

## **SECCIÓN SEGUNDA**

# **JURISPRUDENCIA**

# LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD. FACULTADES, VENTAJAS Y LIMITACIONES DEL PODER JUDICIAL PARA INCIDIR SOBRE LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

**JAVIER M. PALUMMO\***

## **I. El caso *metilfenidato***

En el año 2007 se condenó en primera y segunda instancia al Ministerio de Salud Pública (MSP) a proporcionar información relativa a la importación y fabricación de medicamentos que contienen la sustancia *metilfenidato*. La información solicitada era indispensable para poder efectuar un contralor de la utilización del psicoestimulante, realizando un contraste de esos datos con información estadística secundaria demográfica, socioeconómica y referida al sistema educativo. La situación que se pretendió examinar se vincula no sólo a la praxis médica —posible sobre diagnóstico generalizado—, sino también a la ausencia de estrategias pedagógicas y a la estigmatización de los niños y adolescentes que son calificados como hiperactivos. Actualmente estamos trabajando en ejecución de sentencia en lo incumplido por parte del MSP.

Datos proporcionados por el MSP en el marco del proceso judicial antes mencionado:

En el 2001 la importación de este fármaco alcanzaba a 900 gramos. Mientras que en el año 2002, en plena crisis económica comienza la disparada de la importación de la droga, la que alcanza a 4.500 gramos. En el siguiente año la cantidad duplica con creces alcanzando a los 9180 gramos. En el año 2004 sigue en aumento (9947 gramos) y en el 2005, si bien disminuye a 5.804 gramos, lo hace únicamente para volver a aumentar a 8.764 en el año 2006 y a llegar a la preocupante situación del año 2007. En este año la importación de la droga alcanzó casi 17.000 gramos. En definitiva, de 900 gramos a 17.000 en 6 años.

En el año 2008 fue iniciado un nuevo juicio de amparo contra el MSP ante el aumento desmedido de la importación y, por tanto, del consumo del *metilfenidato* en Uruguay, especialmente por la población infantil y adolescente. El *metilfenidato* es un estimulante del sistema nervioso central cuyo uso indebido es muy corriente y se utiliza cada vez más para el tratamiento de los trastornos de la concentración entre los niños.<sup>1</sup>

\* El autor es abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Magíster en Políticas Públicas y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (Universidad de la República, Uruguay), Consultor de organismos internacionales de derechos humanos (UNICEF-CIDH), y Coordinador del Observatorio del Sistema Judicial (Movimiento Nacional Gustavo Volpe-UNICEF) y de la Clínica Jurídica de derechos humanos de la infancia y la adolescencia (MNGV). La Clínica Jurídica del Observatorio del Sistema Judicial es un laboratorio de práctica y reflexión jurídica que trabaja sobre casos de violaciones a derechos en casos testigo o ante situaciones que impactan en el interés público; actúa ante los Tribunales y la Administración promoviendo el litigio estratégico y la práctica del derecho de interés público; fue instalada en el año 2007.

<sup>1</sup> Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe anual de la JIFE, Nota informativa N°4, del 4 de marzo de 1997.

En el año 1998 la JIFE<sup>2</sup> hizo un llamamiento “a todos los gobiernos para que ejerzan una estricta vigilancia con miras a impedir el excesivo diagnóstico de trastornos de la concentración en niños y el tratamiento médicamente injustificado con *metilfenidato* y otros estimulantes”. Esta Junta expresó su preocupación por la prescripción de esta droga sin tener en cuenta el riesgo inherente de uso indebido y narcodependencia.<sup>3</sup> Asimismo, solicitó a todos los gobiernos que ejerzan la más estricta vigilancia a fin de impedir el “diagnóstico excesivo” en niños y el tratamiento médicamente injustificado con *metilfenidato* y otros estimulantes.

En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado que se realicen estudios más a fondo sobre el diagnóstico y el tratamiento de los trastornos de concentración y del déficit de atención. Especialmente en referencia a los posibles efectos negativos de los psicoestimulantes para el bienestar físico y psicológico de los niños, y que se utilicen en la medida de lo posible otras formas de manejo y tratamiento de esos trastornos del comportamiento.<sup>4</sup>

En Uruguay es el MSP quien tiene las funciones de policía sanitaria de los medicamentos y de control de las profesiones vinculadas a la salud. Ha quedado en evidencia en los juicios tramitados que los controles del MSP son insuficientes. La acción de amparo en consonancia con los informes y recomendaciones citados se dirige a evitar el diagnóstico excesivo del Trastorno por Déficit Atencional por Hiperactividad (TDAH) entre los niños y el tratamiento a base de *metilfenidato*, que no esté justificado por razones médicas válidas. Para ello, es preciso que el MSP desarrolle mecanismos de control eficaces.

## II. Facultades, ventajas y limitaciones del Poder Judicial

### 1. Consideraciones introductorias

El principal argumento sostenido por el MSP en el proceso fue el sostener que ni la ciudadanía —representada por la parte actora— ni el propio Poder Judicial podían abordar el tema, en tanto reside en el Ministerio, es decir, en el Poder Ejecutivo. Esta posición que fuera sostenida por el Ministerio en toda la primera instancia fue expresada en el marco del trámite de la apelación por el Sr. Director de Salud, en nota en la que afirma la negativa a derivar sus cometidos de policía sanitaria a los “particulares”. En dicha nota consideró injerencia de “particulares” los reclamos a la Administración.

La sentencia de primera instancia en lo sustancial fundamentó su decisión en dos argumentos bien definidos. En primer lugar, considerando que: “el juez del amparo no puede

<sup>2</sup> Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) es el órgano de fiscalización independiente y cuasi judicial encargado de vigilar la aplicación de los tratados de fiscalización internacional de drogas.

