

# Salud, medicamentos de alto costo, derechos humanos y la Constitución Uruguaya

*Health, high-cost medicines, human rights and the Uruguayan Constitution*

Martín RISSO FERRAND<sup>1</sup>

**Resumen:** La relación entre el derecho a la salud y a recibir una asistencia médica adecuada siempre ha sido un problema. No hay duda en cuanto a la existencia del derecho, pero hay disposiciones, como el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que relativizan el alcance de las obligaciones del Estado en esta materia. En general se afirma que no es posible satisfacer este derecho en forma completa. Con este punto de partida, se explora la regulación internacional de la salud, para pasar luego al estudio de la Constitución uruguaya y del seguro médico existente. En definitiva, para el caso en estudio, se cuestiona la mesura del artículo 26 y se concluye en que el Estado debe hacerse cargo de los medicamentos cuando el individuo no pueda afrontar su costo.

**Palabras clave:** Derecho a la salud, principio de igualdad, obligaciones del Estado en materia de salud.

**Abstract:** The relationship between the right to health and the right to adequate medical care has always been a problem. There is no doubt as to the existence of the right, but there are provisions, such as Article 26 of the ACHR, that relativize the scope of the State's obligations in this area. It is generally stated that it is not possible to fully satisfy this right. With this starting point, the international regulation of the matter is explored, and then moves on to the study of the Uruguayan Constitution and the existing health insurance. In short, for the case under study, the moderation of article 26 is questioned, and it is concluded that the State must take charge of medicines when the individual cannot afford them.

**Keywords:** Right to health, principle of equality, obligations of the State in the field of health.

---

<sup>1</sup> Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento de Derecho. Montevideo, Uruguay. Correo electrónico: [mrisso@ucu.edu.uy](mailto:mrisso@ucu.edu.uy)

## 1. Objeto

Los avances de la ciencia nos enfrentan a que situaciones excepcionales en el pasado pasan a ser habituales en la actualidad. Así, es en cierta forma frecuente que, para enfermedades muy graves, crónicas o terminales, se desarrollen nuevas drogas cuyo costo económico puede estar en sumas equivalentes a los US\$ 20.000 por mes. La situación es muy grave. Por un lado, muchos serán los sujetos que no podrán agregar en sus presupuestos costos anuales de, por ejemplo, US\$ 240.000<sup>2</sup>. ¿Qué ocurre en estos casos? ¿Solo podrán tener un adecuado tratamiento de su salud las personas ricas? ¿El Estado debe intervenir y, restableciendo la igualdad entre los individuos, hacerse cargo del costo del tratamiento?

Y, a continuación, surgen interrogantes económicas y jurídicas. ¿Es viable, económicamente hablando, que el Estado se haga cargo de la situación? A esto se agrega que varias normas y sentencias internacionales dan una pauta de medida. El artículo 26 de la CADH, por ejemplo, con la referencia al progresivo desarrollo de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, más la referencia o condicionamiento a la existencia de recursos suficientes, pone en duda una respuesta afirmativa a las interrogantes del párrafo anterior, sin perjuicio de los desarrollos realizados por la Corte IDH que se mencionarán más adelante. Desde el punto de vista jurídico: ¿en qué queda el principio de igualdad si no se interviene en áreas tan sensibles como la atención de quien padece una enfermedad terminal o crónica?

Debe adelantarse que la Constitución uruguaya contiene normas más protectoras en materia de salud que las del derecho internacional, lo que marcará algunas diferencias en el tratamiento del tema. Esto es, se hará un análisis básicamente para Uruguay, pero no necesariamente trasladable a otros países. La norma central para responder a las interrogantes será el artículo 44 de la Carta uruguaya.

Para abordar tan compleja cuestión, procederé, en primer lugar, a analizar la interacción entre la regulación internacional y la regulación constitucional en materia de derechos humanos, apuntando a los criterios para superar diferencias entre ellas, pero refiriéndome a la situación del derecho uruguayo del que luego aplicaré la Constitución. A continuación, realizaré algunas consideraciones generales en cuanto al contenido del derecho a la salud, con una visión básicamente internacional, reparando en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cumplido con esto procederé al análisis del derecho uruguayo a nivel constitucional y legal. Por último, formularé algunas consideraciones finales.

<sup>2</sup> Estos montos aparecen con frecuencia en la jurisprudencia nacional sobre amparos. [Disponible en: [poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam](http://poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSimple.seam)].

## 2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Constitución

El relacionamiento histórico de la Carta y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), en Uruguay, enfrentó, en líneas generales, los mismos problemas que presentaba el derecho comparado, pero a finales del siglo XX comenzó un cambio interpretativo (quizás mutativo). Deben tenerse presente dos cosas. Primero, que desde 1918 el Derecho Constitucional uruguayo contiene una disposición que, reconociendo sus antecedentes en la Enmienda IX a la Constitución de EE. UU. y la Constitución argentina, dispone que, además de los derechos fundamentales expresamente establecidos en el texto constitucional, similar naturaleza deberá reconocerse a otros no contenidos en la Carta, pero que sean inherentes a la persona humana o deriven de la forma republicana de gobierno (artículo 72 actual). Y el segundo, que el texto constitucional no fue objeto de ninguna reforma que refiera al Derecho Internacional de los Derechos Humanos o a la forma de relacionarse este con la Constitución; por esto, el camino uruguayo ha sido el de la interpretación evolutiva de normas anteriores al DIDH.

La primera aproximación o relacionamiento de la Constitución con el en ese entonces incipiente Derecho Internacional de los Derechos Humanos se produjo cuando Alberto Ramón Real, inspirándose, seguramente, en normas internacionales, formuló una lista de derechos que si bien no tenían texto expreso se les debía reconocer rango constitucional con base en el artículo 72 de la Constitución<sup>3</sup>, produciéndose así, en los años cincuenta, una primera reinterpretación del artículo 72. Los derechos constitucionales se ampliaron y completaron, sin reforma del texto constitucional.

A finales del siglo XX, recogiendo una fuerte tendencia en el continente, el artículo 72 fue nuevamente reinterpretado, en el sentido que dicha disposición constituía la puerta de ingreso de todos los derechos contenidos en el DIDH, con rango constitucional. Se procedía así a una suerte de constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con base en textos provenientes de 1918 y que sin duda en ningún momento sugirieron a sus autores esta posibilidad<sup>4</sup>. Se llegaba mediante esta reinterpretación a una solución parecida a la de la actual Constitución argentina, pero sin reforma formal.

