Magistrados+-+Víctor+Ticona+Postigo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5ef6ae0043eb7b8ca71ee74684c6236>

TOMAS Y VALIENTE, Francisco - *La resistencia constitucional y los valores* - Cuadernos de Filosofía - No. 15 - Ed DOXA - 1994

TOVAGLIARE, Fernando, VAN ROMPEY, Leslie, BARBIERI, Laura - *Aplicación Directa de Principios y Normas Constitucionales* – Ed La Ley – 2016

TRISTRAM ENGELHARDT, Hugo – *Los fundamentos de la bioética* – Ed Paidós - 1995

PNUD – *Informe sobre desarrollo humano* - 2008 – disponible en <http://undp.org.uy>

VALDEZ, Carlos Hugo –*El Estado social de derecho* - Revista de Derecho UCUDAL – Tomo VII – Ed. Konrad Adenauer Stiftung - 2005

VAN ROMPAEY, Leslie - *El derecho y la Justicia* - disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Van-Rompaey-El-Derecho-y-la-Justicia.pdf>

VAN ROMPAEY, Leslie - *Salud global y derechos humanos: propiedad intelectual, Derecho a la salud y acceso a los medicamentos* - Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano – Ed. Konrad Adenauer Stiftung – 2009

VAN ROMPAEY, Leslie. *El rol del juez en la sociedad moderna* – Revista de Derecho Público – No. 34 – FCU – 2008

VIERA, Luis Alberto – *Ley de amparo* –Ed. IDEA - 1993

ZAGREBELSKY, Gustavo– *El Derecho dúctil*– Ed. Trotta – 2009

ZAGREBELSKY, Gustavo - *La exigencia de justicia* – Ed. Trotta -2006

ZAGREBELSKY, Gustavo– *Jueces Constitucionales* – Boletín Mexicano de Derecho comparado – año XXXIX – No 117 – 2006

ZAGREBELSKY, Gustavo – *Principios y votos. El tribunal Constitucional y la política*- Ed. Trotta - 2008

ANEXO
Cuadro de Sentencias estudiadas

A continuación surgen los cuadros que representan las sentencias analizadas a efectos de sistematizar los argumentos más salientes de los pronunciamientos:

- 1.- Se despliegan por cada año del período seleccionado
- 2.- Las filas representan de izquierda a derecha:

Fila 1: Fecha de presentación del amparo

Fila 2: TAC

Fila 3: Medicamento

Fila 4: IUE

Fila 5: JLCA

Fila 6: TAC

FECHA	TRIBUNAL	MEDICAMENTO	IUE	JLCA	TAC
26/10/2012	TAC 2	CETUXIMAB	2-040192	V	V
06/12/2012	TAC 2	SORAFENIB	2-010153	V	V
01/08/2012	TAC 2	CETUXIMAB	2-019462	V	V

07/03/2012	TAC 4	SORAFENIB	2-117688	V	V
14/11/2012	TAC5	ETANERCEPTENBREL	2-042086	V	X
24/08/2012	TAC 6	CETUXIMAB	2-024942	V	V
17/12/2012	TAC 6	PAZOPANIB	2-059514	V	V
07/08/2012	TAC 7	SORAFENIB	2-027277	V	V
28/09/2012	TAC 7	CETUXIMAB	2-035373	V	V
05/09/2012	TAC 7	INTERFERON	2-024982	V	V
20/09/2012	TAC 6	ENDOPROTESIS	2-060496	X	V
24/10/2012	TAC 6	ENDOPROTESIS	2-040986	V	V
01/08/2012	TAC 5	ENDOPROTESIS	2-027760	V	V
13/11/2012	TAC 3	ENDOPROTESIS	2-044676	V	X