<sup>3</sup> Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe anual de la JIFE, 23 de febrero de 1999. Disponible en: < www.incb.org/pdf/s/press/1998/s\_rel\_04.pdf >

<sup>4</sup> Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add.268, 20 de octubre de 2005 (Observaciones finales. Australia); CRC/C/DNK/CO/3, 23 de noviembre de 2005 (Observaciones finales. Dinamarca); CRC/C/15/Add.272, 20 octubre de 2005 (Observaciones finales. Finlandia).

invadir competencia de otro poder, vulnerando el principio de separación de Poderes”. Siguiendo lo establecido por la representante del Ministerio Público afirma que “la solicitud (de autos) se encuentra en la órbita de las políticas de Estado dentro del Poder Ejecutivo, y no es materia de acción de amparo, no pudiendo imponerse a esa Secretaría de Estado por vía jurisdiccional, en estricto respeto del principio de separación de poderes”. En segundo lugar, resuelve no hacer lugar a la demanda promovida entendiendo que: “...importa tener presente que el amparo es un medio procesal de carácter excepcional, residual o ‘heroico’, reservado para extremas situaciones en que por falta de otros medios legales peligren derechos fundamentales...”.

En el presente comentario no se hará referencia al segundo de los argumentos mencionados, pero sí al primero.<sup>5</sup>

## 2. Facultades del Poder Judicial en los procesos de exigibilidad de los derechos económicos y sociales de la infancia y la adolescencia

### a. El reconocimiento normativo de los derechos y su exigibilidad<sup>6</sup>

En un Estado de derecho tan importante como el reconocimiento normativo de los derechos es la existencia de mecanismos eficaces de exigibilidad y defensa de los mismos. Los derechos constituyen una “precondición” elemental del sistema democrático en tanto ayudan a proteger las reglas procedimentales del mismo, asegurando las condiciones del debate público y las decisiones colectivas.<sup>7</sup>

El derecho, en tanto práctica social compleja, no se agota en la existencia de la norma. La existencia de un amplio reconocimiento normativo de los derechos no significa necesariamente que existan en el ámbito interno mecanismos de protección eficaces a los cuales recurrir y menos aún que los mecanismos existentes están siendo utilizados eficientemente.

La exigibilidad de los derechos económicos y sociales implica la posibilidad de que el Poder Judicial, al entender en los procesos de justiciabilidad de los mismos (en este caso: la acción de amparo prevista en los artículos 195 y 196 del Código de la Niñez y la Adolescencia, CNA), pueda ordenar al Poder Ejecutivo una acción determinada.

---

<sup>5</sup> El artículo 195 del Código de la Niñez y Adolescencia, CNA, instituye una acción de amparo que sin perjuicio de coincidir en muchos aspectos con el proceso establecido en la Ley N° 16.011, se diferencia del mismo en su naturaleza no residual, no excepcional, de principio, elementos todos abarcados en la claridad de la norma que en su inciso número 3 dispone: “Procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces”.

<sup>6</sup> Cf. Palummo Lantes, J., La acción de amparo como instrumento para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales e incidencia en las políticas públicas en el ámbito interno, tesis de maestría, UDELAR, 2008.

<sup>7</sup> Gargarella, R., *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia*, en: AAVV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2001, pp. 4 y 5.

Esta actividad implica el “emplazamiento del Estado a realizar la conducta debida” en el entendido de que “la constatación de la obligación incumplida debe ser seguida por la manifestación circunstanciada de qué conducta o conductas debe realizar el Estado para garantizar o satisfacer el derecho violado”.<sup>8</sup>

En este sentido, se ha desarrollado el concepto de debido proceso sustantivo en los siguientes términos:

El *debido proceso sustantivo* no es más que un estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que tienen el legislador o el poder reglamentario, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo, al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley.<sup>9</sup>

La titularidad de derechos subjetivos implica —utilizando las palabras de Ferrajoli— expectativas negativas de no lesión o positivas de prestación, y los deberes correspondientes, esto es, las prohibiciones y obligaciones que constituyen garantías primarias de tales derechos. Los derechos sociales por su carácter generalmente prestacional implican que a través de las políticas sociales se les proporcione a los titulares de esos derechos, por ejemplo: el acceso a un servicio de salud o a un servicio educativo. Sostener que a los derechos sociales no les corresponde la obligación de una conducta determinada, que se trata de principios programáticos no necesariamente traducibles a prestaciones específicas, implica sostener que:

[...] no existirían, por ejemplo, los derechos sociales a pesar de hallarse constitucionalmente reconocidos, si falta una legislación de desarrollo que disponga las obligaciones correspondientes e instituya los órganos competentes para cumplirlas [esta tesis], es abiertamente antipositivista, dado que contradice el principal postulado del positivismo jurídico: el principio según el cual una norma existe si y sólo si ha sido puesta por la autoridad legitimada por el ordenamiento para su producción.<sup>10</sup>

La obligación de los Estados de garantizar el cumplimiento de los derechos económicos y sociales implica necesariamente considerar a las políticas sociales como instrumentos fundamentales para satisfacer estas obligaciones. Afirmar lo contrario implica negarle normatividad a la Constitución y a toda la normativa consagratoria de derechos económicos y sociales.<sup>11</sup>

En caso de conflicto, entonces, los derechos humanos desplazan a cualquier otra consideración que no se refiera a derechos. Ronald Dworkin (Ronald Dworkin, *Los derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, págs. 276-303.) argumenta, por su parte, que decir

<sup>8</sup> Cf. Abramovich, V. y Courtis C. *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Prólogo de Luigi Ferrajoli), 2ª Ed. Trotta, 2004, p. 136. En referencia al carácter exigible de los derechos económicos y sociales: Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 59-65; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 180-196.

<sup>9</sup> Courtis, C., *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, en: Courtis, C., (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 23.

<sup>10</sup> Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 54-55.

