

Jurisprudencia constitucional uruguaya

Martín Risso Ferrand*

I. INTRODUCCIÓN

En los años 2010 y 2011, las novedades referidas a la jurisprudencia constitucional estuvieron situadas en las acciones de amparo y en la incidencia que ha tenido en nuestro país la primera sentencia de condena contra Uruguay expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Dadas las características de esta publicación se centrará el estudio en lo que parece continuar siendo una más que importante evolución, garantista de los derechos humanos, que viene produciéndose en los tribunales de primera y segunda instancias, para terminar luego con la sentencia de la Corte IDH en el caso *Gelman*.

II. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS MEDIANTE ACCIONES DE AMPARO

Uno de los aspectos más remarcables de los últimos años es la evolución que viene produciéndose en lo que se ha dado en denominar corrientemente como *amparos médicos*, que refieren, obviamente, a la protección de la salud, el derecho a recibir los mejores tratamientos médicos y el derecho a la vida en general.

1. Ubicación del tema

El artículo 44 de la Constitución uruguaya dispone:

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.

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y director de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Uruguay.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.

Debe repararse en la oración final del artículo que reconoce como titulares del derecho a recibir gratuitamente los medios de prevención y asistencia a los indigentes y a los *carentes de recursos suficientes*. La primera categoría, indigentes, no ha tenido mayores problemas y desde hace varias décadas el Estado brinda la asistencia médica a los sujetos en esta condición mediante los hospitales públicos, seguros, etcétera. La segunda categoría, por su parte, no presentaba mayores problemas por la existencia histórica de un sistema de salud para trabajadores, jubilados, etcétera, con una amplia cobertura, lo que permitía que quienes no estaban en la indigencia, en general, podían recibir tratamientos médicos razonablemente adecuados.

Las dificultades comenzaron hace algunos años cuando los avances tecnológicos ampliaron notablemente los horizontes de la medicina y condujeron a la existencia de nuevos tratamientos, intervenciones quirúrgicas y fármacos excepcionalmente onerosos. Esto significó que la categoría de *carentes de recursos suficientes* para recibir la asistencia aumentara considerablemente con los lógicos problemas presupuestales y económicos para el Estado.

En la actualidad, y desde hace varios años sin perjuicio de sucesivos ajustes y variantes, existe en Uruguay un sistema de cobertura médica mixta (estatal y privada), en que se brinda asistencia médica a los distintos sujetos sin perjuicio de la existencia de seguros privados fuera del sistema. El Estado se ha visto en la necesidad de complementar esto mediante la creación de una persona jurídica de derecho público no estatal, el Fondo Nacional de Recursos, que administra una partida del presupuesto central para la financiación de tratamientos de alto costo que no pueden ser cumplidos por el sistema mutual privado ni por los hospitales públicos.

Este sistema presenta algunos problemas: a) la negativa a cubrir tratamientos en el extranjero cuando pueden brindarse en Uruguay; b) demoras en el reconocimiento de ciertos medicamentos; c) opción por variantes terapéuticas más económicas; y d) la problemática de los medicamentos biotecnológicos en la medida que se pretende entregar a los enfermos medicamentos similares, más económicos pero sin estudios clínicos que avalen su seguridad y su eficacia.

En el año 2007 comenzaron a presentarse las primeras acciones de amparo, basadas directamente en la Constitución y las normas internacionales, requiriendo que se ordenara al Estado la provisión de ciertos medicamentos de costo elevado. Las primeras sentencias fueron favorables al Estado y rechazaron los amparos basándose en

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

que: a) si un juez ordena al Estado una acción como la solicitada se estaría violando el principio de separación de poderes; b) no es posible brindar todos los medicamentos de alto costo pues esto resultaría imposible para las finanzas públicas (incluso en alguna ocasión se habló de *derechos o peticiones imposibles*); c) aspectos meramente formales que impedían el progreso de la acción de amparo, etcétera.

2. Evolución

En pocos años el panorama comenzó a cambiar significativamente. Se abandonaron los argumentos meramente formales y, por el contrario, comenzó a priorizarse el derecho sobre la forma. No se recurrió al absurdo argumento del principio de separación de poderes, que resultaba contrario a la propia esencia del mismo. Desde *Marbury c. Madison* (1803) sabemos que los jueces deben aplicar las normas superiores y si constatan una violación en un derecho de un individuo deben arbitrar lo necesario para su protección. Lo mismo ocurrió con los argumentos económicos.