La argumentación era sencilla: conforme al artículo 72 tienen rango constitucional los derechos no enunciados expresamente en la Constitución que sean inherentes a la persona humana, entonces ¿qué mejor argumento hay para aceptar que un derecho presenta dicha característica que la constatación de que es reconocido como derecho humano por el DIDH? En cierta forma lo que se hacía era invertir la carga de la argumentación. Antes, quien deseaba que se aceptara un derecho no establecido a texto expreso por la vía del artículo 72 debía ar-

3 Real (2005).

4 Cajaville (1996); Risso (1996); Risso (2011). Más ampliamente Risso (2022), pp. 56 y ss.

gumentar y convencer sobre la inherencia requerida por la disposición, pero con esta variante interpretativa si el derecho humano es reconocido como tal por el DIDH se parte de que es inherente a la personalidad y quien contradiga esto deberá argumentarlo y convencer (lo que no será fácil teniendo en contra al DIDH).

A finales del siglo XX comenzó a desarrollarse una noción latinoamericana del *bloque de los derechos humanos*<sup>5</sup>, distinta a la europea<sup>6</sup>, y desde 2004 se ha sostenido que este bloque es enteramente compatible con la Constitución uruguaya<sup>7</sup>. Dentro del bloque corresponde situar todas las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales, las internacionales con igual contenido y los derechos implícitos en ambos sistemas, pero aún no desarrollados. Por sentencia de la de Justicia de 2009<sup>8</sup>, se reconoció la procedencia, agrego que la necesidad, de recurrir al bloque de los derechos humanos. Luego de una pausa de cierta incertidumbre jurisprudencial, entre los años 2013 y 2017, hoy se está retomando dicha senda, siendo cada vez más frecuente en todos los niveles del Poder Judicial el uso directo del bloque, el control de convencionalidad, las directrices de interpretación, etc. Por ejemplo, puede señalarse la sentencia de la Suprema Corte de 10 de mayo de 2022<sup>9</sup> y, en la jurisdicción de primera y segunda instancia, encontramos, entre otras, sentencias que han inaplicado una ley por considerarla contraria a la Convención Americana.

Dentro del bloque, y como consecuencia del principio *pro persona*, se desprenden, entre otros, dos postulados: a) directriz de preferencia de normas que postula que cuando son aplicables dos disposiciones vinculadas a los derechos humanos con contenido distinto, el intérprete debe aplicar la disposición más favorable al derecho con independencia de su rango jerárquico o de su fuente jurídica (nacional o internacional); y b) directriz de preferencia de interpretaciones conforme la cual entre más de una interpretación razonable de la disposición debe optarse por aquella que mejor protege al derecho, que le da mayor alcance o lo garantiza mejor.

Reitero que este proceso se hizo sin modificaciones formales de la Constitución.

5 Risso (2022), pp. 51-54.

6 Bidart Campos (1995), p. 264; Favoreu *et al.* (1999), pp. 120 y ss.; Nogueira (2007), p. I:426.

7 Risso (2011). Más desarrollado en Risso (2022), pp. 56 y ss.

8 Suprema Corte de Justicia, sentencia N.º 365/2009, de 19 octubre de 2009.

9 Risso *et al.* (2023), pp. 19 y ss. Suprema Corte de Justicia, sentencia N.º 286 de 10 de mayo de 2022.

### 3. Derecho a la salud y derecho a la asistencia sanitaria en el sistema interamericano de derechos humanos

El derecho a la salud es un concepto más amplio que el derecho a la asistencia sanitaria o médica. El primero refiere a disfrutar del estándar más amplio posible de salud física y mental (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC]). La Organización Mundial de la Salud lo considera como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no a la ausencia de afecciones o enfermedades, que se caracteriza sobre cuatro elementos básicos: i) disponibilidad (lugares suficientes, bienes, etc.), ii) la accesibilidad (al alcance de todos y sin discriminación), iii) aceptabilidad (que se brinden los servicios respetando las diferencias de los distintos grupos o pacientes) y iv) calidad (refiere a la formación de los profesionales y la idoneidad del equipamiento disponible)<sup>10</sup>. Este derecho a la salud es el género dentro del cual se presentan varias especies. Así, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el derecho a que se asegure la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

La asistencia médica aparece entonces dentro del concepto más general del derecho a la salud.

La base normativa del derecho a la salud puede encontrarse en varios lugares todos complementarios entre sí. En primer lugar, puede verse su base en la dignidad de la persona humana, o bien como un derivado del propio derecho a la vida que no aparece como un derecho a no morir, sino a vivir en determinadas condiciones mínimas de protección, o bien como derecho de segunda generación (por ejemplo, en el artículo 26 de la CADH).

Una buena aproximación la encontramos en el Protocolo de San Salvador que dispone que:

#### Artículo 10 Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

---

<sup>10</sup> Illan y Hernández (2021), p. 90.

- b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y
- f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Necesariamente el derecho a la salud tiene una clara relación con el derecho a la vida. La Corte IDH ha calificado el derecho a la vida como un prerrequisito para el goce y disfrute de los demás derechos<sup>11</sup> o presupuesto esencial<sup>12</sup>. Asimismo, la Corte ha declarado la obligación positiva de los Estados de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para el pleno ejercicio de los derechos<sup>13</sup>, destacando que se deben adoptar medidas positivas concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a la vida digna, “en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad o riesgo”<sup>14</sup>. Pero junto con las obligaciones que se traducen en medidas positivas aparece también la obligación negativa de evitar que nadie sea privado de su vida en forma arbitraria<sup>15</sup>.

Además de referencias generales a la salud y a las obligaciones del Estado en la materia, Cárdenas<sup>16</sup> ha destacado varios desarrollos específicos de este derecho: en materia de emergencias médicas<sup>17</sup> personas enfermas de VIH<sup>18</sup>, personas privadas de libertad<sup>19</sup>, salud del trabajador<sup>20</sup>, personas con discapacidad<sup>21</sup>, seguridad social, niñez<sup>22</sup> y emergencia obstétrica<sup>23</sup>. Cabe preguntarse cuándo se agregará como grupo vulnerable a aquel que comprenda a todas las personas que no puedan afrontar los costos de la asistencia médica con independencia de estar o no en una situación de pobreza.