<sup>11</sup> Cf. Tomasevski, K., *El asalto a la educación*, Interpón Oxfam, Barcelona 2004, p. 77.

que los individuos tienen derechos supone darles reconocimiento aun cuando la mayoría o el gobierno piensen, incluso con buenas razones, que el beneficio social agregativo sería mayor de no existir tales derechos.<sup>12</sup>

La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas.<sup>13</sup>

Cuando además de tratarse de derechos económicos y sociales se trata de derechos de la infancia y la adolescencia es de aplicación la normativa contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución Nacional que ordenan —bajo diferentes formulaciones— dar prioridad a los derechos de este grupo específico.<sup>14</sup>

## b. La objeción contramayoritaria

El argumento que desarrolló el Ministerio y el sentenciante de primera instancia además de ser claramente regresivo, hace eco de una discusión absolutamente superada desde el punto de vista teórico, doctrinario y jurisprudencial hace décadas. Generalmente el argumento es denominado objeción contramayoritaria. Se trata de un tema que ha sido ampliamente debatido desde la filosofía del derecho y la teoría constitucional.<sup>15</sup> El núcleo de la objeción refiere a la posibilidad de justificar que un órgano contramayoritario como el Poder Judicial pueda ordenarle a órganos mayoritarios la ejecución de una política determinada o pueda invalidar o desaplicar decisiones de estos órganos. Se entiende por “contramayoritario” el órgano que no es elegido por las mayorías y que en el marco de sus competencias puede afectar las decisiones adoptadas por otros órganos que sí fueron electos por las mayorías cuando dichas decisiones afectan derechos y garantías constitucionales.

Por un lado, se sostiene el carácter antidemocrático de la intervención del órgano contramayoritario y se resiste *a priori* la interferencia judicial y la judicialización de reclamos que consideran deben ser resueltos por la administración pública.

También se ha fundamentado esta posición —y así sucedió en el caso de autos— en la violación del principio de separación de poderes y en el concepto de autogobierno.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Zúñiga Fajuri, A., *El interés público del derecho a la vida*, en: AAVV., Litigio y Políticas Públicas en: Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 14, Serie Publicaciones Especiales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, noviembre 2002.

<sup>13</sup> Dworkin, R., *Los derechos en Serio*, 5ª Reimp., Editorial Ariel, Barcelona, 2002, p. 303.

<sup>14</sup> La Constitución uruguaya en sus artículos 40 y siguientes impone un tratamiento especial para la infancia y la adolescencia como grupo. En el mismo sentido podemos citar el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

<sup>15</sup> También existen importantes estudios comparativos en relación al papel del Poder Judicial y las posibilidades de revisión judicial en los sistemas continentales y en el *common law* en: Mameli, A., *Judicial review, social antagonism and the use of litigation as a tool for combating poverty*, en: Williams, L.; Kjønstad, A. y Robson, Peter (eds.), *Law and poverty: the legal system and poverty reduction*, CROP International Studies in Poverty Research, Zed Books, New York, 2003, p. 139.

<sup>16</sup> Cf. Bergallo, P., *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, en: AAVV., *El papel de los abogados*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2005.

Entendido este último como el derecho del pueblo de autogobernarse a través de los órganos ejecutivo y legislativo por medio de la representación política y de la votación según la regla de la mayoría.

Argumentar la violación del principio de separación de poderes implica asumir una posición a favor de una atribución rígida de funciones constitucionales a los tres poderes y presentan al Poder Judicial como interfiriendo con las potestades claramente atribuidas a las otras ramas. Lo que implica desconocer la complejidad de las relaciones entre los distintos poderes y las ventajas de un “modelo dialógico de interacción que supone el desdibujamiento de funciones estrictas en pos de prácticas que promueven el diálogo y la deliberación”.<sup>17</sup>

Corresponde expresar que en el marco de procesos de amparo regidos por el CNA la justicia había desestimado este tipo de objeciones en los siguientes términos:

[...] se puntualizará, por último, que, en concepto de la sentenciante, ni la promoción del presente proceso, ni este pronunciamiento violan el principio constitucional de separación de poderes. Sin perjuicio de compartir los conceptos de Zaffaroni (citado por el actor) ha de tenerse presente que el ejercicio de la jurisdicción radica en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Ley 15.750). Y de ello se ha tratado, justamente, en autos: se ha denunciado una —eventual— omisión, se la ha acreditado y, en consecuencia, se ha pronunciado la Sede en aplicación del poder-deber que deriva del ejercicio de su cargo. Y ello, en el caso concreto, porque no por el hecho de invocar la protección de intereses difusos o indeterminados, se transforma la hipótesis de autos y, por ende, lo resuelto, en tarea de colegislación o de indebida intromisión en la actuación de otros poderes del Estado.<sup>18</sup>

Por su parte, quienes refieren en términos absolutos a la existencia de un derecho al autogobierno a través de los órganos ejecutivo y legislativo por medio de la representación política y de la votación según la regla de la mayoría, desconocen que en el marco de un Estado de Derecho de carácter democrático y constitucional ese derecho al autogobierno se encuentra limitado por el contenido constitucional que establece formas de corrección ante la posibilidad de “error” de las mayorías.

Al hacer cumplir esos derechos, la Constitución puede resultar antidemocrática; su blindaje tiene esa consecuencia [...] es de esperar que los jueces puedan apelar y apelen a los valores políticos de la concepción pública, siempre que la Constitución misma implícita o explícitamente invoque esos valores [...] Lo que deben hacer [los jueces] es apelar a los valores políticos que, a su entender, pertenezcan a la interpretación más razonable de la concepción pública y de sus valores políticos de justicia y razón pública. Y esos son valores respecto de los cuales ellos creen de buena fe que como exige el deber de civildad, puede esperarse razonablemente que todos los ciudadanos, en tanto que individuos razonables y racionales, aceptarán.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Juzgado Letrado de Familia de 25° turno, Sentencia N° 103 de 11 de setiembre de 2007.

<sup>19</sup> Rawls, J., *El liberalismo político* (Trad. de Antoni Doménech), Crítica, Barcelona, 2004, p. 270-271.

Esta idea del monopolio de la legitimidad democrática por parte de los órganos mayoritarios parte de la creencia de que esta legitimidad cae en cascada desde los órganos electos al aparato burocrático inferior. Pero las decisiones cuestionadas en muchos casos no responden a actos emanados de órganos cuyos titulares fueron votados.<sup>20</sup>

En opinión de Rawls, la democracia constitucional es dualista: distingue el poder constituyente del poder ordinario, así como la constitución de la ley ordinaria.

