Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Montevideo, tres de junio de dos mil veintiuno

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: **"AA C/ MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y OTRO – AMPARO – EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - ARTS. 7 INC. 2 Y 10 DE LA LEY Nº 18.335, ART. 51 LIT. B Y ART. 45 INC. FINAL DE LA LEY Nº 18.211", IUE: 2-45019/2020.**

***RESULTANDO*:**

I) En autos, tramita un proceso de amparo por medicamentos promovido por la Sra. AA.

II) Por sentencia definitiva de primera instancia Nº 72/2020, de fecha 13 de octubre de 2020, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 15º Turno, Dra. María Magela Otero Zabaleta, falló: *"ACOGIENDO LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DEL CODEMANDADO FONDO NACIONAL DE RECURSOS Y EN SU MÉRITO AMPARANDO PARCIALMENTE LA ACCIÓN DE AMPARO CONDENANDO AL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA A PROPORCIONAR EL MEDICAMENTO RIBOCICLIB A LA SRA. AA POR EL PLAZO Y EN LAS DOSIS QUE SU MÉDICO TRATANTE ASÍ LO INDIQUE, EN UN PLAZO DE 24 HORAS, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE, PREVIOS DESGLOSES Y ENTREGAS SI ASÍ SOLICITAREN. SIN ESPECIAL CONDENACIÓN"* (fs. 381).

III) A fs. 386/391 el representante del M.S.P. interpuso el recurso de apelación contra la decisión de primer grado y, a su turno, la parte actora adoptó idéntica actitud, agraviándose en los términos de su escrito de fs. 392/398.

IV) En oportunidad de evacuar el traslado del recurso de apelación interpuesto por el M.S.P, la representante de la accionante interpuso la excepción de inconstitucionalidad contra los artículos 7 inc. 2 y 10 de la Ley Nº 18.335 y del artículo 51 literal B y el inciso final del artículo 45 de la Ley Nº 18.211 (fs. 403/412 vto.). En lo medular, sostuvo que mediante las disposiciones cuya inconstitucionalidad se invoca se vulnera lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 44 de la Constitución de la República. En tal sentido, con relación al inciso segundo del artículo 7 de la ley 18.335, postuló que los derechos de raigambre constitucional de los pacientes del sistema de salud se ven limitados en la medida que dicha disposición prevé que las instituciones de asistencia médica no están obligadas a suministrar medicamentos de alto costo cuando no estén incluidos en el Formulario Terapéutico de Medicamentos (FTM). Tras reseñar la naturaleza jurídica, la composición de la administración y las vías de integración de capital que nutren al Fondo Nacional de Recursos, argumentó que se está ante un sistema que funciona en base a solidaridad de todos los uruguayos que, con su aporte, cubren los costos de los procedimientos de medicina altamente especializada que pocos necesitarán, destacando que el aporte

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

es proporcional a la cantidad de beneficiarios e independiente del número de actos médicos realizados, motivo por el cual estimó que cuando se necesite dicha prestación la misma debiera ser cubierta por el sistema.

Asimismo, estimó que de la interpretación de las normas que cita se desprende la atribución de competencia al M.S.P para efectuar las actualizaciones de los Anexos que componen el FTM, agregando que dicho Ministerio ha sido omiso en la inclusión del fármaco RIBOCICLIB, verificándose por tanto la ilegitimidad manifiesta que exige la acción de amparo. Añadió que la negativa de un tratamiento a una persona enferma basada en procedimientos administrativos permite sostener la absoluta inoponibilidad de la falta de inclusión en el FTM frente al derecho constitucional a ser tratada con la única opción que puede asegurarle el mayor y mejor tiempo de sobrevida, motivo por el cual el artículo debe ser declarado como violatorio de la Carta Magna. Concluyó que la actualización reglamentaria del FTM viene siendo utilizada como una herramienta para negar medicamentos de alto costo a aquellos ciudadanos que no cuentan con recursos económicos suficientes para adquirirlos directamente, citando en su favor la Sentencia Nº 396/2016 dictada por la Suprema Corte de Justicia. En lo que refiere al artículo 10 de la Ley 18.335, así como los artículos 51 y 45 de la Ley 18.211, sostuvo que el hecho de exigirse la reglamentación de la ley, la cual, en definitiva, determinará taxativamente las prestaciones incluidas, que serán en última instancia aquellas que el propio Ministerio de Salud Pública decida incorporar en los denominados “Programas Integrales de Salud y Catálogo de Prestaciones” (PIAS) violenta el derecho a la salud y la vida consagrados en nuestra Constitución; eximiéndose a su vez al Estado del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales mediante la exclusión de prestaciones del PIAS. En definitiva, el Estado limita la protección mediante la inclusión de prestaciones en una lista taxativa, amparándose para ello en la normativa aludida, en frontal violación a los derechos consagrados en la Carta Magna. En otro orden, relevó que el medicamento solicitado se encuentra debidamente registrado y que fue aprobada su venta por el M.S.P para el cáncer de mama que padece, así como que el hecho de que, por no poder costearlo, decidió solicitarlo en vía administra ante el M.S.P. Remató la argumentación señalando que, considerando lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 44 de la Constitución a la luz del *pro homine*, el Estado no puede desconocer la norma superior, siendo contrario a la Constitución legislar limitando lo consagrado por esta, añadiendo que, conforme a la doctrina y jurisprudencia que cita, las consideraciones de índole económica y administrativas no son óbice para limitar la protección que la Constitución asegura en materia de Salud, no existiendo tampoco razones de interés general que justifiquen ello. En definitiva, fundó el derecho y solicitó que se suspenda el presente proceso, elevándose las actuaciones ante la Suprema Corte de Justicia a los efectos de que se expida acogiendo la excepción de inconstitucionalidad planteada.

