

//tencia No.396

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZÁLEZ

Montevideo, cinco de octubre de dos mil dieciséis

**VISTOS:**

Para dictado de sentencia en autos caratulados: "Q., J. C/ MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA - AMPARO - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ART. 7 DE LA LEY NRO. 18.335", IUE: 2-26995/2015.

**RESULTANDO:**

1) A fojas 38 y siguientes se presentó el Sr. J. Q. y dedujo acción de amparo a los efectos de obtener, de parte de la demandada, la provisión del medicamento Vemurafenib, recetado por su médico oncólogo para el tratamiento de su patología tumoral (melanoma cutáneo Estadio IV en la región abdominal con mutación BRAF V600E). Señaló que dicha medicación le fue negada por la mutualista en la que es socio (Casa de Galicia) por no encontrarse éste en el Formulario Terapéutico de Medicamentos (FTM). Asimismo, expresó que solicitada la medicación al Fondo Nacional de Recursos y al Ministerio de Salud Pública, a la fecha de la promoción de la demanda de amparo aún no había recibido respuesta (fs. 38 vto.).

2) Transcurrido el proceso de amparo en primera instancia, culminó con el dictado de la Sentencia Definitiva identificada como SEF-0109-

000059/2015, obrante a fs. 103-130, por la que el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno falló:

"ADMÍTASE LA ACCIÓN DE AMPARO DINAMIZADA Y EN SU MÉRITO, CONDÉNASE AL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA A SUMINISTRAR AL ACCIONANTE EL MEDICAMENTO 'VEMURAFENIB' DE ACUERDO A LAS INDICACIONES DEL MÉDICO TRATANTE, DEBIENDO REALIZAR LAS COORDINACIONES RESPECTIVAS EN EL PLAZO DE 24 HS...".

3) Contra dicha sentencia, el Ministerio de Salud Pública interpuso recurso de apelación (fs. 135 y ss.). Entre sus argumentos sostuvo que el MSP ha actuado siempre conforme a derecho, en especial tomando en cuenta las regulaciones contenidas en las Leyes Nos. 15.181, 17.930, 18.211 y 18.335.

4) Conferido el traslado al actor por el término legal, éste conjuntamente con la evacuación del traslado del recurso de apelación, dedujo excepción de inconstitucionalidad del art. 7 de la Ley No. 18.335.

En lo medular sostuvo que la norma impugnada vulnera el principio constitucional de igualdad, ya que no asegura el acceso a la medicación costosa para personas cuyos recursos económicos no son suficientes, mientras que quienes sí cuentan con ellos pueden acceder a toda la medicación habilitada para su

venta en el país. Asimismo, sostuvo que la norma atacada vulnera el art. 44 de la Constitución, al no asegurar el acceso de todos los habitantes de la República a los medicamentos necesarios para proteger su salud en caso de enfermedades como las del impetrante.

5) Conferida vista al Sr. Fiscal de Corte éste, por los fundamentos expuestos en Dictamen No. 4716/2015 (fs. 242 a 252 vto.), entendió correspondía desestimar la excepción de inconstitucionalidad planteada.

6) Pasados los autos a estudio sucesivo de los Ministros se acordó el dictado de sentencia para el día de hoy.

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría integrada por los Ministros Dres. Pérez Manrique, Larrieux, Hounie y el redactor, harán lugar a la excepción de inconstitucionalidad impetrada.

II) Respecto a la admisibilidad de la excepción deducida, se estima que es de recibo.

En efecto, la norma impugnada fue alegada por la demandada perdidosa como elemento de derecho tendiente a obtener la revocatoria del fallo en apelación. Se trata de una norma vigente y que regula actualmente la situación del actor, por lo que

cuenta con un interés directo, personal y legítimo para solicitar un pronunciamiento en el sentido pretendido.

III) En cuanto al fondo del asunto, el inciso 2 del artículo 7 de la Ley No. 18.335 (único aspecto impugnado de la norma) expresa:

“Todo paciente tiene 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 derivados de su utilización”.

El excepcionante entiende que la norma, al exigir que los medicamentos cuya obligación de proporcionar pesa sobre el Estado sean aquellos que el propio M.S.P. incluya en el denominado “formulario terapéutico de medicamentos”, incurre en diversas inconstitucionalidades, las que fueron señaladas en el Resultando 4 de la presente sentencia.

IV) En lo que refiere a la alegada violación del principio de igualdad, consideramos que el excepcionante no cumple a cabalidad con la exigencia argumental prevista en el art. 512 del C.G.P.