FECHA	TRIBUNAL	MEDICAMENTO	IUE	JLCA	TAC
23/10/2013	TAC 1	CETUXIMAB	2-265710	V	V
20/08/2013	TAC 1	CETUXIMAB	2-025188	V	V
21/08/2013	TAC 1	ACETATO DE ABIRATERONA	2-034988	X	X
15/05/2013	TAC 2	INTERFERON	2-003495	X	X
01/03/2013	TAC 2	SORAFENIB	2-057491	V	V
17/06/2012	TAC 2	RITUXIMAB	2-060288	V	V
15/10/2013	TAC 3	BEVACIZUMAB (AVASTIN)	2-034810	V	V
10/07/2013	TAC 3	MIGLUSTAT	2-023831	V	X
28/04/2013	TAC 3	VEMURAFENIB	2-053988	V	V
22/05/2013	TAC 4	CETUXIMAB	2-010977	V	V
20/03/2013	TAC 4	CETUXIMAB	2-000585	V	V
26/12/2013	TAC 4	CETUXIMAB	2-062897	V	V
30/07/2013	TAC 5	CETUXIMAB	2-031266	V	V
26/06/2013	TAC 5	CRIZOTINIB	2-011967	V	X
01/11/2013	TAC 5	BEVACIZUMAB	2-051081	V	V

27/02/2013	TAC 6	PAZOPANIB	2-059514	V	V
09/10/2013	TAC 6	LENALIDOMIDA	2-038566	X	V
17/09/2013	TAC 6	BEVACIZUMAB	2-032089	V	X
20/02/2013	TAC 7	CETUXIMAB	2-000003	V	V
03/09/2013	TAC 7	TEMOZOLAMIDA	2-033037	V	V
28/10/2013	TAC 7	ADALILUMAB	2-036144	V	V

FECHA	TRIBUNAL	MEDICAMENTO	IUE	JLCA	TAC
16/06/2014	TAC 1	CETUXIMAB	2-018435	V	V
20/10/2014	TAC 1	ADALIMUMAB	2-040690	V	V
10/11/2014	TAC 1	FINGOLIMOD	2-045921	V	V
28/02/2014	TAC 2	RITUXIMAB	2-060288	V	V
09/04/2014	TAC 2	SORAFENIB	2-005563	V	V
23/07/2014	TAC 2	SORAFENIB	2-024461	V	V
21/05/2014	TAC 3	ACETATO DE ABIRATERONA	2-012595	V	V
18/08/2014	TAC 3	FINGOLIMOD	2-021922	V	V
04/12/2014	TAC 3	SORAFENIB	2-048248	V	V
05/11/2014	TAC 4	SORAFENIB	2-043392	V	V
31/07/2014	TAC 4	VEMURAFENIB	2-016923	V	V
13/08/2014	TAC 4	RUXOLITINIB	2-027338	V	V
26/11/2014	TAC 5	PERFENIDONA	2-046682	V	V
05/12/2014	TAC 5	PERTUZUMAB	2-052565	V	X
05/08/2014	TAC 5	REGORAFENIB	2-027340	V	X
12/05/2014	TAC 6	CETUXIMAB	2-005701	V	V
11/08/2014	TAC 6	ACETATO DE ABIRATERONA	2-023027	V	V

23/07/2014	TAC 6	ADALIMUMAB	2-025175	V	V
28/05/2014	TAC 7	CETUXIMAB	2-014221	V	V
23/01/2014	TAC 7	TEMOZOLAMIDA	2-051196	V	V
15/05/2014	TAC 7	TEMOZOLAMIDA	2-006620	V	V

FECHA	TRIBUNAL	MEDICAMENTO	IUE	JLCA	TAC
07/08/2015	TAC 1	CRIZOTINIB	2-027761	V	V
17/07/2015	TAC 1	PERFENIDONA	2-016621	V	V
22/04/2015	TAC 1	VEMURAFENIB	2-007116	V	V
12/08/2015	TAC 2	ACETATO DE ABIRATERONA	2-027750	V	V
07/08/2015	TAC 2	IBRUTINIB	2-022564	V	V
24/02/2015	TAC 2	T-DM1	2-054540	V	V
18/03/2015	TAC 3	PEMETREXED	2-001061	X	V
09/09/2015	TAC 3	CETUXIMAB	2-030733	V	V
08/07/2015	TAC 3	PERTUZUMAB	2-025808	V	V
04/05/2015	TAC 4	REGORAFENIB	2-016866	V	V
20/07/2015	TAC 4	ACETATO DE ABIRATERONA	2-016272	V	V
24/06/2015	TAC 4	CETUXIMAB	2-016620	V	V
26/05/2015	TAC 5	RUXOLITINIB	2-013862	V	X
20/07/2015	TAC 5	PERTUZUMAB	2-019475	V	X
14/04/2015	TAC 5	SORAFENIB	2-000937	V	V
18/06/2015	TAC 6	REGORAFENIB	2-018991	V	X
05/10/2015	TAC 6	T-DM1	2-033358	V	X