V) Por Decreto Nº 2883/2020 de fecha 3 de noviembre de 2020, se dio trámite a la excepción de inconstitucionalidad opuesta y en su mérito, se suspendieron las actuaciones, elevándose los presentes autos a la Corporación, conforme lo dispuesto por el artículo 514 del C.G.P.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

VI) Los autos pasaron por su orden a estudio de los Sres. Ministros y culminado el mismo, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

***CONSIDERANDO*:**

I) Que la Suprema Corte de Justicia por mayoría de sus integrantes conformada por los Dres. Tabaré Sosa Aguirre, Luis Tosi Boeri, y el redactor habrá de declarar la inconstitucionalidad de los artículos 7 inciso 2º de la Ley Nº 18.335 y 45 inciso final de la Ley Nº 18.211, en virtud de los fundamentos que a continuación de expresarán; sin perjuicio de las respectivas discordias que serán extendidas por las Dras. Elena Martínez y Bernadette Minvielle. Asimismo, también con el quórum legal requerido, integrado por los Dres. Martínez, Minvielle, Sosa y el redactor se habrá de desestimar el planteo relativo a los artículos 10 de la Ley Nº 18.335 y 51 Literal B de la Ley Nº 18.211; no obstante la discordia respectiva que será extendida por el Dr. Tosi.

II) A priori, cabe resaltar que a efectos de la declaración de inconstitucionalidad, debemos analizar si la normativa cuya declaración de inconstitucionalidad se pretende, colide o no con lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución.

A tales efectos, es dable destacar que en materia de interpretación de la Constitución rige el principio pro homine o como lo denomina Karlos Castilla, “pro persona”, que tiene por finalidad acudir a la norma más protectora y/o preferir la interpretación de mayor alcance al reconocer un derecho, o bien, en sentido complementario, aplicar la norma más restringida al establecer limitaciones (Cfm. Castilla, Karlos (2009). El principio Pro persona en la Administración de Justicia. Cuestiones Constitucionales pp 65-83). “Dicho principio se basa en que los derechos inherentes a la persona humana deben ser protegidos frente al accionar u omitir ilegítimos del Estado, de forma que se permita asegurar para todos los niveles el respeto de los derechos humanos.

Tiene dos reglas principales:

1) Preferencia interpretativa, en virtud de la cual se debe realizar una interpretación extensiva de las mismas para la consagración de derechos, y restringida para establecer las exoneraciones previstas en las normas,

2) Preferencia de normas: cuando existan dos normas que regulen un determinado tema debe darse preferencia a la norma más protectora, independientemente del rango de las normas.

Asimismo en el caso de restricción de derechos se debe buscar la norma que mejor proteja los derechos humanos involucrados.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Este principio no conlleva a una derogación de normas, sino que constituye un criterio de aplicación e interpretación que busca la norma que mayor protección ofrezca, esto es la que consagre mejores o mayores protecciones para las personas, por encima de las reglas de jerarquía y temporalidad a fin de lograr la conservación de las normas más favorables para el ejercicio de los derechos humanos.

Y como ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio pro homine implica:

a) por un lado la interpre-tación extensiva de los derechos y

b) por otro la interpretación restrictiva de sus limitaciones (opinión separada del Juez Rodolfo Piza Escalante en opinión Consultiva 5/85 citado por Martín Risso Ferrand en “Algunas garantías básica de los derechos humanos”, pág. 34).

Asimismo, como afirma Martín Risso Ferrand: “*Todos los derechos humanos sin excepción alguna, no hacen más que regular los valores superiores de la comunidad (nacional o internacional) y el principal objetivo del aplicador del derecho siempre debe ser el de tutelarlos a todos sin excepción. Por supuesto que la armonización no es sencilla pero pueden encontrarse algunas herramientas que ayudan en la tarea: ...En primer término la armonización siempre debe implicar la salvaguarda del “contenido esencial “de cada uno de los derechos en juego, evitando principalmente la desnaturalización...*” (Cfm. Risso Ferrand, Martín; “Algunas garantías básicas de los derechos humanos”, pág. 37).

Otro aspecto importante es que la interpretación constitucional es una interpretación sistemática que interpreta los enunciados normativos atendiendo a su posición dentro de la Constitución o el ordenamiento jurídico, evitando perspectivas excluyentes y utilizando todos los métodos de interpretación jurídica generales, además de las técnicas interpretativas propias del derecho constitucional para obtener la solución correcta (Cfm. Nogueira Alcalá, Humberto; “La interpretación constitucional de los Derechos Humanos”, ediciones legales, 2009, pág. 150).

III) Ahora bien, efectuada una interpretación de los artículos 7 inciso 2º de la Ley Nº 18.335 y 45 inciso final de la Ley Nº 18.211 conforme a los parámetros antes expresados, a juicio de la mayoría que conforma el presente pronunciamiento los mismos violan claramente lo dispuesto por el artículo 44 de la Constitución de la República.

En este orden, debemos tener presente que el derecho a la salud es un derecho primario y fundamental que impone plena y exhaustiva tutela. Y este derecho conforme al artículo 44 de la Constitución por su naturaleza no es susceptible de menoscabo.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Corolario de ello es que dicho derecho no debe ser limitado por la mera diferencia de criterios técnicos, o económicos como se pretende mediante las normas objeto de estudio ya que tales extremos desconocen claramente la supremacía del derecho a la salud de la persona que debe primar en la interpretación de las normas aplicables.

De admitir tal posibilidad estaríamos no sólo asignándoles a las mencionadas autoridades un poder que claramente carecen sino también legitimando la violación de los derechos constitucio-nales que la carta magna garantiza a todos los habitantes (Artículos 7, 8, 10, 44 de la Constitu- ción).

Ello es así por cuanto los artículos referidos, al establecer que sólo tendrán derecho a los medicamentos previstos en el FTM, limitan indebidamente un derecho fundamental consagrado constitucionalmente, ya que al justiciable le asiste derecho a recibir la medicación y procedimientos médicos que efectivamente necesite y no sólo los que el Estado pretenda darle; ya que del claro tenor del artículo 44 de la Constitución no emerge limitación de la obligación de especie alguna.

En efecto de tal norma y a juicio de la mayoría, no puede extraerse, como se ha dispuesto en la ley, que se establece la gratuidad exclusivamente respecto de aquellos medicamentos incluidos en la política de medicamentos o nuevas tecnologías diseñada por el Estado a través de los mecanismos que éste haya dispuesto mediante la ley y decretos pertinentes. Ello por cuanto, el art. 44 de la Constitución no hace remisión alguna en tal sentido ni efectúa distinción de especie alguna, y por tanto no le es dable hacerla al intérprete. Por consiguiente, la interpretación referida no sólo carece de sustento normativo sino que también implica una clara limitación de un derecho fundamental constitucionalmente protegido.