En los últimos dos años hay dos aspectos que merecen ser destacados.

a. Aplicación directa de la Constitución respecto del derecho a la salud

Una es la sentencia n.º 8, de 11 de marzo de 2010, en la que el juzgado letrado de primera instancia consolida una evolución jurisprudencial en cuanto a la utilización (aplicación directa) de la Constitución (artículo 44 citado). Se destaca en el pronunciamiento la existencia del derecho a la salud y su aplicación directa, aun a falta de reglamentación legal, conforme al artículo 332 de la Constitución uruguaya. También se pone fin a toda duda en cuanto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, en especial el Protocolo de San Salvador en este caso, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.

Lo anterior parece ser un avance seguro de nuestra jurisprudencia, que se sostiene en el tiempo y que debe ser destacado.

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

b. Medicamentos biotecnológicos

Otro aspecto resuelto por nuestra jurisprudencia y también, a esta altura, con una jurisprudencia firme, es el referente a los medicamentos biotecnológicos. Este ha sido,

y lo sigue siendo, uno de los grandes temas constitucionales en el mundo occidental en materia de salud.

Los medicamentos tradicionales, de síntesis química, podían ser copiados con escasas diferencias respecto a los originales. Esto conducía a que el problema con las copias pasaba a ser básicamente un tema de licencias o patentes. Pero con la aparición y el desarrollo de los medicamentos biotecnológicos, las cosas cambiaron. Estos medicamentos, a diferencia de los químicos, son elaborados partiendo de organismos vivos (normalmente almacenados en bancos celulares), lo que conduce, sumado esto a la complejidad de su procedimiento de elaboración y el tamaño de sus moléculas, a que sea casi imposible de copiarlos seriamente. Esto significa que las copias de los medicamentos biotecnológicos no dan garantías en cuanto a los dos temas centrales de la medicina contemporánea: a) la seguridad (pueden tener efectos colaterales nefastos); y b) su eficacia (ya que pueden ser eficaces o carecer de todo efecto positivo para el paciente). La cuestión pasa, obviamente, por exigir que las copias de los biotecnológicos sean testeados con análisis preclínicos y clínicos a los efectos de garantizar su seguridad y su eficacia (cuando están debidamente testeados se los denomina biosimilares y si carecen de dichos estudios son simples copias). Pero claro, estos estudios encarecen los costos y por ende el precio. Lamentablemente los Estados y seguros privados tienden a suministrar las copias por un problema de costos: hacen primar los aspectos y conveniencias económicas por sobre el derecho a la salud y a recibir asistencia.

Varios casos se plantearon en nuestro país respecto a la problemática de los biotecnológicos y luego de alguna vacilación inicial, nuestra jurisprudencia ha afirmado que: a) la prescripción médica debe ser aceptada salvo muy fuertes argumentos científicos que demuestren el error; y b) los tratamientos deben hacerse con los medicamentos debidamente testeados y respecto a los cuales está garantizada su seguridad y eficacia.

III. SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL CASO *GELMAN*

La sentencia de la Corte IDH, de febrero de 2011, tiene tres tipos de efectos y bueno es comenzar con los que no presentan mayores problemas para ir despejando el tema y concentrarnos luego en los aspectos complejos.

1. Efectos precisos o con bajo margen de discrecionalidad

Algunos efectos de la sentencia de la Corte IDH son absolutamente precisos y concretos, como cuando fija determinadas reparaciones pecuniarias.

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Otras veces es muy concreta pero da alguna discrecionalidad al Estado uruguayo en cuanto a cómo cumplir. Así ordena al Estado:

- Llevar adelante, conforme los puntos 9 y 10 de la sentencia, una investigación, seria, profunda, de buena fe, sobre los hechos objeto de la sentencia, a los efectos de esclarecerlos, encontrar (si fuera el caso) los restos y, si se identifican, sancionar a los responsables (por supuesto que la obligación de investigar es una obligación de medios y no de resultados). Habrá que decidir cómo se llevará adelante la investigación ya que podría ser judicial, administrativa o mixta. Habrá que ver cuál es la mejor forma de cumplir.
- Realizar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado por el caso resuelto y colocar una placa con el nombre de las víctimas en el Servicio de Información de Defensa, lo que implica que el Estado determine, dentro de los parámetros de la sentencia y de buena fe, cuál es la mejor forma de cumplir.
- Realizar las publicaciones internas de la sentencia, implementar un plan de derechos humanos dirigido a jueces y fiscales, y establecer un sistema de información acerca de «las graves violaciones de derechos humanos» cometidas durante la dictadura. También en estos puntos el Estado tiene una discrecionalidad relativa para determinar cómo cumplir.