11 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala*, 19 de noviembre de 1999.

12 Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 5 de julio de 2006.

13 Corte IDH, *Chinchilla Sandoval y otros vs. Venezuela*, 29 de febrero de 2016.

14 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 de junio de 2005.

15 Corte IDH, *Caso Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela*, 22 de agosto de 2017.

16 Cárdenas-Contreras (2003), p. 15.

17 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8 de marzo de 2018.

18 Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 23 de agosto de 2018.

19 Corte IDH, *Hernández vs. Argentina*, 22 de noviembre de 2019.

20 Corte IDH, *Spoltore vs. Argentina*, 9 de junio de 2020.

21 Corte IDH, *Guachala Chimbo vs. Ecuador*, 26 de marzo de 2021.

22 Corte IDH, *Vera Rojas y otros vs. Chile*, 1 de octubre de 2021.

23 Corte IDH, *Manuela vs. El Salvador*, 2 de noviembre de 2021.

De todas formas, en cada desarrollo se encuentran aspectos trasladables fuera del grupo a que refiere la Corte. Por ejemplo, ha enfatizado la Corte los deberes de los Estados en materia de control y supervisión en el caso de un contagio de VIH por una transfusión<sup>24</sup> y de velar por la mejor calidad de los servicios de atención de salud y de asegurarse que los profesionales o tratamientos sean idóneos para la atención<sup>25</sup>, destacando que frente a la muerte debe verse su contexto médico en cuanto los actos u omisiones que nieguen el acceso a la urgencia o tratamientos médicos esenciales, si hubo negligencia médica grave y la existencia de nexo causal. Refiriendo al VIH, pero en expresiones que trascienden el caso, ha dicho la Corte que:

226. El Estado debe diseñar un mecanismo **para garantizar la accesibilidad, disponibilidad y calidad de los antirretrovirales, los exámenes diagnósticos y las prestaciones en salud para la población con el VIH**. Este mecanismo debe **cumplir los siguientes objetivos mínimos**, los cuales deberán ser cumplidos por medio de las acciones que establezcan las entidades estatales, y cuyas metas serán medidas de acuerdo con los indicadores que se establezcan en el marco de una política pública participativa: i) aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de medicamentos antirretrovirales, de pruebas diagnósticas para la detección del VIH y para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades oportunistas, ii) mejorar los programas de atención a la población que vive con el VIH y aumentar la cobertura de atención, iii) aumentar y mejorar las medidas inmediatas y urgentes en materia de atención en salud a la población con VIH, iv) mejorar la información disponible para la toma de decisiones por todas las autoridades competentes. Asimismo, para que el diseño e implementación de este mecanismo sea efectivo, el Estado deberá convocar la participación de la comunidad médica, de personas que viven con el VIH que sean usuarios del sistema de salud, y de organizaciones que los representen, y de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala en lo que respecta a la fijación de prioridades de atención, la adopción de decisiones, la planificación y la evaluación de estrategias para la mejor atención de la salud (*Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 2018)<sup>26</sup>.

Las referencias a los deberes de contralor y fiscalización del Estado, así como el desarrollo progresivo de estas obligaciones exceden la regulación específica de los casos de VIH. No sería admisible que lo anterior fuera de aplicación para personas con VIH, pero no a personas con esclerosis múltiple, por ejemplo.

---

24 Corte IDH, *Caso González Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015.

25 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8 de marzo de 2018.

26 Los énfasis no están en el texto original.

Al referir a la asistencia médica, dentro del concepto más amplio de salud, es necesario detenerse brevemente en desde cuándo nace este derecho a la asistencia médica. Esto es siendo la vida el prerrequisito de la salud, cabe recordar que en *Artavia Murillo*<sup>27</sup>, analizando la fecundación *in vitro*, la Corte IDH refirió, entre otras cosas, al concepto de *concepción*, a la expresión *en general* del artículo 4 de la Convención y a la *protección gradual e incremental del derecho a la vida*. Así realizó una interpretación en varios momentos, primero, conforme al sentido corriente de los términos, luego una interpretación sistemática e histórica, a continuación, evolutiva y, por último, en atención al objeto y al fin del tratado.

En el primer momento se enfoca en los conceptos de implantación, persona y ser humano y en la expresión “en general” del artículo 4 de la Convención. Respecto a la *concepción* la Corte destaca los avances científicos que se han producido desde la redacción de la CADH, que hacen necesarios ajustes, y luego repara en las distintas opiniones al respecto. En definitiva, considera que la *concepción* debe entenderse como el momento de la “implantación” del óvulo fecundado en el útero. De esta forma distingue la fecundación de la implantación, considerando que *concepción* se corresponde con la última. En el momento sistemático e histórico la Corte refiere a los medios utilizables para la interpretación invocando la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. Señala los trabajos preparatorios dentro del sistema interamericano (de la Declaración y de la Convención).

En definitiva, la Corte concluyó:

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general<sup>28</sup>.

Una mención especial merece el artículo 26 de la CADH respecto al cual la Corte ha ido evolucionando en su jurisprudencia. Esta disposición establece:

27 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012.

28 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012.



Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Se trata de una disposición claramente programática<sup>29</sup>, en que se marca la necesidad de adoptar providencias (no especificadas) hacia donde debe moverse el Estado y establece que estos esfuerzos deben constituir un avance *progresivo* en la dirección de este artículo 26. Hay una suerte de condicionamiento a la existencia de recursos disponibles que ha ido siendo ajustado por la Corte IDH.

La Corte IDH ha ido desarrollando sus criterios sobre esta disposición. De un uso mínimo, pasó por pronunciamientos que fueron dando una creciente cobertura y comenzó a distinguir la doble dimensión de los DESC: una individual y otra colectiva<sup>30</sup>, hasta llegar al caso *Acevedo Buendía*<sup>31</sup>, en que citando al TEDH señaló:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.

Y en *Lagos del Campo*<sup>32</sup> estableció:

142. Tal como fue señalado en el Caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, este Tribunal tiene el derecho a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción.