No debemos perder de vista que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos sin distinción de especie alguna y no se puede afectar su esencialidad por ninguno de ellos. Por consiguiente, el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye un límite infranqueable que el legislador no puede ultrapasar. Y en la especie, al consagrar la limitación objeto de análisis tal extremo fue franqueado por el legislador, lo que conlleva al acogimiento de la acción instaurada.

Debemos tener presente que el Estado tiene la obligación ineludible de cumplir con aquellas prestaciones destinadas a procurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Asimismo no debemos perder de vista que: *"los Gobiernos al desarrollar su función de gobierno tienen, pues, obligaciones jurídicas de no vulnerar principios constitucionales, y de cumplir los deberes en positivo que de ellos se derivan"* (Cfm. Ponce Solé, Julio; "De la metafísica a la ciencia jurídica: deber de buen gobierno, derecho a una buena administración y límites y orientación de la discrecionalidad del poder ejecutivo. Ponencia del XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10-13 nov. 2015).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

La Constitución claramente con-sagra en su artículo 44 por un lado que sólo compete al Estado la posibilidad de legislar en materia de salud con un objetivo procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país (Inciso 1ero) y, por otro la obligación de que *"Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad".* Y es para esta última hipótesis, esto es la obligación de asistirse por parte de los ciudadanos, que consagra, en el caso de que no tengan recursos suficientes, la obligación de asistir por parte del Estado a los habitantes, no para el primer inciso. No existe pues ninguna relación de interdepen-dencia ya que de haberlo querido el legislador de esa forma la segunda hipótesis estaría referida en el primer inciso y no en el segundo. Es más, la lógica indica que si se dispone la obligación de los habitantes de realizar determinada actividad *"deber no sólo de cuidar su salud sino también de asistirse"* tiene que existir la posibilidad de darle los recursos necesarios, a aquellas personas que carezcan de ellos, para poder cumplir con tal obligación.

Es más, adviértase que a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución no sólo no existía el FTM, sino que en la norma no se hace referencia alguna a que deba reglamentarse el derecho a los medicamentos por parte del Poder Legislativo, ni por el Poder Ejecutivo.

IV) Por otra parte, no puede perderse de vista que el art. 44 no establece una obligación programática sino concreta ya que, dispone que *"el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes".* Este artículo es claramente diferente a otras hipótesis del art. 45, entre otras normas constitucionales, ya que en el mismo se garantiza el derecho a tener una vivienda pero no obliga al Estado a proporcionarla.

Como afirma el Dr. José Korzeniak por "*normas constitucionales programáticas debe entenderse las normas que mencionan un determinado tema pero no lo regulan, sino que encomiendan u ordena su regulación al Legislador o a otra autoridad de la República, por lo que no son susceptibles de aplicación hasta tanto su regulación se haya producido (Ejemplo: artículo 13 de la Constitución que dispone que la ley ordinaria podrá establecer el juicio por jurados en causas criminales otro ejemplo artículo 43. La norma programática indica un tema sin regularlo concretamente"* (Cfm. Korzeniak, José; "Curso de Derecho Constitucio-nal"; Tomo II; pág. 103).

Y en la especie, no sólo no se requiere reglamentación de especie alguna, sino que tampoco nada impide que el artículo se pueda aplicar en forma inmediata.

V) Pero, aún en el caso de que entendiéramos que nos hallamos ante una norma programática, que no lo es, es claro que la misma es una norma imperativa ("proporcionará") y legislar en contra de lo dispuesto preceptivamente implicaría una violación de la Constitución.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Ello por cuanto "*en principio las normas obligatorias y preceptivas contenidas en la Constitución uruguaya son operativas y aplicables directamente aún en los caso de ausencia de reglamentación..."* (Cfm. Risso Ferrand, Martín; "Operatividad de las normas constitucionales en el Derecho Uruguayo" en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político; Tomo XI, Nº 61, junio-julio, 1994, pág. 19).

Y como resalta el Dr. Korzeniak una norma programática puede servir para juzgar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley (Cfm. Korzeniak, José; "Curso de Derecho Constitucional"; Tomo II, pág. 106).

En el caso las normas cuya declaración de inconstitucionalidad se pretende, vulneran claramente el derecho a la salud previsto en el art. 44 al impedir que los indigentes y los carentes de recursos suficientes puedan acceder a la medicación o tratamiento que necesiten y que no se encuentre dentro de las previsiones del FTM.

Debe subrayarse que la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la accesibilidad económica en el sentido de que todas las personas deben tener acceso al nivel más alto posible de servicios de salud independientemente de sus ingresos. (Sentencia de la Sala de Civil 2º Turno Nº 90/2015.

VI) Asimismo para el Dr. Luis Tosi Boeri como afirmara en discordia de la sentencia 118/2020 de la Corporación en anterior integración: "*El derecho a la salud, expresamente reconocido en el art. 44 de la Constitución, constituye un derecho humano esencial, inherente a la persona, y de cuyo pleno goce dependen todos los demás. En este 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.*

Es de señalar que la citada norma superior establece: "El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad.

El Estado proporcionará gratui-tamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes".

Como se indicara en la Sentencia N° 696/2014, citando a su vez el Pronunciamiento N° 1.713/2010: "En efecto, la Salud Pública es un cometido esencial inherente del Estado, y en casos como el de autos

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

la legislación sobre tabaquismo resulta un bien jurídico superior que participa de la noción de orden público (art. 44 de la Constitución), por lo que resulta natural que se cometiera al M.S.P. dicha reglamentación, pues de acuerdo a la Ley Orgánica de Salud Pública N° 9.202, le compete al mismo adoptar todas la medidas que estime necesarias para mantener la Salud colectiva, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarias para este fin primordial (art. 2)...".