19/11/2015	TAC 6	RUXOLITINIB	2-047979	X	X
27/07/2015	TAC 7	BENDAMUSTINA	2-025271	V	V
08/06/2015	TAC 7	FINGOLIMOD	2-013164	V	X
20/07/2015	TAC 7	CABAZITAXEL	2-021639	V	V

FECHA	TRIBUNAL	MEDICAMENTO	IUE	JLCA	TAC
29/06/2016	TAC 7	BORTEZOMIB	2-026891	v	v
06/07/2016	TAC 2	EVEROLIMUS	2-018030	x	v
11/08/2016	TAC 2	EVEROLIMUS	2-025881	v	v
15/09/2016	TAC 3	EVEROLIMUS	2-030157	v	x
14/09/2016	TAC 4	INTERFERON	2-029957	x	x
08/08/2016	TAC 5	REGORAFENIB	2-026980	x	x

Cuadro de Sentencias relevadas (ORDA)

A continuación surgen los cuadros que representan los asuntos relevados:

1.- Se despliegan por cada año del período relevado.

2.- Las filas representan, de izquierda a derecha:

Fila 1: asunto identificado por IUE de acuerdo a la información brindada por la ORDA.

Fila 2 y 3:

El tilde indica que el amparo fue acogido

La cruz indica que el amparo fue desestimado

El punto indica que no hubo pronunciamiento, se archivo sin dictado de sentencia definitiva o no hubo segunda instancia.

Fila 4: Indica el asunto o aclaración pertinente, conforme las siguientes observaciones y referencias:

OBSERVACIONES:

En los asuntos que refieren a MAC; se relevó el nombre del mismo. Se contabilizan como AmpMAC.

En los asuntos que refieren a prestaciones, se relevó la prestación (endoprótesis, prótesis mamaria, stent, etc). Se contabilizan como AmpPREST.

REFERENCIAS:

ACLARACION: Estos asuntos surgieron de la información de la ORDA pero no fueron detectados en los sistemas relevados o no surge la información relevante. Se contabilizan como AmpSINF

ARCHIVO: Este asunto se tramitó hasta la audiencia única en que la parte actora no se presentó y se archivó. De la información relevada no surge el asunto. Sólo se contabilizó como AmpSINF

ARCHIVO – FALLECIMIENTO: Estos asuntos se iniciaron pero no se dictó sentencia en tanto el actor falleció antes. Se contabilizan como AmpMAC, en virtud del asunto; sin sentencia.

CARNE DE SALUD: Este asunto refiere a una negativa a realizarse un estudio médico y no se le otorgó el carné de salud. Se contabiliza como AmpOTROS

FARMACIA: Estos asuntos son reclamaciones de farmacias contra resoluciones u ordenanzas del MSP. Se contabilizan como AmpOTROS.