29 Entendida en el sentido y con los efectos usados por la doctrina uruguaya: Risso (2021), pp. 271 a 297.

30 Corte IDH, “*Cinco pensionistas*” vs. Perú, 28 de febrero de 2003. Corte IDH, *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, 24 de noviembre de 2011.

31 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, 1 de julio de 2009.

32 Corte IDH, *Lagos del Campo vs. Perú*, 31 de agosto de 2017.

En este mismo sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones. Asimismo, resulta pertinente notar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

La Corte ha dicho sobre esta disposición que es competente para analizar violaciones a estos derechos y, luego de referir a los antecedentes de este artículo, ha señalado que el artículo 26 se encuentra en la Parte I de la CADH y por ende los Estados están sometidos a las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención<sup>33</sup>. Recuerda asimismo la Corte la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales, entendidos integralmente como derechos sin jerarquías entre ellos<sup>34</sup>.

En *Muelle Flores*<sup>35</sup>, citando jurisprudencia anterior, señaló la Corte:

Así, resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho.

Sobre la progresividad y no regresión, ha señalado la Corte, que no impide que se restrinjan derechos, sino que refiere a la justificación de dicha medida. Así ha dicho:

33 Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 23 de agosto de 2018.

34 Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, 1 de julio de 2009.

35 Corte IDH, *Muelle Flores vs. Perú*, 6 de mayo de 2019.

143. Como correlato de lo anterior, la Corte ha considerado que 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 Tribunal ha retomado lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en el sentido que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] 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 esta faceta del principio de progresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales se trate. [...]

146. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal reitera que las obligaciones de realización progresiva de los DESCAs requieren la continua realización de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos. De esta forma, la dimensión progresiva de protección de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables. En esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal. Este riesgo ocurre en relación con personas que viven con el VIH que no reciben atención médica adecuada. Por ende, la Corte considera que el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que de facto —y no sólo de jure— le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud.

147. En efecto, la determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y los recursos disponibles. Sin embargo, la Corte reconoce que el margen con el que gozan los Estados para la realización efectiva de los DESCAs no justifica la inacción en su protección. En este sentido, en el presente caso, el Tribunal recuerda

que ha quedado demostrado que el Estado, a pesar de contar con una serie de leyes y programas diseñados para la atención de personas que viven con el VIH, no proveyó tratamiento médico antes del año 2004 para garantizar el derecho a la salud de dichas personas, salvo para atender a un número limitado de personas, confiando esta tarea en la acción de organizaciones no gubernamentales. El Estado reconoció esta situación en diversos momentos ante el Tribunal y buscó justificar la falta de atención médica progresiva antes del año 2004, a pesar de la existencia de legislación interna que establecía una obligación de protección para diversas autoridades. De esta forma, la Corte considera que la inacción por parte del Estado, antes del año 2004, constituyó un incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de protección progresiva del derecho a la salud, en violación al artículo 26 de la Convención Americana<sup>36</sup>.

Con base en la Opinión Consultiva 10/89, Garat destaca que el artículo 29 de la CADH orienta la interpretación del artículo 26 en la línea de los otros instrumentos regionales de derechos humanos<sup>37</sup>.

#### 4. La cuestión en la Constitución uruguaya

Al ingresar en este capítulo debe tenerse presente, necesariamente, lo ya dicho sobre la armonización de la Constitución uruguaya y el DIDH y, en especial, las llamadas directrices de preferencia, tanto de disposiciones como de interpretaciones, así como la necesaria interpretación expansiva de las disposiciones referidas a derechos humanos.

Hace casi ochenta años, Justino Jiménez de Aréchaga definía el derecho a la vida, el derecho a vivir y a sobrevivir, pero inmediatamente agregaba que esto debía realizarse dentro de ciertas seguridades y confort mínimos. A continuación, mencionaba las especificaciones constitucionales de este derecho: prohibición de la pena de muerte, protección de la infancia, de la maternidad, de los trabajadores, vivienda, salud, seguridad social, protección de los indigentes y personas con discapacidades, etc.<sup>38</sup>

En la Constitución se aprecia que el derecho a la vida comprende dos aspectos claros. Por un lado, el derecho a sobrevivir, a no ser privado de su vida en forma arbitraria, en donde aparece la prohibición, por ejemplo, de la pena de muerte (artículo 26 de la Constitución uru-

36 Corte IDH, *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, 23 de agosto de 2018.

37 Garat (2015).

38 Jiménez de Aréchaga (1992), p. 230.

guaya sin ninguna excepción) y, por otra parte, la existencia de ciertas condiciones mínimas para el ejercicio del derecho a la vida. En esta segunda parte aparecen en nuestra Carta varias previsiones trascendentes. A saber: la protección de la familia, y en especial de los hijos, que surge de los artículos 40 y 41; la protección especial de la maternidad (en sentido amplio y no solo del período de embarazo); el artículo 44, norma central, sobre la que volveré más adelante; el derecho a la vivienda decorosa del artículo 45; la obligación del Estado de dar asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo; el deber del Estado de combatir los vicios sociales (artículo 46); el derecho a vivir en un ambiente sano, que incluye el acceso al agua potable y al saneamiento (artículo 47); normas referidas al trabajo en situación de dependencia (artículo 53 y ss.) que incluye previsiones especiales que aparecen dentro del derecho a la salud, por ejemplo, alimentación y alojamiento adecuadas; derecho a la seguridad social del artículo 67 que incluye previsiones especiales sobre accidentes de trabajo, invalidez, enfermedad, etc. (incluso, todo el sistema apunta a que los jubilados y pensionistas, grupos potencialmente vulnerables, tengan condiciones mínimas de vida compatibles con la dignidad de la persona humana); el artículo 54 dispone que la ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, y entre otros aspectos, *la higiene física y moral*; el artículo 68, al referir a los únicos casos en que es posible la intervención del Estado en materia de enseñanza, menciona el objetivo de mantener la higiene (similar preocupación encontramos en materia de derecho de reunión del artículo 38).

## 5. El inciso 1 del artículo 44 de la Constitución

A partir de este momento me centraré en los aspectos de la salud referidos a la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades o en general de afectaciones a la salud de las personas, refiriendo básicamente al artículo 44 de la Constitución.