Sobre esa base el Juez debe analizar la norma impugnada, así como toda la legislación en la materia, incluso decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo y Ministerio de Salud Pública, para desentrañar el espíritu de la Ley, que en ningún caso puede revelar la intención de limitar en forma alguna el acceso a la salud".

Como se señaló en el fallo que vengo de transcribir, la ley no puede, como sucede en este caso, dejar ningún "margen" para limitar el derecho a la salud. Ello, porque 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"*.

Pues bien, bajo estas premisas, considero que las disposiciones atacadas son inconstitucionales, por cuanto habilitan al Ministerio de Salud Pública a limitar el alcance de los medicamentos y tratamientos médicos a los que tienen derecho los usuarios del Sistema Nacional de Salud, carentes de los recursos suficientes en casos en los que, como el aquí planteado, su salud y hasta su vida están en riesgo. En efecto, ello contraviene lo dispuesto en el artículo 44 inciso tercero de la Constitución.

Se revalida así el criterio que sostuve como integrante del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno y del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2° Turno (actuando como Tribunal de Feria), en cuanto al indiscutido rango constitucional del derecho prestacional derivado de dicha norma constitucional (Sentencia N° 159/2008 de la Sala Civil de 2° Turno y Sentencia SEF-0008-000001/2014 de la Sala Laboral de 2° Turno –actuando como Tribunal de Feria-)".

VII) Asimismo, como expresara el Sr. Ministro Dr. Tabaré Sosa Aguirre en discordia en la sentencia Nº 118/2020 de la Corporación: "*Se comparte el criterio que la mayoría de la Suprema Corte de Justicia sostuvo en sentencia N° 396/2016 cuando, citando reiterada jurisprudencia de la Corte, indica que los derechos establecidos en el art. 7 de la Carta -salvo el derecho a la vida no pueden ser limitados, excepto por razones de interés general, las que no se han articulado debidamente a la hora de establecer la limitación en la norma cuestionada. Tal pronunciamiento en mayoría toma nota, asimismo, que el derecho a la salud, expresamente reconocido en el art. 44 de la Constitución de la República, constituye un derecho humano esencial, inherente a la persona, y de cuyo pleno goce dependen todos los demás; que en tal sentido, el derecho a la salud puede considerárselo, juntamente con la vida, uno delos derechos absolutos, ya que su instrumentalidad respecto del segundo es indiscutible. También*

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

dicha Corte expresó: “Ahora bien. Teniendo en cuenta que según el art. 44 de la Carta la obligación del Estado se extiende a proporcionar asistencia no sólo a los indigentes, sino también a aquellos que carezcan de recursos para cubrir los costos de la atención médica, 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”.

Además de lo antes relacionado, considera el suscripto que el derecho a la salud (en muchos casos estrechamente vinculado con el derecho a la vida e indispensable para el ejercicio de otros derechos, así como para la realización de valores y proyectos personales en la vida) está garantizado por la Constitución de la República y por normas de fuente internacional con jerarquía constitucional o supra legal (Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3 y 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 que dice: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 inc.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 4 y 5). A la luz de lo anterior, cabe determinar el carácter taxativo de la delegación al reglamento que norma el inciso final del art 45 impugnado colide con el derecho a la salud, de atención connaturalmente dinámica. Es de esencia prestar un servicio médico acorde con la evolución científica y poseer los medios técnicos que la ciencia va incorporando, no pudiendo permanecer inmutables las obligaciones del prestador (deber estatal de prestación y protección, las dos caras visibles del derecho). Estar necesariamente a las prestaciones taxativamente definidas manifiestamente consolidar inequidades y comportamientos contrarios a las normas de mayor jerarquía. La versión reducida del derecho a la salud de la norma en examen disminuye sin razones justificadas el deber estatal de actuar (deber de prestación y deber de protección antes señalados) y no procura -como debiera- el nivel más alto posible delos servicios de salud.

Quien suscribe considera que no consta que haya existido interés general alguno que presidiera la aprobación del texto; sólo podría inferirse como lo hizo la mayoría de la Corte en la sentencia citada liminarmente, el motivo económico. No obstante, debe recordarse que los motivos justificantes (en sede de limitación de derechos) deben ser ostensibles, claros, evidentes).

Para eventual hipótesis de limitación por motivo de la medida de recursos económicos y financieros, las normas y principios de superior jerarquía imponen el previo análisis de todos y cada uno de los rubros de gastos en salud por parte de auditores técnicos independientes, para luego estar en condiciones de establecer si correspondía establecer límites para gastos como los relativos a medicamentos o procedimientos de alto costo.

Una medida legal netamente regresiva en nuestro Derecho debió contar con fundamentos transparentes y aceptables, para luego estar en condiciones de establecer límites justos y racionales ya

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

que “Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general” (Constitución, art. 7).

Sobre el punto, recuerda el firmante, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1/VII/09 (Acevedo Buendía y Otros “Cesantes y jubilados de la Contraloría” vs. Perú) -que se funda en jurisprudencia conteste de la Corte Europea de Derechos Humanos- la que en conceptos enteramente trasladables, señala: “103. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”.

En suma: Las normas objeto de estudio claramente limitan en forma indebida el derecho a la salud consagrado en el artículo 44 de la Constitución; por consiguiente son claramente inconsti-tucionales a juicio de la mayoría que conforma el presente y así corresponde declararlo.

VIII) Por otro lado, en referencia al planteo formulado respecto a los artículos 10 de la Ley Nº 18.335 y 51 Literal B de la Ley Nº 18.211, el mismo será desestimado pero por distintos fundamentos en el seno de la Corporación.

IX) A juicio de los Dres. Sosa y el redactor, en relación a la declaración de inconstitucio-nalidad de los arts. 51 literal B de la Ley 18.211 y 10 de la Ley 18.335, la pretensión carece de objeto, dada la solución a la que se arriba respecto al artículo 45 inciso final de la Ley Nº 18.211. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de esta norma agota el interés de la promotora.

Por su parte, a juicio de las Dras. Martínez y Minvielle el planteo debe ser desestimado conforme los fundamentos sostenidos en Sentencias Nos. 1.981/2017 y 125/2018, en términos que –en lo pertinente– se tendrán por reproducidos y como parte integrante de esta decisión.