HABILITACION COMERCIAL: Este asunto refiere a la negativa del MSP de habilitar un establecimiento comercial. Se contabiliza como AmpOTROS

INCOMP (JLCA) Este asunto refiere a una reclamación contra el FNR exclusivamente, y el JLCA donde se inició el proceso, se declaró incompetente. De la información relevada no surge el asunto. Sólo se contabilizó como AmpSINF

INCOMP (PAYSANDU) Este asunto se presentó en Montevideo pero como los hechos ocurrieron en Paysandú, la sede de Montevideo se declaró incompetente y se remitió a Paysandú. De la información relevada no surge el asunto. Sólo se contabilizó como AmpSINF

LABORAL: Estos asuntos son reclamaciones de funcionarios que promueven amparo laboral. Se contabilizan como amparos presentados y AmpOTROS

LICITACION: Este asunto refiere a una reclamación de una empresa por una licitación. Se contabiliza como “amparo presentado” y AmpOTROS

2012	IUE	JLC	TAC	MEDICAMENTO
	0002-027760/2012	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
	0002-031860/2012	✓	✗	ENDOPROTESIS

			AORTICA
0002-035373/2012	✓	✓	CETUXIMAB
0002-035878/2012	.	.	INCOMP. (PAYSANDU)
0002-040036/2012	✓	X	PROTESIS MAMARIA
0002-040192/2012	✓	✓	CETUXIMAB
0002-042086/2012	✓	X	ETANERCEPT ENBREL
0002-044676/2012	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-048455/2012	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-049143/2012	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-049463/2012	✓	.	CETUXIMAB
0002-051945/2012	X	X	CARNE DE SALUD
0002-052980/2012	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-053670/2012	✓	.	CETUXIMAB
0002-057491/2012	✓	✓	SORAFENIB
0002-058195/2012	✓	✓	CETUXIMAB
0002-059514/2012	✓	✓	PAZOPANIB
0002-060826/2012	✓	✓	CETUXIMAB
0002-061055/2012	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA

IUE	JLC	TAC	MEDICAMENTO
0002-000032/2013	✓	X	CETUXIMAB
0002-003390/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-003490/2013	✓	.	LABORAL
0002-003495/2013	✓	✓	INTERFERON
0002-004856/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-006712/2013	✓	✓	SORAFENIB
0002-007607/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-008798/2013	X	.	PONATINIB
0002-010248/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-011214/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-012904/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-018031/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-019478/2013	X	.	ELTROMBOPAG ARCHIVO - FALLECIMIENTO
0002-020206/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-021126/2013	.	.	ARCHIVO
0002-021147/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-022431/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-023218/2013	✓	.	CETUXIMAB
0002-023838/2013	✓	X	CETUXIMAB
0002-024375/2013	X	.	LABORAL
0002-026213/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA

0002-027331/2013	✓	X	SORAFENIB
0002-027910/2013	✓	X	SORAFENIB
0002-028672/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-029246/2013	✓	✓	PAZOPANIB
0002-030771/2013	✓	✓	RITUXIMAB
0002-031060/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-031136/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-031947/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-032089/2013	✓	X	BEVACIZUMAB
0002-032293/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-032366/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-032370/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-033018/2013	✓	X	EVEROLIMUS
0002-033037/2013	✓	✓	TEMOZOLAMIDA
0002-033039/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-033256/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-033895/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-034339/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-034810/2013	✓	✓	BEVACIZUMAB
0002-034988/2013	X	X	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-035461/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-035478/2013	✓	✓	SORAFENIB
0002-035679/2013	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA

0002-035702/2013	X	X	CETUXIMAB
0002-036276/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-036628/2013	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-037146/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-037149/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-037702/2013	X	X	STENT FORRADO
0002-037911/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-037915/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-038566/2013	X	✓	LENALIDOMIDA
0002-038701/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-040262/2013	X	✓	EVEROLIMUS
0002-040918/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-040919/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-041535/2013	X	.	CRIZOTINIB
0002-042238/2013	✓	✓	CARDIO DESFIBRILADOR
0002-043153/2013	✓	.	RITUXIMAB
0002-044010/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-045073/2013	X	.	MEDICINA REGENERATIVA
0002-046157/2013	✓	✓	INFLIXIMAB
0002-047030/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-047192/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-047207/2013	✓	✓	FINGOLIMOD