Como ya señalé, estos aspectos encuentran su base normativa en la dignidad de la persona humana, en el derecho a la vida (a vivir con determinadas condiciones mínimas de confort y seguridades), como derecho de segunda generación y, por último, vinculado a la noción de igualdad material. Todo enmarcado dentro de un Estado de derecho propio del siglo XXI, al que se podrá llamar Estado social de derecho, Estado constitucional de derecho, o de otras formas, pero siempre conducirá, en el marco del principio de igualdad material, a que el Estado debe asegurar determinadas condiciones mínimas de este derecho.

El inciso 1 del artículo 44 dispone que:

*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.*

La disposición es clara en cuanto a que impone una obligación de hacer (legislar) a cargo del Estado<sup>39</sup>. La referencia a la ley podría hacer pensar que el inciso es menos protector que el DIDH que habla de medidas u obligaciones positivas a cargo del Estado, lo que incluye, claro está, obligaciones de legislar, pero también otras acciones. De todas formas, no creo que pueda limitarse el artículo 44 a la obligación de legislar, sino que la obligación de legislar conlleva la obligación de cumplir con la ley sea mediante el dictado de actos inferiores, mediante políticas y acciones del Estado, etc. Y por supuesto, si alguna duda quedara, el DIDH nos permitirá sin dificultad alguna realizar una interpretación amplia, expansiva de la disposición, de forma que nada quedará excluido.

Debe repararse ahora en la referencia a *todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas*, y especialmente en el “todas”. Acá el Estado encontrará las obligaciones de instrumentar, controlar y fiscalizar en todo lo relacionado a salud e higiene públicas. Aquí aparece la base constitucional para los innumerables controles a cargo del Estado respecto a las instituciones de asistencia médica, clínicas, laboratorios, idoneidad del personal que cumple funciones en esta área, etc. Si vemos la jurisprudencia de la Corte IDH se ven casos en que fallaron o fueron insuficientes estas tareas de control o fiscalización, tareas que están presentes en nuestra Carta.

La historia nacional, así como la cultura e idiosincrasia de la sociedad, nos demuestran la aceptación de un fuerte intervencionismo estatal, en el marco del cual y aprovechando las bases constitucionales para el área de salud, se avanza en sentidos correctos, pero a veces con excesos no apropiados. En muchos casos parece que en materia de salud se ha invertido el principio general de libertad (del que surge que se puede hacer todo lo que no está prohibido por ley) y solo se puede actuar con la autorización apropiada y necesaria. Esto es un error claro ya que la Constitución y las normas internacionales, si bien permiten y exigen la intervención del Estado, no autorizan a la inversión de los principios generales. El Estado deberá actuar conforme y respetando el principio de libertad y el de legalidad; no podrá exceder las atribuciones legales ni actuar conforme a poderes no reconocidos por el legislador.

Asimismo, se pueden ver acciones y políticas, seguramente bien intencionadas, pero que constituyen excesos. Por ejemplo, las IAMC (instituciones de asistencia médica colectiva, privadas) ven limitado hasta el uso que pueden hacer de los recursos económicos que reciben de sus afiliados y muchas veces el Estado cree que puede someter a su decisión final situaciones

<sup>39</sup> Robaina (2018), pp. 26 y ss.

estratégicas que están dentro de la autonomía privada, o bien se interviene aun cuando no hay irregularidad ni obligaciones incumplidas por lo que se debe respetar la decisión privada.

O sea, aparece un límite complejo entre lo que puede hacer y no hacer el Estado en materia de salud. Por supuesto que como control o fiscalización es mucho lo que está a cargo del Estado, pero se debe cuidar el respeto de los derechos de primera generación y no transformar a las IAMC en entidades casi estatales totalmente sometidas al intervencionismo del Ministerio u otros órganos. Y no se puede olvidar que no hay ley que permita esto.

Adviértase incluso que el artículo 44, en su inciso 1, no da base para un intervencionismo sin límites o, si se prefiere, totalmente librado a las autoridades de turno, sino que esta intervención tiene objetivos precisos: *procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.*

La Ley N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005, que sentó las bases del “sistema nacional integrado de salud”, fue seguida por varias leyes, pero la más importante fue la Ley N.º 18.211, de 5 de diciembre de 2007. Esta ley creó un seguro nacional de salud que es financiado con el Fondo Nacional de Salud, administrado por el Banco de Previsión Social (BPS). Este fondo se nutre con los aportes obligatorios de trabajadores y empresas, aportes estatales, aportes de ciertos jubilados, aportes de los servicios privados integrales y rentas generadas por los activos. Los beneficiarios pueden optar entre afiliarse a una institución de asistencia médica colectiva (IAMC) contratada por BPS, o a ASSE (Administración de los Servicios de Salud del Estado), salvo quienes se hayan afiliado a otros regímenes privados.

En cuanto a las prestaciones a cargo de las IAMC encontramos al menos dos tipos claramente definidos. En primer lugar, las prestaciones obligatorias que deben prestar a todos sus afiliados en un régimen de igualdad y bajo el control de las autoridades sanitarias. Estas prestaciones, definidas genéricamente en el artículo 45 de la Ley N.º 18.211 (refieren a los programas integrales de prestaciones), incluirán: a) actividades de promoción y protección de salud dirigidas a las personas; b) diagnóstico precoz y tratamiento adecuado y oportuno de los problemas de salud-enfermedad detectados; c) acciones de recuperación, rehabilitación y cuidados paliativos, según corresponda; d) acceso a medicamentos y recursos tecnológicos suficientes. La reglamentación de la ley definirá taxativamente las prestaciones incluidas, que serán descriptas en términos de sus componentes y contarán con indicadores de calidad de los procesos y resultados, conforme a los cuales la Junta Nacional de Salud auditará la atención brindada a los efectos de autorizar el pago de cuota salud a los prestadores. En segundo lugar, se establecen prestaciones y servicios de emergencia que también son obligatorios y al igual que los anteriores están comprendidos en la cuota que paga el Fonasa (Fondo Nacional

de Salud) y deben prestarse a todos los afiliados en un régimen de igualdad. Por último, hay servicios que son voluntarios y que podrán ser acordados por las IAMC con sus afiliados y que se pagan aparte según acuerden las partes.