Por estos fundamentos, y lo dispuesto por los artículos 44 de la Constitución, 508 y siguientes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

FALLA:

DECLARANDO INCONSTITUCIONALES LOS ARTS. 7 INC. 2º DE LA LEY Nº 18.335 Y 45 INCISO FINAL DE LA LEY Nº 18.211 Y, EN CONSECUENCIA, INAPLICABLES A LA PARTE ACTORA.

DESESTIMANDO EL EXCEPCIONAMIENTO RESPECTO A LOS ARTÍCULOS 51 LITERAL B DE LA LEY Nº 18.211 Y 10 DE LA LEY Nº 18.335.

LÍBRESE MENSAJE AL PODER LEGISLATIVO, CON TESTIMONIO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN.

LAS COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO, EXPÍDASE TESTIMONIO Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVANSE.

SRAS MINISTAS DRAS. ELENA MARTÍNEZ Y BERNADETTE MINVIELLE Discordes parciales: por cuanto consideramos que corresponde desestimar la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, por las razones detalladas oportunamente por cada una de nosotras en la Sentencia Nº **1.981/2017**.

En cuanto a la pretendida inconstitucionalidad del inciso final del art. 45 de la Ley Nº 18.211, para las Sras. Ministras, Dras. Elena Martínez y Bernadette Minvielle corresponde su rechazo, en tanto no vulnera el art. 44 de la Constitución.

1) Para la Sra. Ministra Dra. Martínez, corresponde analizar la alegada transgresión del derecho a la salud consagrado por el artículo 44 de la Constitución y desestimar la pretensión de inconstitucionalidad del art. 7 de la Ley Nº 18.335 por los argumentos que se desarrollarán a continuación.

Del tenor literal de dicha regla, así como de su pacífica aplicación, surge que el derecho al acceso a medicamentos que ella consagra sólo refiere a los que cumplan con el doble requisito de: a) estar autorizados por el Ministerio de Salud Pública; b) e incluidos en el Formulario Terapéutico de Medicamentos (FTM).

El inciso 2º del artículo 7 de la Ley Nº 18.335 establece: “Todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el Ministerio de Salud Pública e incluidos por éste en el formulario terapéutico de medicamentos, y a conocer los posibles efectos colaterales

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

derivados de su utilización".

La interpretación propues-ta es la que surge del propio tenor literal de la norma, por lo que no resulta necesario acudir a su *ratio* o a la historia fidedigna de su sanción para llegar a una intelección alternativa.

Como se ha expresado en doctrina: "Como enseña JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, no debe olvidarse que las normas del título preliminar del Código Civil no son válidas por sí mismas en materia de interpretación constitucional. De lo contrario se interpretaría la Carta en base a lo que establecen normas de jerarquía inferior.

Aun cuando se admita que, no por estar contempladas en el Código Civil, sino por su contenido, el criterio interpretativo referido es válido en materia constitucional, hay que tener presente que la consulta al espíritu de la norma sólo es aceptable en el caso de textos oscuros. Pero si la letra es clara, no es posible desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu" (RISSO FERRAND, M. Derecho Constitucional, Tomo I, Ingranusi Lda., Montevideo, 1996, p. 66).

Por otra parte, aun cuando el argumento no resulte decisivo, la Administración ha dictado la reglamentación atendiendo a tal lectura de la norma.

Expresa la citada Ministra que una vez despejado el punto referido a la interpretación de la norma impugnada, corresponde ingresar al mérito de la cuestión debatida en esta causa y que dice relación con la consagración constitucional del derecho a la salud, su contenido y alcance.

Para ello, se partirá de la opinión de Horacio Cassinelli Muñoz en Estudio Constitucional comparado, 1989, Organización Panamericana de la Salud, p. 458 y ss., publicado en la compilación de estudios del autor realizada por Carlos Sacchi y publicada por La Ley Uruguay, p. 849 y ss.

Sostiene el referido autor: "*Si bien el texto constitucional contiene disposiciones como las anteriormente señaladas, no menciona explícitamente un 'derecho a la salud'. Ello es congruente con la premisa jusfilosófica en que se ubica el constituyente uruguayo, de que los derechos inherentes a la personalidad humana preexisten a su consagración constitucional y son por ende independientes de su mención en la Constitución.*

La Constitución no podrá crearlos puesto que rigen independientemente de la voluntad del constituyente, ni suprimirlos, por la misma razón. Se limita a reconocer su existencia y a aplicar a los mismos el sistema de garantías constitucionales correspondiente.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Tampoco se menciona explí-citamente en la Constitución uruguaya el derecho a ser protegido en el goce a la salud, ya que el artículo 7 no incluye la palabra 'salud' junto a las palabras 'vida, honor, libertad, trabajo y propiedad'. Esta ausencia debe estudiarse a la luz del artículo 44, que en sus dos incisos viene a configurar la situación jurídica subjetiva de los habitantes en relación a la protección de la salud como un interés legítimo (inciso primero: el deber del Estado de ejercer su potestad legislativa procurando el perfeccionamiento de los habitantes, se traduce en un interés legítimo de estos, que si bien no les permite demandar que se condene al Estado a expedir determinada ley, les permite en cambio solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos que no se ajusten al programa allí establecido), o como un deber (inciso segundo: deber de cuidar la propia salud y de asistirse en caso de enfermedad).

La solución resultante de esos textos constitucionales es coherente consigo misma y con el reconocimiento del derecho a la salud".

En cuanto al concepto del derecho a la salud, expresa el autor: *"¿Cuál es el contenido del derecho a la salud; cuál es el contenido del concepto de salud como objeto del cuidado obligatorio? Al respecto debemos atenernos al sentido natural y obvio de la palabra, pues no hay en el texto constitucional ninguna definición del vocablo salud.*

Ese sentido natural y obvio pertenece al lenguaje corriente y evoluciona más lentamente que las definiciones proclamadas en instrumentos internacionales o declaraciones académicas.