0002-048417/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-050712/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-051081/2013	✓	X	BEVACIZUMAB
0002-053988/2013	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-055072/2013	X	✓	VEMURAFENIB
0002-056361/2013	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-056804/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-056889/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-057793/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-058466/2013	✓	.	VEMURAFENIB
0002-059901/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-059903/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-060288/2013	✓	✓	RITUXIMAB
0002-060377/2013	✓		AGIOGRAFIA DIGITAL
0002-060822/2013	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-061286/2013	X	X	FARMACIA
0002-061311/2013	X	X	FARMACIA
0002-062791/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-062897/2013	✓	✓	CETUXIMAB
0002-062901/2013	✓	✓	SORAFENIB

0002-000003/2014	✓	✓	CETUXIMAB
0002-000011/2014	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-000012/2014	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-000014/2014	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-000015/2014	✗	✗	TRASTAZUMAB
0002-002011/2014			ACLARACION
0002-003336/2014	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-004156/2014	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-004161/2014	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-004587/2014	✓	✓	SORAFENIB
0002-005521/2014	✓	✗	TEMOZOLAMIDA
0002-005701/2014	✓	✓	CETUXIMAB
0002-006209/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-007114/2014	✗	.	TOCILIZUMAB

0002-007120/2014	.	.	CETUXIMAB ARCHIVO - FALLECIMIENTO
0002-008951/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-009469/2014	✓	✓	CETUXIMAB
0002-010221/2014	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-011344/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-012595/2014	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-013430/2014	X	X	REASIGNACION DE SEXO
0002-013743/2014	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-014221/2014	✓	✓	CETUXIMAB
0002-015543/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-016366/2014	✓	✓	CETUXIMAB
0002-016468/2014	.	.	ACLARACION
0002-016923/2014	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-017821/2014	✓	X	ESTIMULADOR CEREBRAL
0002-018009/2014	✓	✓	CETUXIMAB
0002-018435/2014	✓	✓	CETUXIMAB
0002-019385/2014	✓	✓	BEVACIZUMAB
0002-020761/2014	✓	.	CETUXIMAB
0002-021922/2014	✓	✓	FINGOLIMOD
0002-023424/2014	X	✓	FINGOLIMOD
0002-024461/2014	✓	✓	SORAFENIB
0002-024783/2014	✓	✓	BEVACIZUMAB
0002-024911/2014	✓	✓	TEMOZOLAMIDA
0002-025631/2014	✓	.	CETUXIMAB
0002-026848/2014	✓	.	CETUXIMAB
0002-027334/2014	✓	✓	EVEROLIMUS
0002-027332/2014	✓	✓	REGORAFENIB
0002-027337/2014	✓	✓	BEVACIZUMAB
0002-027339/2014	✓	✓	RITUXIMAB
0002-027344/2014	X	✓	FORTEO
0002-027338/2014	✓	✓	RUXOLITINIB

0002-027343/2014	✓	.	REGORAFENIB
0002-030532/2014	✓	✓	BORTEZOMIB
0002-032615/2014	✓	.	CETUXIMAB
0002-033203/2014	✓	.	CETUXIMAB
0002-033760/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-034285/2014	✓	✓	TRASTAZUMAB
0002-039332/2014	✗	✗	AZATIOPRINA (IMURAN)
0002-039507/2014	✓	✗	ANGIOGRAFIA DIGITAL
0002-039690/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-039693/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-040021/2014	✗	.	HABILITACION COMERCIAL
0002-040519/2014	✓	✗	REGORAFENIB
0002-040690/2014	✓	✓	ADALIMUMAB
0002-041477/2014	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-043288/2014	✓	✓	DISPOSITIVO ESTIMULADOR CEREBRAL
0002-043330/2014	✓	.	CIRUJIA EMBOLIZACION ENDOVASCULAR
0002-043392/2014	✓	✓	SORAFENIB
0002-043420/2014	✓	✓	TRASTAZUMAB
0002-043419/2014	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-044723/2014	✓	✓	CETUXIMAB
0002-045921/2014	✓	✓	FINGOLIMOD
0002-046376/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-046672/2014	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-046682/2014	✓	✓	PERFENIDONA
0002-046932/2014	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-047215/2014	✓	✓	TRASTAZUMAB
0002-048248/2014	✓	✓	SORAFENIB
0002-048256/2014	✓	.	ENDOPROTESIS TORACICA
0002-049289/2014	✓	✓	SORAFENIB
0002-049505/2014	✓	✓	IMP. CARDODESFIBRILADOR
0002-049599/2014	.	.	LABORAL