2. Otros efectos

Pero además de lo anterior, la sentencia, en el punto 11 de la parte dispositiva dispone que:

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción a los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la sentencia.

Sin perjuicio de algunas dudas que se plantearon recién conocida la sentencia en cuanto a si esta tiene efectos que exceden el caso *Gelman* propiamente dicho (la demanda de la Comisión claramente va más allá del referido caso), la pregunta ahora es cómo deben actuar los jueces en la materia. Los jueces tienen la obliga-

ción de cumplir con la sentencia de la Corte IDH y como siempre ocurre lo harán al resolver los casos en que tienen competencia y considerando la sentencia internacional obligatoria en el marco de las particularidades del caso a resolver.

Para analizar este aspecto es conveniente ir despejando las distintas situaciones que pueden presentarse comenzando con las más sencillas para terminar en la más discutible.

a. Investigación de los hechos

La sentencia es muy clara en cuanto a que no pueden presentarse obstáculos a las investigaciones y excluye expresamente las hipótesis de cosa juzgada, prescripción de delitos y *ne bis in idem*. Es a mi juicio evidente que en ningún caso podrá invocarse ninguna de estas situaciones para detener o no reanudar las investigaciones. Es claro el derecho de las víctimas a saber qué pasó y, en el caso de los desaparecidos, a que se busquen seriamente los restos.

Entiendo, insisto, que es muy claro que ningún juez podrá negarse a investigar invocando prescripción del delito, cosa juzgada o *ne bis in idem*, ya que estos elementos pueden (se verá más adelante) ser obstáculo para la responsabilidad penal de quienes cometieron estos delitos, pero no pueden tener incidencia alguna sobre el derecho a la verdad y a las investigaciones.

b. Responsabilidad penal en casos en que no hubo cosa juzgada, ni prescripción ni ne bis in idem

Esto puede aparecer en casos de delitos nunca llevados a juicio y de ejecución continuada (por ejemplo desaparición de personas) respecto a los cuales el plazo de prescripción renace día a día. Tampoco este caso presenta problemas. Si el juez considera que no se presenta ninguna de las hipótesis mencionadas no habrá obstáculo alguno para juzgar a los acusados y, si se comprueba su participación en el delito, condenarlos conforme derecho.

c. Casos en que el juez actuante considere que hay cosa juzgada sobre la responsabilidad penal de un individuo, o sentencia absolutoria firme o que el delito prescribió

Este es el último punto que plantea la sentencia de la Corte IDH y es sin duda el más complejo.

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

El juez competente se enfrentará a un caso concreto, con las particularidades que cada caso tiene, y advertirá que: a) por un lado debe cumplir la sentencia internacional que dice que ciertas situaciones no pueden impedir la responsabilidad; y b) por otra parte, normas de derecho interno (e incluso en algún caso el propio artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) que establecen limitaciones a la responsabilidad penal. ¿Qué debe resolver el juez si entiende que hay una contradicción entre lo dicho en el precedente apartado *a* (obligación de cumplir con la sentencia) y el apartado *b* (derechos adquiridos de los acusados por la violación de derechos humanos)?

¿Cómo se solucionan estos casos? En Uruguay, en el marco de una cultura jurídica fuertemente vinculada a las orientaciones francesas clásicas, en general se pretende una solución general que dé la respuesta para todos los casos que surjan en la realidad. Pues bien, la solución de principio es que se debe cumplir íntegramente con las sentencias (nacionales e internacionales) y no podrán invocarse normas internas para eludir las obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Al día de hoy no se ha dictado ninguna resolución en cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, pero sí hay muchos expedientes recientemente iniciados o desarchivados.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, en materia de amparos se mantiene la evolución de creciente garantismo y protección de los derechos humanos. Cabe recordar que se trata de una tendencia que se ha iniciado recientemente.

La sentencia de la Corte Interamericana, por su parte, siendo la primera condena contra Uruguay ha golpeado fuertemente a la comunidad política y jurídica, y sin dudas sus efectos serán beneficiosos a los fines de continuar en la evolución nacional mencionada.