Existen varios prestadores de servicios médicos estatales o paraestatales: MSP (Ministerio de Salud Pública), servicios médicos de las Fuerzas Armadas y el régimen de asistencia policial, ASSE, UdelaR (Universidad de la República: Hospital de Clínicas), BPS, Gobiernos Departamentales (con un alcance menor), Fondo Nacional de Recursos (FNR), Comisión Honoraria de Lucha contra el Cáncer, Comisión Honoraria de Lucha Antituberculosa, etc.

El FNR es una persona pública no estatal que se rige por la Ley N.º 16.343, de 24 de diciembre de 1992, y modificativas, cuya finalidad es asegurar la financiación de procedimientos de medicina altamente especializada para toda la población. Busca la igualdad en el diagnóstico y tratamiento de afecciones que requieran alta especialización, cirugías cardíacas, marcapasos, prótesis de cadera y medicamentos de alto costo. Se financia, entre otros, con aportes del Estado<sup>40</sup>.

No cabe duda alguna entonces de que la ley garantiza un mínimo de prestaciones que deben ser brindadas, conforme la reglamentación, a todos los pacientes en un régimen de igualdad de condiciones, pero otros servicios no obligatorios son posibles (me permito agregar que deseables, para mejorar la atención médica y que las mejoras no sean exclusivas para quienes pueden acceder a seguros privados) y quedan librados a la libre contratación entre las IAMC y sus asociados.

La mayoría de la población, según datos de 2024<sup>41</sup>, está comprendida en el Sistema Integrado de Salud y son pocos los medicamentos y tratamientos no cubiertos por el sistema ni por el régimen subsidiario del FNR.

## 6. El inciso 2 del artículo 44 de la Constitución

La primera oración del inciso 2 del artículo 44 dispone:

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

40 Veloso (2018), pp. 101 y ss.

41 [Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/datos-y-estadisticas/datos/evolucion-afiliados-fonasa-julio-2007-febrero-2024>].



El deber de cuidar la salud y de asistirse en caso de enfermedad es uno de los pocos deberes que la Constitución pone en cabeza de los habitantes. Por supuesto que este deber no implica avasallar las libertades de cada individuo ni las pautas culturales de ciertos grupos, sino que en cada caso se deberá realizar una adecuada ponderación de los derechos en juego. Por ejemplo, la Ley N.º 18.473, de 3 de abril de 2009, dispone en su artículo 1:

Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros.

Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible.

Tal manifestación de voluntad tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural.

No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren.

De igual forma podrá manifestar su voluntad anticipada en contrario a lo establecido en el inciso segundo de este artículo, con lo que no será de aplicación en estos casos lo dispuesto en el artículo 7º de la presente ley.

## 7. Oración final del artículo 44 de la Carta

La oración final del artículo 44 dispone:

El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Aparece ahora una norma preceptiva, esto es, aquella de la que derivan directamente derechos y obligaciones<sup>42</sup>. Asimismo, estamos ante una obligación de dar o hacer en cabeza del Estado. No es una norma programática, ni un objetivo para alcanzar en forma gradual o progresiva (artículo 26 de la CADH), sino una obligación de resultado: deben proporcionarse

42 Risso (2021), pp. 278 y ss.

las medidas de prevención y de asistencia médica. Históricamente algunas autoridades han pretendido cambiar el sentido de la disposición diciendo que es el Ministerio de Salud Pública el que determina cuáles son estas prestaciones que deben servirse gratuitamente e incluso, muchas veces, invocando en su discurso la insuficiencia de los recursos estatales para cumplir plenamente con esta obligación. El problema es claro. El titular de la obligación es el Estado y no el Ministerio de Salud Pública por sí solo y, si no se han asignado los recursos económicos necesarios para cumplir con esta obligación del Estado, se estará violando esta obligación constitucional. Quizás la responsabilidad no sea del MSP, pero sí del Estado.

No me voy a detener en el importante número de acciones de amparo que se promueven cada año buscando el otorgamiento de un fármaco o de un tratamiento. Solo cabe decir que, por ejemplo, si la FDA (Food and Drug Administration de los Estados Unidos) y la EMA (European Medicines Agency) dicen que para cierta enfermedad una droga es la indicada en primera línea, si además algún especialista nacional, basándose en estudios realizados en el extranjero y publicados en las revistas más prestigiosas, lo confirman, de nada valdrá la ausencia de recursos y, conforme la Constitución, existirá el derecho del artículo 44 que deberá ser tutelado por el juez. No será relevante desde el punto de vista del derecho a la asistencia médica el hecho de que el Ministerio no haya autorizado la droga o no la haya incluido en el FTM (Formulario Terapéutico de Medicamentos). El derecho constitucional no está condicionado a ninguna acción del Ministerio de Salud Pública.

## 8. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales

En general, en materia de derechos humanos, la jurisprudencia nacional viene realizando avances muy importantes, lo que no impide vacilaciones y retrocesos. En los últimos años, con variable precisión, se ha comenzado a utilizar el DIDH, así como conceptos derivados de la jurisprudencia internacional.

Una sentencia de la Suprema Corte de Justicia<sup>43</sup> presenta muchos puntos de interés. Por un lado, se enmarca en el referido proceso de evolución jurisprudencial: realiza un adecuado control de convencionalidad, recurre a disposiciones internacionales y conceptos de la justicia internacional como lo referido al principio de progresividad en materia de salud, etc. Pero al margen de estos aspectos destacables aparecen algunos problemas del derecho interno.

En esta sentencia se pronunció la Corte sobre la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley N.º 18.335, de 15 de agosto de 2008, que dispone:

43 Suprema Corte de Justicia, *AA C/FNR y otro. Acción de amparo. Excepción de inconstitucionalidad artículo 7 de la ley 18.335*, 5 de octubre de 2016.

Todo paciente tiene derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el Ministerio de Salud Pública e incluidos por este en el “formulario terapéutico de medicamentos” y a conocer los posibles efectos colaterales derivados de su utilización.

Con este artículo el Poder Ejecutivo de la época procuró, en forma inequívoca, “controlar” los medicamentos que se daban en forma gratuita a la población e impedir que los jueces hicieran lugar a las acciones de amparo que se promovían cuando el Ministerio negaba un medicamento.