0002-049800/2014	✓	.	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-052857/2014	✓	.	REGORAFENIB
0002-052869/2014	✓	✓	CARDIODESFIBRILADOR
0002-052952/2014	✓	.	STENT FORRADO
0002-053723/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-054123/2014	✓	✓	LENALIDOMIDA
0002-054489/2014	.	.	EVEROLIMUS
0002-054613/2014	.	.	ACLARACION
0002-054966/2014	✓	.	CETUXIMAB
0002-055094/2014	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-055179/2014	✓	✓	INFLIXIMAB
0002-055652/2014	X	X	RITUXIMAB
0002-056673/2014	✓	✓	TOCILIZUMAB
0002-056853/2014	✓	.	CARDIODESFIBRILADOR
0002-056898/2014	✓	.	CETUXIMAB
0002-057186/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-057238/2014	✓	.	CETUXIMAB
0002-057985/2014	.	.	LOMIVUDINA
0002-058195/2014	X	X	BACLOFENO INTRATECAL
0002-058167/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-058172/2014	✓	.	CARDIODESFIBRILADOR
0002-058190/2014	X	X	ESTIMULADOR CEREBRAL
0002-058378/2014	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-058390/2014	✓	✓	TRASTAZUMAB
0002-058396/2014	✓	X	BEVACIZUMAB Y TEMOZOLAMIDA

IUE	JLC	TAC	MEDICAMENTO
0002-000003/2015	✓	✓	PERFENIDONA
0002-000008/2015	✓	.	CETUXIMAB
0002-000009/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-000010/2015	X	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-000011/2015	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-000937/2015	✓	✓	SORAFENIB
0002-001061/2015	X	✓	PEMETREXED
0002-001379/2015	✓	.	CETUXIMAB
0002-001832/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-001829/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-002079/2015	✓	✓	SORAFENIB
0002-003242/2015	✓	✓	BEVACIZUMAB
0002-003452/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-003533/2015	✓	✓	CARDIODESFIBRILADOR
0002-003536/2015	✓	✓	IMPLANTE COCLEAR
0002-005440/2015	✓	✓	LABORAL
0002-005863/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-005865/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-006566/2015	.	.	REGORAFENIB ARCHIVO - FALLECIMIENTO
0002-007116/2015	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-008303/2015	✓	✓	CARDIODESFIBRILADOR
0002-008828/2015	✓	.	CETUXIMAB
0002-009357/2015	✓	.	CETUXIMAB
0002-009748/2015	✓	✓	CETUXIMAB
0002-010009/2015	✓	.	CETUXIMAB

0002-010150/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-010414/2015	✓	X	BEVACIZUMAB
0002-010417/2015	✓	✓	LENALODAMIDA
0002-012109/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-012422/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-012499/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-013164/2015	✓	X	FINGOLIMOD
0002-013231/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-013862/2015	✓	X	RUXOLITINIB
0002-014560/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-014976/2015	✓	✓	REGORAFENIB
0002-015142/2015	✓	✓	IMPLANTE COCLEAR
0002-015632/2015	✓	✓	LENALODAMIDA
0002-015650/2015	X	✓	TRAT. EMBOLIZADOR MALFORMACIONES
0002-016026/2015	✓	✓	EVEROLIMUS
0002-016272/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-016304/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-016621/2015	✓	✓	PIREFENIDONA
0002-016620/2015	✓	✓	CETUXIMAB
0002-016866/2015	✓	✓	REGORAFENIB
0002-016958/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-017181/2015	✓	.	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-017183/2015	.	.	ACLARACION
0002-017739/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-017768/2015	✓	✓	IMPLANTE COCLEAR
0002-017770/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-017967/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-018991/2015	✓	✓	REGORAFENIB
0002-018999/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-019001/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-019199/2015	✓	.	CARDIODESFIBRILADOR