En efecto, el excepcionante no indica en qué consistiría la violación al principio de igualdad consagrado en el art. 8 de la

Constitución. El argumento basado en que quienes tienen más poder económico podrán acceder a toda la gama de medicamentos habilitados para su venta en el país y, aquellos con menos recursos, no podrán hacerlo si éstos no se encuentran incluidos en el FTM, para ubicar así la violación al mentado principio, no resiste el menor análisis. Las alegadas circunstancias de hecho, radicadas en las diferentes posibilidades económicas entre quienes cuentan con muchos recursos y aquellos que no, en manera alguna se ven reflejadas en la redacción de la norma atacada, que regula el acceso a medicamentos para todos los habitantes, sin distinguir si estos cuentan o no con medios económicos para adquirirlos.

V) Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique considera que el argumento debe ser desestimado por razones de fondo.

En cuanto al principio de igualdad lo expresado por la Corte en Sentencia No. 255/2015, que, remitiéndose a pronunciamientos anteriores (Sentencia No. 514/2014) estableció: "La igualdad ante la Ley se materializa, (...) básicamente en dos aspectos: a) en la prohibición de fueros y Leyes especiales (excepto, claro está, las excepciones constitucionales) y b) en una igual protección por las Leyes. Esto es el principio general: todos los individuos deben recibir el mismo tratamiento y protec-

ción en el goce de los derechos. El principio general es la igualdad y toda diferenciación será de excepción y por ende de interpretación estricta, y requerirá una justificación apropiada, como en toda limitación de un derecho humano.

Sin perjuicio de lo anterior, es bien sabido que el principio de igualdad ante la Ley no impide, a veces, una legislación para grupos o categorías de personas especiales, sino que esta diferenciación puede ser limitada, por excepción, siempre que se cumpla con algunos requisitos específicos (...).

Basta con lo dicho para apreciar que toda diferencia a la noción de iguales pero separados es inadmisibile. Asimismo, lo que importa a los efectos de la igualdad no es que los miembros del grupo diferenciado reciban similar tratamiento, sino que lo relevante es que la Ley pueda superar el test que valide la diferenciación (Martín Risso Ferrand, 'Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay', en Revista de Derecho, Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay No. 5, año 2010, pág. 183)" (Cfme. además Sentencia No. 220/2015).

Partiendo de tales consideraciones y atendiendo a lo preceptuado por la norma-

tiva impugnada, no se advierte violación al principio de igualdad invocado en base a la fundamentación alegada por el impugnante -diferente poder adquisitivo o posibilidades económicas de los pacientes- en la medida que tal distinción no se encuentra contenida en el precepto, desde que regula el acceso a medicamentos para todos los habitantes, sin distinguir si cuentan o no con medios económicos para adquirirlos.

Principio que no se ve alterado por la norma impugnada sino que por el contrario, la causa es legítima al permitir el acceso a los medicamentos habilitados a "todo paciente", no existiendo ninguna distinción que vulnere la igualdad reclamada por el excepcionante (autor y ob. cit. págs. 183/185 vto.).

VI) Respecto a la alegada vulneración del art. 44 de la Constitución, la mayoría que concurre al dictado del presente fallo, estima que el argumento es de recibo.

En efecto, si bien el inc. 1 del art. 7 de la Ley No. 18.335 consagra el derecho a acceder a una atención en salud de calidad, puede sustentarse que el inc. 2 (punto impugnado) vulnera el inc. 3 del art. 44 de la Constitución. La técnica legislativa de la delegación reglamentaria es procedente, en el caso, por tratarse de un tema eminentemente

técnico con una vasta casuística que, por su naturaleza, requiere constantes modificaciones que, por lógica, no son viables en la vía legislativa y sí en la reglamentaria.

No obstante, la norma impugnada incurre en contradicción con la Constitución.

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 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.

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 gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes".

Como se indicara en la

Sentencia No. 696/2014, citando a su vez el Pronunciamiento No. 1.713/2010: "En efecto, la Salud Pública es un cometido esencial inherente del Estado, y en casos como el de autos 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 No. 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 guía interpretativa cabe destacar, además, la reciente sanción de los arts. 461 y 462 en la última Ley de Presupuesto No. 19.355, normas por las que se reglamentó en vía legal el procedimiento que debe seguir el Ministerio de Salud Pública para la aprobación y registro de especialidades farmacéuticas en el

Formulario Terapéutico de Medicamentos. 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. En este sentido, cabe recordar que esta Corporación, reiteradamente ha sostenido (cfme. Sentencia No. 1.026/2011, entre otras) el carácter no absoluto de los derechos que se enuncian en el artículo 7 de la Carta Fundamental, señalando que "... (salvo el derecho a la vida)... la Constitución confiere discrecionalidad al legislador, aunque precisamente regulada, al imponerle que, para disponer una tal limitación debe atender a razones de interés general (Sentencia No. 133/663 y Sentencia No. 152/1991, entre otras)" (cf. Sentencia No. 33/94, entre otras) (ver también Sentencias Nos. 99, 129, 131/2008).