Empleada la palabra en la Constitución, podría aproximarse a la mera ausencia de enfermedad. Pero ese sentido estricto del concepto de salud en el artículo 44 de la Constitución no acarrea limitaciones en la vigencia de los derechos correspondientes, ya que de todos modos los sucesivos desarrollos o ensanches del concepto de salud o de derecho a la salud consisten en el reconocimiento o en la proclamación de nuevos aspectos que merecen igual protección de la salud en sentido estricto, y son también como esta objeto de derechos inherentes a la personalidad humana, de manera que aunque no encuadren bajo el rótulo salud igualmente quedarían alcanzados por el concepto expansivo de 'derechos inherentes a la personalidad humana', lo que es suficiente en el Uruguay para su admisión inmediata y directa.

Como antes se indicara, el artículo 72 de la Constitución reza: 'La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno'. Tanto alcanza este artículo a los derechos como a los deberes, de manera que el ensanche o complemento del concepto estrecho de salud juega tanto en la protección del derecho a la salud lato sensu como en la posibilidad de exigir el cumplimiento del deber individual de cuidar la propia salud. Pero mientras que el derecho puede reclamarse de inmediato

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

sin necesidad de ley reglamentaria, la efectividad del deber instituido en el inciso segundo del artículo 44 de la Constitución está sujeta a la determinación legal de su contenido en mérito al principio de libertad declarado en el art. 10 también constitucional...” (op. cit. fs. 861-863).

Profundizando en el conte-nido del concepto de “derecho a la salud” se coincide con Lorenzetti, en cuanto sostiene que la salud, considerada como un bien jurídico cuya titularidad corresponde al individuo, comprende dos aspectos bien definidos: por un lado, como un “bien jurídico privado que integra la esfera íntima del sujeto. Como tal, dice el autor, el derecho a la salud constituye un derecho negativo, en el sentido de que impide que alguien pueda avasallarlo, salvo con el consentimiento de su titular o por una causa legitimada por el ordenamiento jurídico.

La violación de ese derecho a la salud da lugar a la tutela preventiva y resarcitoria. El segundo aspecto es mal llamado ‘derecho a la salud’, ya que en realidad se trata de un derecho a prestaciones de salud; a diferencia del anterior es una pretensión positiva contra el Estado o aquellos a quienes éste ha encomendado el cumplimiento” (Lorenzetti, R., Responsabilidad civil de los médicos, t. I, ps. 130-131).

Para dilucidar el con-tenido y la extensión de la pretensión positiva, a la que se refirió en párrafos anteriores, lo primero a tener en cuenta es que ello no significa que algún sujeto tenga un derecho a la salud en sentido literal, puesto que ello es algo que no puede perseguirse, dado que todos los seres humanos mueren.

Pero, además, 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. El Estado no tiene la obligación de curar, ni la de lograr la salud, sino la de dar prestaciones médicas.

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., págs. cits.).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Es esto último lo que hace la Constitución nacional cuando dispone, en el inciso primero del artículo 44, que el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas. Es entonces, en este punto de la argumentación, que cobra protagonismo el principio de separación de poderes, de indudable raigambre constitucional y de incidencia decisiva, para la dilucidación de la cuestión debatida en autos.

Como sostuvo la Dra. Martínez, integrando la mayoría, en Sentencia Nº 201/2014 del T.A.C. de 6º Turno:

"*Entiende la mayoría que el Poder Judicial no está preparado ni llamado a asumir la responsabilidad de decidir, directamente, sin contar con elementos suficientes, sobre temas altamente técnicos, como es ponderar si realmente es cierto que determinada solución es la adecuada, en el contexto general de actuación del Estado, sin perder de vista que cuenta con recursos limitados y que con ellos debe atender las necesidades de salud de todos los habitantes.*

No puede perderse de vista que las políticas de salud las deciden el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en la órbita de sus respectivas competencias".

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, priorizando unos gastos sobre otros, porque en ningún país hay recursos suficientes para todas las necesidades de todas las personas. Se requiere, pues, una decisión política que opte por atender lo que se considera más necesario o conveniente, a través de decisiones que contemplen, en el mayor grado de su posible extensión, el interés general y el principio de igualdad, por un lado, y la sustentabilidad del sistema, por el otro.

Es en función de tales criterios que cabe interpretar la norma impugnada y las limitaciones que ella impone, sin desconocer que, como dijo la Corporación con anterior integración en Sentencia Nº **396/2016**, son razones económicas las que llevan al legislador a establecerlas frente a la existencia de recursos que, en mayor o menor medida, son, asimismo, siempre limitados.

Pero no es el Poder Judicial, actuando para resolver casos concretos que solo contemplan intereses particulares, quien está, en principio, llamado por la propia Constitución a cubrir las necesidades de prestaciones de salud de la población.

Como tampoco lo está para solucionar el problema de la falta de viviendas dignas para todos y cada uno de los habitantes de este país, por más que tal derecho surge sin dificultades del mismo artículo 72 de la Constitución del que se desprende el derecho a la salud. Si así lo hiciere, desconocería el

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

principio de separación de poderes sobre el que se apoya el Estado de Derecho y nuestra República.

Como sostuvo la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia Nº **126/08**, en términos que resultan íntegramente compartibles:

"*La calidad de intérprete final de la Constitución y el riesgo, siempre presente, de que por la vía del control constitucional el Poder Judicial pueda interferir en la esfera de actuación o en el cumplimiento de los cometidos que la Carta atribuye a los otros Poderes del Estado, imponen un criterio de prudencia, autolimitación y mesura ('self restraint', en la expresión anglosajona), a la hora de decidir la compatibilidad entre una norma legal y las reglas y principios constitucionales a las que debe someterse".*

"Esta necesaria auto restricción, que exige una mayor responsabilidad en la decisión, sustentada en una apropiada argumentación racional, debe alejar al intérprete de la búsqueda de protagonismo o manejo institucional en beneficio de las propias ideas, y contribuye a despejar el peligro de que el decisor judicial incursione en cuestiones de naturaleza política ajenas a sus cometidos funcionales".

"Como sostiene Vigo (De la Ley al Derecho, p. 221), el juego del equilibrio de poderes es muy delicado y frágil. Uno de los factores que más gravemente puede contribuir a la disfuncio-nalidad del sistema político, es la tarea cumplida por los tribunales constitucionales. Algunos se formulan la pregunta de 'quién controla a los controladores', con lo que implícitamente advierten sobre los riesgos de un 'gobierno de los jueces', en caso de que estos interfieran indebidamente en cuestiones políticas ajenas al estricto control constitucional".