Al aplicar la razón pública, el tribunal corre con la tarea de prevenir la erosión de esa ley por parte de la legislación aprobada por pasajeras mayorías, o, más probablemente, por parte de intereses estrechos organizados y bien situados que tratarán de llevar el agua a su molino. Si el tribunal asume ese papel y efectivamente lo desempeña, es incorrecto decir que es derechamente antidemocrático [...] El tribunal no es antimayoritario respecto de la ley suprema cuando sus decisiones resultan razonablemente acordes con la Constitución misma [...].<sup>21</sup>

Estos límites constitucionales también son producto de una decisión democrática, pero de diferente "calidad". No hay tensión alguna entre los derechos y la democracia, en la medida en que los derechos son el producto de un consenso democrático que es recogido en la norma constitucional. Tampoco se trata de una desconfianza hacia las mayorías, sino de establecer un estatuto general de derechos y garantías que no se encuentre supeditado a decisiones coyunturales.

Los jueces, entonces, no estarían tomando decisiones contrarias a las de la mayoría, sino que estarían justamente haciendo prevalecer la voluntad de la mayoría "constitucional", sobre la mayoría del pueblo en un cierto momento histórico [...] El pueblo se autoimpone una Constitución que opera como límite a sus futuras decisiones democráticas.<sup>22</sup>

El carácter contramayoritario de los órganos jurisdiccionales asegura la protección de las minorías frente a las mayorías, garantizando las libertades individuales y el pluralismo político.

[...] una teoría jurídica de la democracia dotada de capacidad explicativa no puede hoy ignorar los límites y los vínculos constitucionales al principio de mayoría que existen ya en casi todos los ordenamientos democráticos. Límites y vínculos que, nos guste o no, son un rasgo empírico de tales ordenamientos del que una teoría de la democracia debe

<sup>20</sup> Cf. Courtis, Cristian, Comunicación personal, Buenos Aires, mayo 2008.

<sup>21</sup> Rawls, J., ob. cit., 2004, pp. 268-269. Para una crítica al dualismo constitucional y a la posición de Rawls ver: Gargarella, R., ob. cit., 1996, pp. 139 y ss.; y del mismo autor, ob. cit., 2006, pp. 15 y ss. En ambos trabajos Gargarella hace referencia a la obra de Bruce Ackerman, quien —en sus palabras— procuró dar cabida a dos instituciones [...] por un lado destacó la noción de que, en una democracia, el que debe gobernar es el pueblo, y no algún cuerpo de élite como el poder judicial. Es la propia ciudadanía —sostuvo Ackerman— la que debe decidir cómo gobernarse, decidiendo, ante cada problema constitucional, el rumbo a tomar. Por otro lado, el profesor norteamericano puso énfasis en la idea de que *no todas las decisiones que toman las mayorías merecen ser igualmente consideradas* [...] El punto central de la teoría de Ackerman es que existen dos tipos de decisiones fundamentales dentro de una democracia. En primer lugar, se encuentran las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos: las que llama "decisiones constitucionales", que se expresan a través del dictado de la Constitución [...] En segundo lugar, están las decisiones que toma la ciudadanía a través de su gobierno [...] los funcionarios del gobierno pueden actuar y tomar múltiples decisiones, pero sus decisiones deben respetar los límites que la propia ciudadanía les ha fijado, cada vez que intervino en el proceso político" (Ackerman, B., *We the people: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1991 *apud* Gargarella, Roberto, ob. cit., 1996, pp. 135-137). No hay obras citadas del autor en referencia de los años marcados en amarillo, citadas anteriormente, por lo tanto, no se puede hablar de obra citada.

<sup>22</sup> Saba, R., *Derechos sociales, políticas públicas y acceso a la información*, en: *Seminarios salud y política pública*, Seminario VIII, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Buenos Aires, 2004.



dar cuenta, salvo que quiera negar, con ellos, el carácter democrático de las actuales democracias constitucionales.<sup>23</sup>

Es por tanto la Constitución, en cuanto proyecto político del Estado, la que justifica las atribuciones objetadas de los órganos judiciales. Son los derechos constitucionales los que operan como límite a las decisiones democráticas de los órganos mayoritarios. Desde este punto de vista, la supuesta “invasión” de los jueces en la política es, en realidad, el producto ineludible de una decisión del pueblo de retirar del ámbito de la “política” decisiones que ya fueron tomadas “a nivel” constitucional.<sup>24</sup>

Esta posición es consecuente con la idea de que el papel del Poder Judicial resulta indispensable para el desarrollo de la democracia en la medida que:

[...] el amparo concreto de derechos, por medio de los jueces, garantiza el respeto a la dignidad de los ciudadanos y el goce efectivo, no formal, de los derechos [...] Los jueces son pilar y garantía de la democracia en la medida que puedan efectivamente proteger los derechos humanos y limitar el ejercicio del poder [...].<sup>25</sup>

La legitimidad de los órganos judiciales contramayoritarios es producto del reconocimiento constitucional de los derechos y del papel asignado al Poder Judicial de garantía ante la lesión de los mismos.<sup>26</sup>

Por último, corresponde mencionar que si los poderes mayoritarios resolvieran los conflictos de exigibilidad de derechos de conformidad con los estándares normativos no estaríamos ante un escenario de justiciabilidad de derechos. En definitiva, la actuación judicial se moviliza ante el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de las obligaciones normativas por parte de los órganos mayoritarios.

### c. La actuación jurisdiccional como garantía de compatibilidad entre los estándares jurídicos y las políticas

El proceso de exigibilidad de derechos económicos y sociales tiene como objetivo corregir las políticas públicas cuando éstas no son adecuadas a los estándares jurídicos que se constituyen en límites de la discrecionalidad política. Encontramos aquí a los denominados casos estructurales, en los que la causa de la violación de derechos refiere a prácticas o políticas sistémicas. De lo que se trata es de examinar la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión.