En su mérito, del análisis

contextual de la norma impugnada, emerge incuestionablemente 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.

Complementando dicha argumentación, el Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique agrega que, en la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, al interrogarse sobre los criterios predominantes de interpretación que la jurisprudencia constitucional ha sostenido para la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes u otros actos con similar rango que contradicen los preceptos constitucionales, fueron relevados como criterios, los siguientes: a) la interpretación literal; b) antecedentes históricos y legislativos; c) método teleológico y sistemático, d) la realidad social el tiempo en que se han de aplicar las normas constitucionales; e) el contexto normativo de la disposición que debe ser interpretada (la Constitución en su totalidad, el resto del ordenamiento jurídico, el derecho comparado y el derecho internacional de los derechos humanos); f) la interpretación sistemática de la Constitución y el principio de ponderación; g) interpretación conforme a la Consti-

tución; h) principio de unidad constitucional que exige una interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente; i) principio pro homine o de aplicación de la norma más favorable a los derechos de la persona. ([www.cijc.org/.../Uruguay/.../Uruguay-Suprema Corte de Justicia.pdf](http://www.cijc.org/.../Uruguay/.../Uruguay-Suprema Corte de Justicia.pdf)).

En lo que dice relación con este último principio, Humberto Henderson en su publicación: "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine" expresó:

"Sin perjuicio de las reglas tradicionales de interpretación y aplicación de las fuentes de derecho tanto de orden interno como internacional enunciadas sucintamente, conviene subrayar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa 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.

En el ámbito del derecho internacional, el propio artículo 31 de la Convención de Viena, permite fundamentar lo que se ha denominado o puede denominarse el principio pro homine, cada vez más aceptado por los estudiosos del derecho internacional de

los derechos humanos, incluso reconocido como parte de la lógica y la principiología propias del derecho internacional de los derechos humanos.

En ese sentido, se ha subrayado que 'la invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados, en la doctrina acerca de la defensa judicial en derechos humanos, debido al objetivo garantista que orienta la materia'.

En sentido análogo se ha expresado que este principio se puede considerar como '[...] un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos [...] Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estará siempre a favor del hombre'.

En efecto, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Convención de Viena, la interpretación debe tener en cuenta el objeto y fin del tratado y es aquí donde debe recordarse que los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin, el reconocer derechos a los individuos frente al Estado y no regular las relaciones entre los Estados como lo hace el 'derecho de gentes'.

Además de lo establecido

en la Convención de Viena, aplicable con carácter general en el derecho internacional, y de lo que disponen muchas constituciones nacionales, son varios los instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran expresamente la regla de interpretación pro homine, tanto en el ámbito universal, como en el propio sistema interamericano de estos derechos. Sin pretender presentar una enumeración detallada y exacta de las normas internacionales, y a modo de ejemplo, se pueden citar las siguientes disposiciones de algunos de estos instrumentos internacionales de carácter universal" ([www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf)).

En aplicación del citado principio no le asiste razón al M.S.P. cuando, al contestar el traslado del excepcionamiento de inconstitucionalidad introducido, convocando determinados instrumentos internacionales que cita, postula la constitucionalidad de la norma impugnada.

Así, menciona a fs. 189 que según el PIDECS, en lo que refiere a la atención a la salud comprende aspectos preventivos y de asistencia en caso de enfermedad que se concretan en una serie de derechos: 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; c) la salud materna, infantil y reproductiva; el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos.

Agrega que sin perjuicio del desarrollo progresivo del derecho a la salud, característica inherente a los derechos humanos de la segunda generación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha señalado que los Estados tienen una obligación mínima básica de garantizar la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto.

Indicando seguidamente: "Este contenido mínimo y esencial del Derecho a la Salud, es el garantizado por tal pacto, el 'contenido mínimo del Derecho a la Salud' que implica la garantía mínima constitucional, respecto de la cual no pueden dictarse leyes por debajo del mismo, pero sí por encima de tal mínimo".

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.

Es de señalar asimismo que, la persona afectada debe acreditar cuál es la enfermedad que padece y que para su estado de evolución, corresponde proporcionar el medicamento que pretende acreditando fehacientemente su viabilidad a través de prueba idónea a tales efectos, así como que carece de recursos suficientes para cubrir los costos del tratamiento, de forma acorde al requerimiento contenido en la Carta Magna.