2) Para la Sra. Ministro Dra. Bernadette Minvielle, lo que hace la norma impugnada por inconstitucional es asegurar un mínimo prestacional a cargo del Estado, pero no establece que sean las únicas prestaciones a las que los pacientes tienen acceso.

La solución legal de asegurar un mínimo, en base a pautas predefinidas por las agencias gubernamentales expertas, se concilia con la solución política cristalizada en la Carta, de asegurar mínimos de prestación a aquellos que no pueden costear la atención de su salud, lo que incluye el acceso a los medicamentos.

Sostiene que no se perfila un supuesto de violación de lo establecido en el art. 44 inciso 2º de la Constitución de la República, relacionado con el derecho a la salud. En la fase que interesa al cuestionamiento planteado, el referido precepto establece:

"*Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a*

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

los indigentes o carentes de recursos suficientes".

De la lectura del texto constitucional, se advierte que el suministro de medios de asistencia por parte del Estado a los habitantes de la República no es la regla sino la excepción. Los medios de asistencia se prestarán, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, "tan sólo" para dos grupos: (i) los indigentes y (ii) los carentes de recursos suficientes.

La disposición legal cues-tionada no colide con el programa constitucional, sino que antes bien asegura, con carácter universal (para todos los habitantes), un standard prestacional mínimo en lo concerniente a medicamentos.

Que la Administración defina -en principio- mediante las agencias técnicas competentes, el elenco de medicamentos que puede suministrar gratuitamente y cuyo acceso asegura a toda la población sin distinción, resulta una decisión que no contraría la letra ni el programa constitucional.

La lectura de la norma constitucional que propone la parte excepcionante, presupone admitir que los habitantes tienen un derecho subjetivo perfecto a obtener cualquier prestación de salud, que sea necesaria para curar o paliar sus dolencias.

Y, por cierto, presupone que ese derecho no admite limitación de especie alguna, sea por razones presupuestales o de otro tipo. En tal línea se encuentra la sentencia en mayoría dictada oportunamente por la Suprema Corte de Justicia, que sostiene que no se admite una limitación por razones "meramente económicas" (Sentencia Nº **396/2016**).

No resulta posible com-partir esta interpretación de la disposición constitucional. Los derechos sociales de contenido económico, pueden ser limitados por razones de interés general (art. 7 de la Constitución de la República).

Y, una razón presupues-taria -la disponibilidad de recursos- es una razón de primer orden para limitar un derecho de este tipo. El argumento de que las razones "meramente económicas" no puedan esgrimirse para limitar derechos no parece que pueda ser llevado hasta sus últimas consecuencias.

Asimismo entiende que el texto del precepto impugnado no impide al Poder Judicial operar como garante último en los conflictos que involucren la necesidad de prestación de medicamentos de alto costo. No se hallan vedadas la revisión judicial de las decisiones administrativas en este plano, y que se resuelve en dar operatividad al derecho básico de la tutela jurisdiccional, que no se ve coartado ni menguado por tratarse de medicamentos no incluidos en el FTM.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Como destacan ABRAMOVICH y COURTIS, “Al Poder Judicial le cabe un papel subsidiario: le corresponde actuar cuando los demás Poderes incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho o por incumplir con las acciones positivas debidas” (ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales” en AA. VV.: “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Roberto Gargarella - Coordinador)”, T. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 987).

El derecho a la salud -que incluye el acceso a medicamentos de alto costo en caso de ser necesarios- resulta garantizado constitucio-nalmente, aunque aparece deficientemente regulado. No se trata, sin embargo, de un derecho subjetivo perfecto, a pedir siempre y en todos los casos cualquier medicamento necesario para paliar o curar alguna dolencia y, por ende, no participa de la idea de que se trate de un derecho ilimitable (y menos aún ilimitable por razones presupuestales).

El derecho a la salud comprende el disfrute del más alto nivel posible de salud. Esto incluye, al menos en principio, el derecho a acceder a medicamentos de alto costo. Siguiendo a la Dra. Cecilia BARNECH, es posible afirmar que conforme el marco constitucional, al Estado uruguayo claramente se le impone el deber de proteger este derecho, con especial atención a los indigentes y a los carentes de recursos, en regulación más protectora que el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Como toda obligación esta-tal en un Estado Constitucional de Derecho, está puede ser reclamada judicialmente y corresponderá a este Poder su control último (hasta las máximas consecuencias, importando también, de ser necesario, el control presupuestal en tanto su cumplimiento requiere erogaciones especiales) (BARNECH, Cecilia: “Tesis final de la Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos”, Facultad de Derecho, UCUDAL, Montevideo, inédita (consultada por cortesía de la autora).

No hay duda que el tema del acceso a los medicamentos de alto costo, tienen que ver con cuestiones presupuestales (que no pueden ser soslayadas). Ahora bien, ello no impide a que, en última instancia, el Poder Judicial deba decidir -siempre que se requiera su intervención- este tipo de conflictos como garante último. La disposición impugnada no veda la instalación de las controversias concernientes a medicamentos de alto costo ante los estrados judicia-les.

Se concuerda con la Dra. Cecilia Barnech en que si entendemos que el derecho genera obligaciones positivas de parte del Estado, parece ineludible 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 Estado de Derecho es aquel que se centra en la protección de

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

los Derechos Humanos, debe reconocerse asimismo como aquel que consagra los mecanismos adecuados de protección; que evidentemente, recaen en el sistema judicial (independientemente, además, de otros mecanismos).

Este aspecto es el más complejo puesto que 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 (BARNECH, Cecilia: “Tesis...”, cit.).

Y en la arena judicial, ubicados frente al caso concreto, el aspecto presupuestal de la cuestión debe ser, en todo caso, ponderado en las decisiones puntuales que el Poder Judicial se vea llamado a adoptar, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

No puede negarse que, como señalan Stephen HOLMES y Cass R SUNSTEIN: “...ningún derecho cuya defensa presuponga un gasto efectivo de dinero de los contribuyentes puede ser protegido unilateralmente por el Poder Judicial sin tomar en cuenta las consecuencias presupuestarias cuya respon-sabilidad recaerá sobre otras ramas del gobierno.