En estos casos, si el tribunal considera que esa política —o un aspecto de ella— es incompatible con el estándar, reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que

<sup>23</sup> Ferrajoli, L., ob. cit., 2006, p. 99.

<sup>24</sup> Cf. Saba, R., ob. cit., 2004.

<sup>25</sup> Zúñiga Fajuri, A., ob. cit., 2002.

<sup>26</sup> Cf. Nino, C.S., La constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, 1998, Capítulo 1.

la reformulen. Ejemplos de estándares a partir de los cuales los tribunales analizan una política pública son los de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad, no regresividad, transparencia, etc.<sup>27</sup>

En estos casos la actuación jurisdiccional no implica la sustitución de la administración en la tarea de planificación y diseño de las políticas públicas. Lo que ocurre es que esas políticas en el marco del proceso judicial son contrastadas y examinadas en cuanto a su compatibilidad con los estándares jurídicos aplicables y vinculantes para la administración.

Las políticas públicas referidas a derechos económicos y sociales pueden existir pero no lograr contrarrestar el deterioro y la vulneración de tales derechos, no ser capaces de asegurar su goce efectivo, o no haber favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de dichos derechos. El Tribunal en esos casos queda colocado en la posición de tener que analizar lo hecho por el poder administrador y verificar si las políticas implementadas han logrado contrarrestar la situación de vulneración de derechos constitucionales y derechos humanos de la infancia y la adolescencia. Para esto es posible que el Tribunal analice tanto los datos sobre cobertura de los distintos servicios comprendidos en el caso concreto, como el grado de satisfacción de la población afectada. El análisis de cobertura puede implicar el estudio de los planes de acción. Y en el caso de que este plan no exista, el Tribunal puede exigir que se establezca un plan de trabajo con metas específicas, indicadores, responsabilidades y plazos.

Esta situación tipo también tiene ejemplos enmarcados en acciones de amparo tramitadas conforme a lo expresado en el CNA. En uno de esos casos, encontramos que el órgano jurisdiccional dispuso un plan de trabajo al cual el poder administrador debió ajustar su actividad, en los siguientes términos:

En mérito a la totalidad de lo que antecede, y como se adelantó, se amparará la pretensión deducida disponiendo que el INAU, en plazo de veinticuatro horas, inicie la adopción de medidas tendientes a:

I) la realización, al 30 de noviembre de 2007 (fs. 25), del anunciado estudio cualitativo-cuantitativo a efectos de determinar no sólo la cantidad sino también el perfil (según variables tenidas en cuenta a fs. 199 y siguientes, en cuanto corresponda) de niños y adolescentes en situación de calle o viviendo en la calle,

II) la consideración, caso por caso, de las situaciones de niños o adolescentes en situación de calle o viviendo en la calle, ya avistados,

III) el abordaje inmediato de estos y

IV) su derivación hacia los núcleos más adecuados para su protección (familia, centros de atención diurna y/o nocturna, internación en dependencias del INAU o las que sean

<sup>27</sup> Abramovich, V., *Líneas de trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Herramientas y aliados*, en: Revista Sur, Año 2, Nº 2, San Pablo, p. 215.

supervisadas por éste, a título de ejemplo y sin que ello implique enumeración taxativa), a efectos de evitar las consecuencias nocivas derivadas de las referidas situaciones, en plazo no superior a noventa días.<sup>28</sup>

En este caso si bien la sentencia refiere a la existencia de una omisión del INAU surge de la misma que se estaban desarrollando políticas específicas por parte del instituto referido, las cuales fueron consideradas insuficientes e inadecuadas para garantizar los derechos en juego.

En caso de concluirse que los planes no responden a los estándares normativos o que las acciones específicas o los recursos asignados son insuficientes u otro tipo de inadecuación, el Tribunal debe exigir a las entidades administrativas que cumplan con sus deberes constitucionales y con sus obligaciones internacionalmente asumidas. Para lo cual, se requiere que se adopten dentro de plazos razonables las acciones tendientes a asegurar el goce efectivo de los derechos involucrados. Esto incluye la disposición de dineros públicos indispensables para la ejecución de dichas acciones, dado el evidente contenido prestacional de los derechos en juego. En referencia a este tipo de situaciones es especialmente ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia:

No se trata en este caso de que a través de la acción de tutela se esté ordenando un gasto no presupuestado o que se esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional, como pasa a verse.<sup>29</sup>

La administración no debe únicamente desarrollar determinadas políticas públicas sino que además debe ajustarlas a estándares normativos.

En este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente —por ejemplo la imposición de la obligación de pagar un monto líquido y exigible— sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del “diálogo” entre el juez y la autoridad pública. De modo que la sentencia, lejos de constituir la culminación del proceso, opera como un punto de inflexión que modifica el sentido de la actuación jurisdiccional: desde su dictado, es al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en

<sup>28</sup> Juzgado Letrado de Familia de 25° turno, Sentencia N° 103 de 11 de setiembre de 2007.

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° T-025 de 22 de enero de 2004, Bogotá, DC., Expediente T-653010 y acumulados. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2501.pdf>>

que cumplirá las instrucciones del juez, y el tribunal se limitará a controlar la adecuación de las medidas concretas adoptadas con el mandato que ha impartido.<sup>30</sup>

Es preciso recordar que en el Estado de Derecho la actividad administrativa y por lo tanto el diseño y la ejecución de las políticas públicas es en esencia controlable por la jurisdicción. Esto es así en tanto el control es inseparable del propio concepto de Estado Constitucional de Derecho.<sup>31</sup>

### III. Consideraciones finales

La sentencia que se comenta al abordar la cuestión en debate parte de identificar la existencia de estándares jurídicos que deben ser considerados a la hora de la dirección y diseño de programas de salud.