En suma, como lo ha sostenido la Corte en reiteradas oportunidades, 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, lo que determina corresponda declarar su inaplicabilidad al caso concreto.

VII) Sin perjuicio de compartir lo dicho por la mayoría, el Sr. Ministro Dr. Hounie, señala que a diferencia de lo que sostiene el Sr. Fiscal de Corte (en especial, a fs. 243 y 244 vto.), no puede deducirse que la conjunción "e" ("autorizados (...) e incluidos") contenida en la norma significa que todos los medicamentos autorizados deban ser incorporados en

el FTM, sino que lo que la norma indica es que el paciente tiene derecho a acceder a aquellos que tengan ambas calidades (que se encuentren autorizados y, a la vez, incluidos en el FTM). Así, lo deja desprovisto del derecho de acceso a aquellos medicamentos que estén autorizados, pero no incluidos en el vademécum.

El art. 10 de la Ley No. 18.335 es claro al respecto, así como también lo es la práctica que, a diario, se da en los tribunales con los recursos de amparo, desde que en casi todos (por no decir todos) los casos se discute sobre medicamentos autorizados por el Ministerio de Salud Pública, pero no incluidos en el vademécum.

Como ya lo sostuvo cuando integraba el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to. Turno, en Sentencia identificada como SEF-0006-000173/2013: *"Dicha Cartera [en referencia al Ministerio de Salud Pública] es la encargada de preservar la salud de los habitantes, bien fundamental que no puede estar supeditado a las contingencias de un trámite burocrático de tal naturaleza [la inclusión en el FTM], que bien puede durar meses e, inclusive, años.*

*De lo expuesto se infiere que mediante el cumplimiento de los requisitos formales que el apelante (MSP) alega para fundar su negativa a suministrar el medicamento (si la droga está o no*

*incorporada al Formulario Terapéutico de Medicamentos, así como la necesidad de cumplir con el procedimiento técnico-científico para su inclusión), se está, en puridad, desconociendo derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.*

*Cabe recordar que 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'".*

*Es este el caso de autos y por ello cabe concluir que "de lo que aquí se trata es*

de que el actor no se vea privado de un medicamento esencial para su salud durante el lapso indicado por sus médicos tratantes, puesto que lo que está en juego es, nada menos, que la posibilidad de que el paciente continúe con vida”.

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.

No hay una razón de interés general que justifique una limitación de tal naturaleza, sino que, como bien dice el Sr. Ministro Dr. Larrieux, se trata de una razón meramente económica.

VIII) Por último, consideramos que la norma resulta inconvencional.

En efecto, el art. 10 del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por Ley No. 16.519) establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como disfrute de bienestar físico y mental, lo que eleva a la categoría de Bien Público.

La referida normativa internacional, por la vía del art. 72 de la Constitu-

ción, se incorpora con carácter constitucional, según jurisprudencia constante de la Corporación (entre otras, Sentencia No. 365/2010).

En suma, 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.

En éste sentido, debe reconocerse que la ley contradice la garantía constitucional de acceso a la salud. Si bien en el inciso 2 del art. 7 de la Ley No. 18.335 se asegura el acceso a los medicamentos incluidos en el FTM a "todo paciente", ello no resulta suficiente para garantizar un pleno acceso, conforme viene de analizarse. El inc. 3 del art. 44 la Constitución establece que "El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes" (destacado no original).

Como se puede apreciar de la simple lectura del precepto constitucional violado, el constituyente no sólo aseguró los medios de asistencia en salud gratuita para indigentes, sino también para aquellos carentes de recursos suficientes.

Huelga decir que no se necesita ser indigente para carecer de recursos suficientes que permitan sufragar el altísimo costo de determinados tratamientos médicos, lo que motivó en nuestro país la creación del Fondo Nacional de Recursos.

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.

El redactor si bien comparte dichos argumentos, aclara 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.

IX) Atento a la solución arribada no se impondrán especiales condenaciones en el grado.

Por los fundamentos expuestos la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

**FALLA:**

DECLÁRASE INCONSTITUCIONAL Y  
POR ENDE INAPLICABLE AL ACTOR EL ARTÍCULO 7 INCISO 2º DE  
LA LEY NO. 18.335, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN EL GRADO.  
OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE  
PRESIDENTE DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ  
MINISTRA DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: en cuanto en-  
tiendo que corresponde  
desestimar la excepción de  
inconstitucionalidad, con  
costas de oficio y sin

especial condena en costos.