(...)

Los derechos [al menos los derechos sociales], son relativos no absolutos. Prestar atención a su costo es otro camino –paralelo a las dos rutas recorridas con mayor frecuencia- hacia una mejor comprensión de la naturaleza matizada de todos los derechos, incluidos los constitucionales.

(...)

Las finanzas públicas constituyen una ciencia ética porque obligan a llevar cuentas públicamente con los sacrificios que como comunidad decidimos hacer y explicar a qué estamos dispuestos a renunciar para alcanzar metas más importantes. Para poder comprender cómo un régimen de derechos estructura y gobierna el comportamiento real, la teoría de los derechos debería contemplar esa realidad.

Los tribunales que deciden sobre la exigibilidad de los derechos razonarán de manera más inteligente y más transparentes si reconocen con toda honestidad que los costos afectan el alcance, la intensidad y la consistencia de la exigibilidad de los derechos.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

Y la teoría de los derechos sería más realista si examinara sin ambages la competencia por los recursos escasos que necesariamente se produce entre los distintos derechos básicos y también entre esos mismos derechos básicos y otros valores sociales (...). Por lamentable que sea, la escases de recursos es una razón legítima para no proteger un derecho" (HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass: "El Costo de los Derechos", Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012, págs. 119/120).

Ahora bien, una cosa es que la dimensión presupuestal sea un asunto insoslayable y, otra cosa, es eliminar la posibilidad de judicializar un reclamo por un derecho social como el derecho a la salud. En un asunto como este, parece ineludible atender a la dimensión colectiva del derecho a la salud.

Como se observa en un reciente y excelente estudio multidisciplinario realizado en el seno de la Universidad de la República, el objetivo de las políticas públicas en materia de salud es el de: " *...alcanzar el mejor nivel de salud para el mayor número de personas atendiendo a los recursos disponibles de forma equitativa. En este sentido, en general, los Estados priorizan el suministro de medicamentos, tratamientos o prestaciones sanitarias atendiendo a razones de costo-beneficio en las que su eficacia comprobada suele ser un criterio determinante*" (BARDAZANO, Gianella; CAREDIO, Valentina; CECHI, Pablo; CERETTA, Juan; DOMÍNGUEZ, Viviana; GIUDICE, Lucía; LEMA, Sebastián; LEZAMA, Guillermo; LÓPEZ, Maynés; RAMOS, Camila; RODRÍGUEZ, Hugo; SPERANZA, Noelia; TAMOSIUNAS, Gustavo; TRIUNFO, Patricia y ZUNINO, Carlos: "Múltiples miradas a los medicamentos de alto costo: hacia una comprensión integral del tema", Universidad de la República, CSIC, Montevideo, 2016, págs. 97/98).

El rol del Poder Judicial como garante de la tutela de los derechos de los individuos -en este caso del derecho a la salud- no puede ser desconocido, aún cuando para su protección tenga que inmiscuirse en cuestiones presupuestales.

Recurriendo una vez más al trabajo de la Dra. BARNECH, corresponde añadir que, 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, justicia-bilidad de las normas presupuestales, las que no pueden ser ajenas al control. 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 (Cfme. BARNECH, Cecilia: "Tesis...", cit.,; sobre este punto véase también ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: "Apuntes...", cit., págs. 990/993).

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 135/2021

Oficina: Suprema Corte de Justicia

En otro orden, no resulta posible acompañar el enfoque de la excepcionante –ni el que sostuvo la Corporación en mayoría en la Sentencia Nº **396/2016**- sobre el contenido del derecho a la vida.

Siguiendo a SARLO, es necesario señalar que, a la altura que estamos en la teoría de los derechos fundamentales, ya no es admisible hablar simplemente de “derecho a la vida”. Es menester introducir la (elemental) distinción entre derecho a la vida como propiedad (el derecho a no ser privado de la vida; este sí no restringible por ninguna razón) del derecho al goce o ejercicio del mismo, o a las condiciones para una vida digna, que desde luego admite restricciones basadas en razones de interés general (económicas o de otro orden) (Cfme. SARLO, Oscar: “Derechos fundamentales y proceso concursal (A propósito de dos fallos en el concordato preventivo del Banco de Galicia (2003), ADCU, T. XXXIX, pág. 873).

En el estudio interdisci-plinario realizado de la Universidad al que se hizo referencia más arriba, se señala que el acceso a medicamentos de alto costo es un derecho social y los derechos sociales: “... *generalmente refieren a las condiciones para el disfrute de los derechos individuales, por ello, ejemplo de estos son, además de la salud, la educación, la vivienda, el empleo*” (BARDAZANO, Gianella; CAREDIO, Valentina; CECHI, Pablo; CERETTA, Juan; DOMÍNGUEZ, Viviana; GIUDICE, Lucía; LEMA, Sebastián; LEZAMA, Guillermo; LÓPEZ, Maynés; RAMOS, Camila; RODRÍGUEZ, Hugo; SPERANZA, Noelia; TAMOSIUNAS, Gustavo; TRIUNFO, Patricia y ZUNINO, Carlos: “Múltiples...”, cit., pág. 97).

En la emergencia, no puede sostenerse que el artículo impugnado colida directamente con el derecho a la vida como propiedad, al decir de SARLO. En todo caso tiene que ver con las condiciones para el goce de la vida, pero ciertamente, los derechos al goce de la vida en ciertas condiciones admiten limitaciones por razones de interés general (art. 7 de la Carta).

En suma, por las razones expuestas, considera la Dra. Minivelle que corresponde repeler la pretensión de declaración de inconstitucionalidad bajo examen.

SR. MINISTRO DR. LUIS TOSI BOERI Discorde parcialmente, en cuanto considera que corresponde declarar inconstitucionales los arts. 10 de la Ley Nº 18.335 y 51 lit. B de la Ley Nº 18.211, por los fundamentos expuestos en discordias a las sentencias Nos. 395/2019, 1.168/2019 y 118/2020, en lo pertinente, a las que se remite.