En adelante, el Tribunal desarrolla una serie de consideraciones en referencia al principio de separación de los Poderes del Estado y la función jurisdiccional. En dicha sentencia se expresa con claridad meridiana:

[...] el conocimiento y decisión respecto a actos u omisiones de la Administración que pudieran ser lesivos o amenacen por ilegitimidad manifiesta derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución —claramente de rechazo en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho—, sino porque precisamente, hacerlo, constituye la razón de ser del medio jurídico actuado, en el ámbito de la competencia natural del Poder Judicial, y constituye —sin cortapisas—, la razón de principio de su propia existencia - arg. arts. cits; 7, 72, 332 y Sección XV de la Constitución; Ley 15.750, L. O. T. En similar posición a la de la Sala Ochs Olazábal, Daniel, “La acción de amparo” págs. 107 y siguientes.

La competencia del Poder Ejecutivo está dada por la adopción de todas las medidas necesarias para mantener la salud colectiva y su ejecución por el personal a sus órdenes, dictando todos sus reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial. Pero la omisión o el desatino del poder administrador constituye manifiesta ilegitimidad pues desatiende derechos, bienes y valores reconocidos por la Constitución. Continúa la sentencia expresando que:

El fundamento de la intervención judicial en casos como el de autos deriva de que todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y es la vigencia de ésta la que legitima la intervención judicial.

En el caso concreto, las omisiones del Ministerio y la inadecuación de sus controles a los estándares exigibles son los que justifican la intervención jurisdiccional.

El sistema jurídico y el ámbito judicial poseen algunas características que lo transforman en un escenario privilegiado para los reclamos de exigibilidad de los derechos económicos

<sup>30</sup> Abramovich, Victor, ob. cit., 2005, pp. 215 y 216.

<sup>31</sup> Aragón Reyes, M., Constitución y control del poder, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 69 y ss.

y sociales. Primeramente, por la posición de la administración de justicia respecto de la política. En el ámbito judicial pueden hacer oír su voz y hacer valer sus derechos los más débiles y quienes se encuentran peor representados en el escenario político.

El escenario judicial implica además un espacio en el cual se traduce el reclamo social en uno jurídico. Lo que implica permutar una competencia de poder puro por un proceso en el que las decisiones deben justificarse explícitamente y en términos legales. Esta necesidad de justificar y explicitar el fundamento de las decisiones limita el espacio de discrecionalidad y arbitrariedad de quienes ostentan el poder.<sup>32</sup>

Sin perjuicio de que esta cuestión excede el objetivo del presente trabajo, es preciso expresar que una actuación como la descrita requiere de un Poder Judicial que, además de ser independiente y de asegurar la más amplia deliberación en torno a los temas abordados, desarrolle un servicio de administración de justicia de calidad que sólo puede lograrse con jueces capacitados para este importante papel y mecanismos de ascenso transparentes. Los referidos constituyen evidentes presupuestos del desarrollo de procesos de justicia-bilidad de los derechos económicos y sociales en el sentido que fuera explicitado.

---

<sup>32</sup> Cf. Vilhena Vieira, O., *La desigualdad y la subversión del Estado de derecho*, en: Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 6, Año 4, San Pablo, 2007, p. 49.

Ministro Redactor: Dr. Ricardo C. Pérez Manrique

Montevideo, 24 de abril de 2009.

### **VISTOS:**

Para el dictado de Sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados “XX c/ Poder Ejecutivo – Ministerio de Salud Pública. **PROCESO DE AMPARO**” Ficha Nº 2-41143/2008, venidos en apelación de la Sentencia Nº 16/2008 dictada por el Señor Juez Letrado de Familia de 18º Turno Dr. Jesús Pereira Sucunza:

### **RESULTANDO:**

- 1) Por la recurrida (fs. 83/105) a cuya relación de antecedentes la Sala se remite, no se hizo lugar a la demanda promovida en autos.
- 2) El actor deduce recurso de apelación a fs. 106/114, solicita se revoque la recurrida, condenándose al Estado en los términos referidos en la demanda.

Se agravia en síntesis en cuanto a que entiende que el Poder Judicial tiene facultades en los procesos de exigibilidad de los derechos económicos y sociales de la infancia y la adolescencia. Que existe reconocimiento normativo de la exigibilidad de tales derechos. Analiza la denominada objeción contramayoritaria, a partir de la que el Poder Judicial, por no provenir de la expresión popular directa, no podría incidir en decisiones de poderes como el Ejecutivo que tienen tal origen. Invoca jurisprudencia que ha desestimado este tipo de excepciones y doctrina concordante. Son los derechos constitucionales los que operan como límite a las decisiones democráticas de los órganos mayoritarios, la intervención de los jueces en este plano depende de una decisión de orden constitucional. La actuación judicial se moviliza ante el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de las obligaciones normativas por parte de los órganos mayoritarios. La administración debe ajustar sus políticas públicas a estándares normativos, el Tribunal debe exigir a las entidades administrativas que cumplan con sus deberes constitucionales y con sus obligaciones internacionalmente asumidas.

Se agravia en cuanto al carácter excepcional que se atribuye en la recurrida a la acción de amparo. Incurre en error la sede a quo al desconocer las características especiales que reviste la acción de amparo prevista en el Código de la Niñez y Adolescencia. La doctrina y jurisprudencia que cita la sentencia refiere a materia civil, anterior a la existencia del artículo 195 del CNA. De principio la acción es procedente. Nada ha probado la cartera, el testimonio de la Química Farmacéutica Pimienta ha demostrado lo precario de las políticas del Ministerio y lo ineficiente que es la vía

administrativa. Para un proyecto que busca evaluar el consumo de sustancia prescrita al 30 % de nuestros niños, equiparada a la cocaína y que se encuentra sujeta a contralor internacional, se destinarán US\$ 500, de los cuales ni uno será provisto por la demandada. De todas formas las medidas proyectadas por la demandada no tienen por finalidad ni están dirigidas a controlar el diagnóstico excesivo y a cumplir con los requerimientos internacionales.

- 3)** La Dra. María Silvina Echarte Acevedo en nombre y representación del Estado, Ministerio de Salud Pública, evacua el traslado a fs. 128/132, solicita se confirme la recurrida.