0002-019234/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-019475/2015	✓	✗	PERTUZUMAB
0002-020076/2015	✓	✓	CETUXIMAB
0002-020475/2015	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-020559/2015	✓	.	VEMURAFENIB
0002-020931/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-021480/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-021639/2015	✓	✓	CABAZITAXEL
0002-022259/2015	✓	✗	CETUXIMAB
0002-022564/2015	✓	✓	IBRUTINIB
0002-022668/2015	✓	✓	IMPLANTE COCLEAR
0002-023155/2015	ACLARACION
0002-023548/2015	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-024550/2015	✗	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-025271/2015	✓	✓	BENDAMUSTINA
0002-025614/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-025808/2015	✓	✓	PERTUZUMAB
0002-026365/2015	✓	✓	RUXOLITINIB
0002-026995/2015	✓	✓	VEMURAFENIB
0002-027007/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-027146/2015	✓	.	LENALODAMIDA
0002-027534/2015	✓	✓	TOCILIZUMAB
0002-027750/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-027754/2015	✓	.	VEMURAFENIB
0002-027758/2015	✓	✓	STENT
0002-027760/2015	✓	✗	SORAFENIB
0002-027761/2015	✓	✓	CRIZOTINIB
0002-027898/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-027906/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-027912/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-027963/2015	✓	.	VEMURAFENIB
0002-029227/2015	✓	✓	FINGOLIMOD

0002-029357/2015	✓	.	ENDOPROTESIS BIFURCADA
0002-029536/2015	✓	✓	LENALODAMIDA
0002-030733/2015	✓	✓	CETUXIMAB
0002-031017/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-031548/2015	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-031617/2015	✓	✓	PERTUZUMAB
0002-032255/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-032629/2015	✓	✓	PERTUZUMAB
0002-032828/2015	✓	✓	ERLOTINIB
0002-033347/2015	✓	✓	TRASTAZUMAB
0002-033358/2015	✓	X	TRASTAZUMAB T-DM1
0002-033769/2015	✓	✓	TRASTAZUMAB
0002-033903/2015	.	.	CRIZOTINIB
0002-034060/2015	INCOMP (JLCA)
0002-034061/2015	✓	.	STENT (ANGIOPLASTIA)
0002-034503/2015	✓	.	ENDOPROTESIS
0002-034509/2015	.	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-035401/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-035992/2015	✓	X	CETUXIMAB
0002-036430/2015	✓	.	VEMURAFENIB
0002-037598/2015	✓	✓	CETUXIMAB
0002-038553/2015	✓	.	TRASTAZUMAB
0002-038790/2015	✓	.	PERFENIDONA
0002-038843/2015	ACLARACION
0002-039123/2015	X	X	PERFENIDONA
0002-039634/2015	✓	✓	TRASTAZUMAB
0002-041196/2015	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-041396/2015	✓	✓	PERTUZUMAB
0002-041885/2015	✓	✓	REGORAFENIB
0002-041948/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-042883/2015	✓	.	VEMURAFENIB
0002-043679/2015	✓	.	ENDOPROTESIS

0002-043802/2015	✓	✓	SORAFENIB
0002-044107/2015	✓	✓	ENDOPROTESIS TORACICA
0002-044110/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-044433/2015	✓	.	REGORAFENIB
0002-044437/2015	✓	✓	PERFENIDONA
0002-044783/2015	✓	✓	EVEROLIMUS
0002-045629/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-046037/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-046468/2015	✓	.	CARDIODESFIBRILADOR
0002-046585/2015	ACLARACION
0002-046611/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-046765/2015	✓	✓	FINGOLIMOD
0002-047536/2015	.	.	FUNCIONARIA HOSPITAL
0002-047541/2015	✓	.	CETUXIMAB
0002-047856/2015	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-047880/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-047979/2015	X	X	RUXOLITINIB
0002-048681/2015	✓	✓	PERTUZUMAB
0002-048827/2015	X	.	RANIBIZUMAB
0002-049138/2015	X	.	CINACALCET
0002-049180/2015	✓	✓	PIREFENIDONA
0002-049299/2015	X	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-049641/2015	✓	X	ENZALUTAMIDA
0002-050625/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-051656/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-051835/2015	✓	✓	CLACITIDINA
0002-051854/2015	.	.	LABORAL
0002-052735/2015	✓	✓	ABLOCION POR RADIFRECUENCIA
0002-052996/2015	✓	✓	PERTUZUMAB
0002-053347/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-053346/2015	✓	✓	PERTUZUMAB
0002-053358/2015	✓	X	IBRUTINIB