I) Respecto a las resultan-  
cias de autos, me remito a lo expresado por la mayoría  
que concurre al dictado de este pronunciamiento.

II) Coincido con los Sres.

Ministros Dres. Larrieux, Pérez Manrique y Hounie en que corresponde desestimar la existencia de una transgresión del derecho a la igualdad como base de la inconstitucionalidad y me remito a la argumentación realizada sobre el punto en la sentencia.

III) La presente decisión debe centrarse exclusivamente en la consideración de la constitucionalidad de la norma impugnada, sin siquiera rozar el sensible tema objeto del accionamiento en el que se deduce la inconstitucionalidad.

Tampoco corresponde ingresar al análisis de la licitud o ilicitud del accionar de la Administración, ni a consideraciones sobre la eficacia del medicamento para tratar el padecimiento del actor, ni a ningún aspecto sometido a la decisión de los jueces de mérito.

Asimismo, no corresponde analizar la regularidad constitucional de normas no impugnadas y, menos aún, de normas respecto de las cuales esta Corporación carece de competencia para juzgar acerca de su constitucionalidad (normas de orden administrativo).

IV) Corresponde, sí, analizar la alegada transgresión del derecho a la salud consagrado por el artículo 44 de la Constitución y, a mi juicio, desestimar la pretensión de inconstitucionalidad

del art. 7 de la Ley No. 18.335 por los argumentos que se desarrollarán a continuación.

En primer lugar, no comparto los extensos desarrollos que realiza el Sr. Fiscal de Corte para concluir en una interpretación de la norma impugnada que, a su criterio, resulta conforme con el artículo 44 de la Constitución.

Entiendo que 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 2 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 derivados de su utilización"*.

La interpretación propuesta 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.

Aún cuando se admita que, no por estar contenidas 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 Ltda., Montevideo, 1996, pág. 66).

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

En definitiva, respecto a la cuestión en análisis, entiendo que el representante de la Fiscalía General de la Nación realiza este esfuerzo hermenéutico para concluir en una interpretación que considera "conforme con la norma

constitucional", partiendo de otorgarle al artículo 44 de la Constitución un alcance que, a mi criterio, no tiene.

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, partiremos de la opinión de Horacio Cassinelli Muñoz en Estudio Constitucional comparado, 1989, Organización Panamericana de la Salud, págs. 458 y ss., publicado en la compilación de estudios del autor realizada por Carlos Sacchi y publicada por La Ley Uruguay, págs. 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.*

*Tampoco se menciona explícitamente 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 de salud latu 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 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 artículo 10 también constitucional..." (op. cit. fs. 861-863).*

*Profundizando en el contenido 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 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, págs. 130-131).*

Para dilucidar el contenido 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.).

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, en mi opinión, para la dilucidación de la cuestión debatida en autos.

Como sostuve, integrando la mayoría, en Sentencia No. 201/2014 del TAC de 6to. 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 dice el Dr. Larrieux en su voto, 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, por más valiosos que éstos sean, quien está, en principio, llamado por la

propia Constitución a satisfacerlos cubriendo las distintas 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 hiciera, desconocería el 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 incurriere en cuestiones de naturaleza política ajenas a sus cometidos funcionales".

"Como sostiene Vigo (De la Ley al Derecho, pág. 221), el juego del equilibrio de poderes es muy delicado y frágil. Uno de los factores que más gravemente puede contribuir a la disfuncionalidad 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".

V) El artículo 44 de la Constitución establece, en su inciso tercero: "El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes".

A mi juicio, una demanda como la planteada en autos, fundada en la violación de la referida disposición constitucional, debe contener los elementos suficientes, tanto en materia de alegación, como de prueba, para que el decisor pueda evaluar cabalmente si se cumple o no con el requisito relativo a la carencia de recursos suficientes.

En el caso, el actor se limitó a expresar que "no cuenta con los medios económicos necesarios para costear el mismo y se le ha negado el medicamento en base al art. 7 de la Ley No. 18.335".

Aun cuando la carencia de recursos deba relacionarse con la posibilidad de acceder a un medicamento o a un tratamiento determinado, estimo que no basta con una alegación genérica para cumplir con lo que la Constitución requiere.

Al menos, debe alegarse un determinado nivel de ingresos que, en lo posible, debe acreditarse, además de describir el estado patrimonial del promotor, aun cuando no quepa exigir un análisis excesivamente pormenorizado o detallado para cumplir con el fin buscado.

Lo contrario significa desconocer la exigencia constitucional y dejar librada a la parte interesada la calificación de la suficiencia o

insuficiencia de los recursos con que cuenta para atender su salud.

**DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE**  
**SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**