Se coincide con la Sede y el Ministerio Público en cuanto a que en el caso de autos, no se configuran los extremos legales para que exista la acción de amparo.

No existe acto, hecho u omisión, se ha acreditado que el Ministerio actúa de manera legal, dentro del ámbito de su competencia, protegiendo la salud de la población y naturalmente de los menores y adolescentes. Se han instrumentado mecanismos de control y se ha puesto en funcionamiento estudio de campo.

Tampoco se da ilegitimidad manifiesta, la que debe surgir claramente de la superficie del conflicto, si la decisión impone un análisis en profundidad y un debate, no es procedente esta acción.

Es necesario además que no existan otros medios que permitan tener el mismo resultado previsto en el literal b) del artículo 9 de la Ley 16.011, debió promoverse la vía administrativa, que es legalmente pertinente, dándose oportunidad a la administración de pronunciarse en la forma debida. El Ministerio en actuación de sus cometidos establecidos en el artículo 2º ap. 1 de la Ley Nº 9.202 ha actuado de manera adecuada, con legitimidad, en el control del uso de la sustancia denominada Ritalina.

No existiendo ilegitimidad en el actuar del MSP, ni violación de derecho alguno, ni lesión de derecho o libertad alguna que afecte al actor se deberá confirmar la sentencia de primera instancia y desestimar la acción de amparo impetrada, por ser la misma improcedente y carente de asidero jurídico y fáctico.

- 4)** Franqueado el recurso de apelación (Nº 965/2009, fs. 133), los autos se reciben estando desintegrada la Sala por licencia de uno de sus titulares —v. fs. 138—, una vez integrada nuevamente se convoca a audiencia a las partes y a testigos (fs. 137).

La audiencia se diligencia a fs. 142/ 156, prorrogándose a efectos de que la letrada del Ministerio de Salud Pública efectuara consulta sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la cuestión.

Continuando la audiencia, indica la Sra. Representante de la Administración, que por resolución de la Dirección de Salud del Ministerio de Salud Pública que luce a fs. 157 no es posible llegar a acuerdo alguno.

Las partes realizan apreciaciones sobre la prueba diligenciada.

El Ministerio Público representado por la Sra. Fiscal en lo Civil de 12º Turno Dra. Graciela González, ratifica su posición en cuanto a la improcedencia de la acción.

Retirado el Tribunal a deliberar, se acuerda la presente, convocándose a audiencia de dictado de sentencia para el día de la fecha (fs. 158/159).

### **CONSIDERANDO:**

- I) La presente acción de amparo tiene como antecedente la tramitada en autos acordonados 2-43442/2007 en los que por Sentencia N° 146/2007 de fs. 104/131 de la misma Sede se dispuso que la parte demandada informara al actor acerca de datos sobre cantidad de medicamentos que contienen metilfenidato, total de importaciones, dinero que insumen las mismas, etc.

La misma fue confirmada por Sentencia N° 380/2007 de esta Sala de fs. 156/165.

El Ministerio de Salud Pública cumple la Sentencia con información que resulta de fs. 146/149 y de acordonados sobre Intimación Ficha 59-48/2008 de fs. 12/16.

- II) En estos autos se deduce acción de amparo en los términos del artículo 195 del Código de la Niñez y Adolescencia a efectos de que se condene a la demandada: a) establecer una política de control del aumento del metilfenidato o ritalina por parte de la población infantil y adolescente, y para evitar el diagnóstico excesivo del Trastorno por Déficit Atencional por Hiperactividad entre los niños y el tratamiento en base a dicha sustancia y b) establecer un protocolo para la prescripción del fármaco, como sucede con otros fármacos.

- III) Elementos fácticos que resultan de autos.

El incremento en la importación de la sustancia, que resulta de la información brindada por el MSP en acordonados, exteriorizado en cuadro de fs. 20 la demanda: de 900 gramos en 2001 a 17.000 en 2007.

Las características especiales del medicamento y la preocupación entre otros de Informe Anual de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes que resulta de fs. 3 y 4 en que se reitera la petición a todos los Gobiernos de que “hagan todo lo posible para evitar el diagnóstico excesivo de ADD entre los niños y el tratamiento a base de metilfenidato que no esté justificado por razones médicas válidas”.

De fs. 146 de Ficha 2-43442/2007 resulta informe de fecha 26.IX.2007, ratificado y elevado a la Sede a quo de 19.XI.2007.

A fs. 146 en que la Q. F. Blanca Pimienta Jefe Fiscalización Estupefacientes y Psico-trópicos, Departamento de Medicamentos del M.S.P. informa:



“...las especialidades antes referidas, es decir aquellas que contienen Metilfenidato, deben ser prescriptas por el Profesional Universitario competente, en receta triplicada (naranjas y/o amarillas). En este Sector se controlan, a mes vencido, dichas recetas, resultando de allí un aumento del consumo que no evidencia fármaco dependencia.

Asimismo nuestro país se encuentra adherido al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas y las resoluciones pertinentes del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas; el metilfenidato integra el listado de sustancias psicotrópicas sometidas a fiscalización internacional (subrayado en el original). Mediante el “formulario estadístico A/P”, se informan las estadísticas trimestrales de importaciones y exportaciones de sustancias incluidas en la Lista II del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 (presentadas a la Junta Internacional de Fiscalización de estupefacientes en cumplimiento de dicho Convenio), la resolución I de la conferencia de Naciones Unidas para la Adopción de un Protocolo sobre sustancias psicotrópicas y las resoluciones 1756 (L) y 1981/7 del Consejo Económico Social).

La misma técnica depone en autos a fs. 59/63 testimonio del que resulta: el metilfenidato se prescribe mediante receta verde en lo privado y celeste en Salud Pública. Las recetas se archivan en el lugar de expedición del medicamento, existen controles trimestrales. Hay alarma en cuanto al uso por muchas personas “en eso estamos estudiando el abanico de pacientes que lo están consumiendo”. Hay una comisión que aún no ha ingresado al estudio del tema de este medicamento. Tampoco la comisión de vigilancia se puede afirmar que tenga por cometido el estudio de la cuestión. Afirma de la existencia de un proyecto de investigación, piloto, en cuatro centros, con financiación del exterior de US\$ 1.000 para la dos investigadoras que recogería datos como edad y sexo de los pacientes.