La Corte confrontó esta disposición con el segundo inciso del artículo 44 de la Constitución comprobando una diferencia. La ley limita la asistencia médica que emerge de la Carta en materia de medicamentos a la lista cerrada del FTM; hay una doble limitación: el medicamento debe ser autorizado por el Ministerio e incluido en el FTM, con lo que, a juicio de la Corte, se limita la aplicación de la Constitución. La Corte considera “regresivo” a este artículo legal y destaca que el retroceso no responde a razones técnicas ni de interés general, sino a meras razones económicas del Estado. En la sentencia se subraya que si una persona acredita una enfermedad y que por el estado de evolución de la ciencia médica hay un medicamento mejor al que está incluido en el FTM (claro que esto, agregó, deberá acreditarlo: FDA, EMA, literatura especializada, etc.) y si es un indigente o carece de recursos suficientes, tiene derecho a recibir la droga, aunque no esté incluida en el FTM.

Pero, si bien es una excelente sentencia y un mojón destacable en el camino de utilizar el DIDH en nuestra jurisprudencia, presenta algunas particularidades. Veamos.

En primer lugar, no advierto que la ley prohíba que se reclamen y entreguen medicamentos no incorporados al FTM. Creo que tenemos dos normas que refieren a las prestaciones que deben recibir los habitantes, una muy amplia y otra más acotada, pero la ley no impide que cuando se dé un caso que queda fuera del artículo 7 de la ley, se reclame igualmente el medicamento invocando el artículo 44 de la Constitución. En otras palabras, si el medicamento que se pretende está incluido en el FTM, el derecho que surge de la ley termina con cualquier duda o discusión y la persona debe recibir el medicamento en forma automática, pero si el medicamento no está autorizado e incluido en el FTM esto no conduce a que el interesado no tenga ningún derecho, sino que solo implica que no se aplicará el artículo 7 de la ley, pero podrá ir al artículo 44 de la Constitución y demostrar que ese es el medicamento apropiado para su mal; esto lo hará recurriendo a la FDA, a la EMA, pronunciamientos científicos nacionales e internacionales, etc.

Desde este punto de vista, y con base en el principio de interpretación conforme la Constitución, creo que la ley puede salvar la inconstitucionalidad, aunque dejando siempre fuera de la limitación el camino del artículo 44; no se puede aceptar una interpretación de la ley que recorte el derecho de la Carta. El artículo legal no se aplicará, pero sí el artículo 44 de la Constitución.

Es muy difícil fundar en un sistema democrático el recorte de derechos constitucionales, en especial para personas que sufren enfermedades graves, terminales o crónicas. Por eso los intentos de limitación vienen fracasando y esperemos que esto siga ocurriendo o, mejor, que se cumpla con el artículo 44 de la Carta sin intentar recortes inconstitucionales.

El problema es que la jurisprudencia de la Corte no es unánime sino por mayoría y estas mayorías varían. Así encontramos sentencias como la anteriormente citada que declara la inconstitucionalidad de una ley, pero en algunas ocasiones la Corte rechaza la declaración de inconstitucionalidad. Sería mucho más razonable que la Corte reconociera que la ley no restringe el derecho constitucional (no es aplicable), por lo que no es necesario promover la declaración de inconstitucionalidad y, en consecuencia, se aplicaría sin dificultades el artículo 44 de la Constitución. De esta forma desaparecería la doble jurisprudencia, la que dice que es inconstitucional la disposición legal y la que rechaza la inconstitucionalidad por considerarlo no aplicable.

Podrá agregarse a lo dicho un análisis basado en el principio de igualdad (solo podrían acceder a los medicamentos más onerosos las personas con mucho dinero), pero lo omito pues es suficiente con lo anterior para demostrar la existencia del derecho.

## 9. Conclusiones

El derecho a la asistencia médica, que incluye recibir los tratamientos y medicamentos apropiados para la enfermedad, forma parte de un derecho más amplio: el derecho a la salud.

Sin perjuicio de compartir la preocupación por estos derechos, la regulación internacional no coincide con la Constitución uruguaya. El artículo 26 de la CADH contiene una pauta de medida, refiere al desarrollo progresivo de la protección de estos derechos y reconoce que la insuficiencia de recursos económicos es algo que debe considerarse. Adopta la forma de una típica norma programática, aunque su desarrollo progresivo sí puede ser controlado por la Corte IDH. La Constitución, en cambio, contiene una norma preceptiva que obliga al Estado a brindar asistencia gratuita a todo aquel que se encuentre en la indigencia o carezca

de recursos suficientes para afrontar el costo del medicamento o tratamiento. Asimismo, el seguro de salud de rango legal conduce a que la mayoría de la población tenga acceso a un número importante de medicamentos, otros más onerosos pueden ser brindados por el Fondo Nacional de Recursos, y los que quedan fuera de la obligación legal del Estado son pocos y frecuentemente son reclamados por la vía de acciones de amparo invocando directamente la norma constitucional.

Lo anterior responde a que habiendo disposiciones constitucionales por un lado e internacionales por otro, que regulan el derecho a la asistencia médica en forma diversa, debe preferirse la norma más protectora que, en este caso, son las constitucionales.

Las acciones de amparo no han creado ningún caos presupuestal ni expuesto al Estado a la bancarrota. Es cierto que seguramente muchos otros enfermos no reclaman medicamentos por esta vía y, en definitiva, el Estado no los proporciona, pero no parece que pueda ser una gran diferencia.

La afirmación de que no es posible, en términos económicos, proporcionar todos los medicamentos (estamos obviamente hablando de los más onerosos), en Uruguay, está lejos de estar demostrada. Hasta ahora se ha ido avanzando sin mayores problemas económicos para el Estado. No se puede afirmar que el cumplimiento pleno del artículo 44 de la Constitución es enteramente posible desde el punto de vista económico, pero tampoco puede afirmarse lo contrario. El argumento presupuestal se agita políticamente como un argumento muy efectista, pero la realidad no confirma el argumento, aunque no dice lo contrario.