0002-053836/2015	X	.	IMPLANTE VALVULA AORTICA
0002-053839/2015	✓	✓	PERTUZUMAB
0002-053841/2015	✓	.	PERTUZUMAB
0002-053842/2015	✓	X	FAMPYRINA
0002-053866/2015	.	.	FINGOLIMOD
0002-053874/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-054028/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-054122/2015	.	.	FINGOLIMOD
0002-054126/2015	.	.	INTERFERON
0002-054540/2015	✓	✓	TRASTAZUMAB
0002-054793/2015	✓	✓	FINGOLIMOD
0002-055567/2015	✓	✓	ACETATO DE ABIRATERONA
0002-055573/2015	✓	✓	FINGOLIMOD
0002-055810/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-056363/2015	✓	.	CETUXIMAB
0002-056506/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-057347/2015	.	.	LICITACION
0002-057518/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-057759/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-058748/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-058830/2015	✓	.	VIEKIRA PACK
0002-059709/2015	.	.	ACLARACION
0002-059740/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-059879/2015	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA

IUE	JLC	TAC	MEDICAMENTO
0002-000002/2016	.	.	MEDICAMENTO
0002-000013/2016	✓	.	RITUXIMAB
0002-000022/2016	✓	.	VIEKIRA PAK

0002-000023/2016	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-001830/2016	X	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-003128/2016	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-006185/2016	✓	.	ENDOPROTESIS AORTOBILIACA
0002-006793/2016	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-008809/2016	ACLARACION
0002-009524/2016	✓	.	ENDOPROTESIS ABDOMINAL
0002-009528/2016	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-009864/2016	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-010758/2016	✓	.	ENDOPROTESIS ABDOMINAL
0002-011033/2016	✓	.	ENDOPROTESIS BIFURCADA
0002-011516/2016	X	✓	TRATAMIENTO ENDOVASCULAR
0002-012081/2016	✓	.	ENDOPROTESIS ABDOMINAL
0002-013706/2016	X	.	LABORAL
0002-013941/2016	X	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-016552/2016	X	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-017498/2016	✓	✓	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-018030/2016	X	✓	EVEROLIMUS
0002-022742/2016	✓	.	ENDOPROTESIS ABDOMINAL
0002-022909/2016	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-025881/2016	✓	✓	EVEROLIMUS
0002-026053/2016	✓	.	ENDOPROTESIS ABDOMINAL
0002-026891/2016	✓	✓	BORTEZOMIB
0002-026980/2016	X	X	REGORAFENIB
0002-027257/2016	✓	.	ENDOPROTESIS ENDOVASCULAR
0002-027481/2016	✓	.	STENT
0002-029702/2016	✓	.	ENDOPROTESIS AORTICA
0002-029957/2016	X	X	INTERFERON
0002-030157/2016	✓	X	EVEROLIMUS
0002-030870/2016	✓	.	ENDOPROTESIS ABDOMINAL

0002-030872/2016

✓

.

ENDOPROTESIS ABDOMINAL

Otras sentencias relevadas

- 1.- Sentencia TCA No 396 de fecha 19 julio 2016
- 2.- Sentencia SCJ No 396 de fecha 5 octubre 2016
- 3.- Sentencia TAC No 155 de fecha 23 noviembre 2016