Muchas veces el Estado asume obligaciones económicas importantes. Por ejemplo, financia amplios y complejos sistemas de seguridad pública, la educación pública, la seguridad social que implica un aporte de dinero millonario del Estado para sostener el sistema, etc. Y se cumple con esto. ¿Cuál es el problema de agregar la salud entre las obligaciones del Estado? Este deber surge con claridad de la Constitución. La costumbre es decir que no se puede cubrir todos los medicamentos y, entonces, algunas personas que no cuentan con los recursos necesarios no tendrán la cobertura adecuada en una grave violación de las normas mencionadas y del principio de igualdad. ¿No será la hora de aplicar rectamente el artículo 44 de la Constitución sin condicionamientos económicos que no parecen suficientemente justificados?

No digamos tan fácilmente que no se puede.

## Bibliografía citada

- Bidart Campos, G. J. (1995): *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (Buenos Aires, Ediar).
- Cajarville Peluffo, J. P. (1996): “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).
- Cárdenas-Contreras, Luz Eliyer (2023): “La salud a la manera de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una exploración de la jurisprudencia, hasta 2021, a propósito del artículo 26 de la CADH”, en *Dikaion* (32, 37), pp. 1-38.
- Favoreu, L., Gaña, P., Ghevontian, R., Mestre, J.-L., Pfersmann, O., Roux, A. y Scoffoni, G. (1999): *Droit constitutionnel* (Dalloz), segunda edición.
- Garat, Paula (2015): “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte IDH”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Universidad Católica del Uruguay (11), pp. 59-70.
- Illan Marcos, Esther y Hernández Mier, César (2021): “El derecho a la salud es un derecho humano”, en *Revista CONAMED* (26,2), pp. 89-94.
- Jiménez de Aréchaga, J. (1992): *La Constitución Nacional* (Montevideo, Cámara de Senadores), tomo I.
- Nogueira Alcalá, H. (2007): *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago de Chile, Librotecnia), Vol. I.
- Real, A. R. (2005): “Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Los principios generales de Derecho en el derecho uruguayo y comparado* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria) pp. 35-83.
- Risso Ferrand, M. (1996): “Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y el Artículo 72 de la Constitución”, en *Quinto Coloquio de Derecho Público* (Montevideo, Editorial Universidad) pp. 301 a 321.
- Risso Ferrand, M. (1999): “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución Uruguaya”, en *De-*

*rechos Humanos* (Montevideo, Editorial Amalio Fernández).

Risso Ferrand, Martín (2011): *Algunas garantías básicas de los derechos humanos* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria), segunda edición.

Risso Ferrand, Martín (2021): *Constitución y Estado de Derecho* (Montevideo, FCU).

Risso Ferrand, Martín (2022): *Derechos humanos. Interpretación y aplicación* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).

Risso Ferrand, Martín; Martínez, Eloísa; Brun, Martina; Charamelo, Blanca; Furtado, Belén; Mendina, Camila; Rodríguez, Ayelén y Tucuna, Florencia (2023): “Cumplimiento de la sentencia Gelman vs. Uruguay de la Corte IDH. Especial referencia al punto resolutorio 11 y al Poder Judicial”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay (27), pp. 1-41.

Robaina, Andrés (2018): “El derecho fundamental a la salud”, en *Régimen jurídico de la asistencia a la salud* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria), Vol. 1.

Iveloso, Natalia (2018): “Régimen de prestación pública”, en *Régimen Jurídico de la asistencia de la salud* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria), 2.<sup>a</sup> edición, Vol. 1, pp. 101 a 116.

## Jurisprudencia citada

Corte IDH: *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: “*Cinco pensionistas*” vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, sentencia de 5 de

julio de 2006. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2011. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Caso González Lluy y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de setiembre de 2015. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Venezuela*, sentencia de 29 de febrero de 2016. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Caso Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela*, sentencia de 22 de agosto de 2017. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia de 8 de marzo de 2018. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, sentencia de 23 de agosto de 2018. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Hernández vs. Argentina*, sentencia de 22 de noviembre de 2019. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Muelle Flores vs. Perú*, sentencia de 6 de mayo de 2019. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](https://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Spoltore vs. Argentina*, sentencia de 9 de junio de 2020. [Disponible en: Corte In-



teramericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](http://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Guachala Chimbo vs. Ecuador*, sentencia de 26 de marzo de 2021. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](http://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Manuela vs. El Salvador*, sentencia de 2 de noviembre de 2021. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](http://corteidh.or.cr))].

Corte IDH: *Vera Rojas y otros vs. Chile*, sentencia de 1 de octubre de 2021. [Disponible en: Corte Interamericana de Derechos Humanos - Inicio ([corteidh.or.cr](http://corteidh.or.cr))].

Suprema Corte de Justicia: *Sabalsagaray Curutchet, Blanca Estela. Denuncia, 97-397/0004*, sentencia 365 de 19 de octubre de 2009. [Disponible en: BJNI Pública ([poderjudicial.gub.uy](http://poderjudicial.gub.uy))].

Suprema Corte de Justicia: *AA y Otros. Denuncia. Pieza por prescripción y archivo. Excepción de Inconstitucionalidad, artículos 1, 2 y 3 de la ley 18.831, 542-95/2020*, sentencia de 286 de 10 de mayo de 2022. [Disponible en: BJNI Pública ([poderjudicial.gub.uy](http://poderjudicial.gub.uy))].

Suprema Corte de Justicia: *AA C/FNR y otro. Acción de amparo. Excepción de inconstitucionalidad artículo 7 de la ley 18.335. IUE 2-26995/15*, sentencia 396 de 5 de octubre de 2016. [Disponible en: BJNI Pública ([poderjudicial.gub.uy](http://poderjudicial.gub.uy))].

## Normas jurídicas citadas

Constitución uruguaya. [Disponible en: Consulta Banco de Datos ([impo.com.uy](http://impo.com.uy))].

Ley 17.930, de 19 de diciembre de 2005. [Disponible en: Consulta Banco de Datos ([impo.com.uy](http://impo.com.uy))].

Ley 18.211, de 5 de diciembre de 2007. [Disponible en: Consulta Banco de Datos ([impo.com.uy](http://impo.com.uy))].

Ley 16.343, de 24 de diciembre de 1992. [Disponible en: Consulta Banco de Datos ([impo.com.uy](http://impo.com.uy))].

Ley 18.335, de 15 de agosto de 2008. [Disponible en: Consulta Banco de Datos ([impo.com.uy](http://impo.com.uy))].