“Grosso modo un 30% de los niños están consumiendo metilfenidato” dice la testigo (fs. 63).

Las testigos de parte actora, ambas Psicólogas, entienden que existe sobreindicación del medicamento, en base a diagnósticos exclusivamente de médicos, muchas veces a demanda de establecimientos escolares V. Valfre fs. 56/59 y Liberman fs. 63/65.

La Sala convocó a la Profesora Agregada de Psicología Infantil Dra. Gabriela Garrido que depone a fs. 142/155: señala la importancia del diagnóstico, la naturaleza multifactorial del TDAH y la existencia de consensos internacionales para pautar todo lo que tiene que ver con el diagnóstico y el tratamiento. El metilfenidato se prescribe con receta naranja, los psiquiatras tienen habilitación para prescribirlo, no sabe si un pediatra puede hacerlo. En el Pereira Rossell usamos receta común en duplicado, en Atención Primaria comunican a farmacia Hospital Vilardebó los pacientes que iban a usar el medicamento. Destaca el potencial efecto negativo del abuso de la sustancia. Una investigación advierte que en el área de Salud Pública sería prescripto en un alto porcentaje por especialistas.

A su vez el Dr. Jorge Quian, convocado también por el Tribunal, Profesor Agregado de la Facultad de Medicina y Director del Programa de Salud de la Niñez a fs. 155 y 155 vta. declara que su División diseña políticas respecto de la niñez —personas hasta los 12 años de edad—. Cuando la presente Administración asumió, realizó una encuesta entre los pediatras a través de la Sociedad de Pediatría sobre cuáles eran los principales problemas que los pediatras creían afectaban a los niños. De la misma resultó que los déficit de atención eran un problema importante para la pediatría. En este tema pese a la política de su División, no ha habido pautas que “nosotros hayamos incorporado”. El metilfenidato se prescribe con receta naranja, cualquier médico puede recetarlos. Las recetas naranjas son muy controladas por el Ministerio de Salud Pública.

- IV)** El Tribunal ha recogido de la página web del “Grupo de Expertos Nacionales para el Estudio del Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad” el 1er. Consenso Latinoamericano sobre el Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad de México, junio del 2007, del que participaron técnicos nacionales entre otros la Dra. Gabriela Garrido, testigo de autos (ver. [www.tdahlatinoamerica.org](http://www.tdahlatinoamerica.org)).

En el mismo se estima en un 5 % el promedio mundial del TDAH, la necesidad de asegurar el diagnóstico por especialistas y el carácter multifactorial que requiere atención interdisciplinaria.

A su vez las Dras. Noelia Speranza, Noelia Goyeneche, Daniela Ferreiro y colaboradores publicaron en Archivos de Pediatría del Uruguay 2008; 79 (4) la investigación sobre “Uso de metilfenidato en niños y adolescentes usuarios de servicios de asistencia pública de Montevideo” en que concluyen:

“En este estudio no se identificaron problemas importantes relacionados con la indicación de metilfenidato. En relación a la prescripción se destaca el uso de esquemas de tratamiento con dosis bajas y en combinación con otros psicofármacos. La frecuencia de las “posibles” reacciones adversas comunicada fue elevada y en su mayoría, leves. Considerando que existe escasa información sobre la seguridad, principalmente a largo plazo, resulta indispensable desarrollar estrategias de farmacovigilancia intensiva ya que estos niños constituyen un grupo de riesgo. La educación de los profesionales de la salud y de los usuarios representa una estrategia fundamental para promover el uso racional de metilfenidato”.

- V)** Del análisis probatorio resulta a criterio de la Sala que es necesario tener cuenta que tanto la atención del TDAH como su diagnóstico oportuno y adecuada respuesta debe ser realizada atendiendo a los múltiples factores que inciden en el mismo, así como el control de la medicación que se utiliza. Todo lo que demuestra la necesidad de la dirección y diseño de programas de salud adecuadas.

Especialmente respecto del metilfenidato, aspecto del que el propio demandado ha admitido la necesidad de su contralor, en sintonía con las investigaciones reseñadas

que ubican a los niños como un sector de riesgo ante la inapropiada indicación de dicho producto farmacéutico (fs. 146).

La incidencia del trastorno es del 5 % a nivel mundial según el consenso referido ut supra, del 7 % en los niños uruguayos según la testigo Garrido y según la Q. F. Pimienta en declaraciones citadas un 30 % de los niños utilizan la medicación (fs. 63).

Se utiliza para prescribirlo la receta naranja según los testigos Quián y Garrido, según Pimienta en informe citado las recetas verde o celeste.

Se afirmó en autos, lo que no ha sido controvertido que en el ámbito de Salud Pública, no se utiliza la receta naranja, sino que se prescribe con la blanca por duplicado. La referencia es el Hospital Pereira Rossell, único Hospital especializado en Pediatría del país, de ahí la importancia del hecho.

No se puede estimar cantidad ni sexo de niños medicados, pues no surge el dato de las recetas naranjas y menos de las blancas utilizadas en el ámbito de la Salud Pública.

El demandado no ha brindado en autos otra información sobre la existencia de reglamentos o disposiciones administrativas por él dictados en cuanto a si el habilitado para diagnosticar es un especialista o lo puede hacer cualquier médico, tampoco en cuanto a la existencia de igual determinación respecto del tratamiento farmacológico.

No se ha demostrado que se disponga de elementos informáticos que permitan el rápido y oportuno procesamiento de los datos relevados —aunque como se viera son parciales—.

- VI)** A partir de tal cuadro fáctico deberá ingresarse a los agravios del amparista, enderezados a cuestionar la configuración en autos de los presupuestos legales para que proceda la acción de amparo.

Se comparte en lo esencial los argumentos fundados en abundantes y acertadas citas por parte del recurrente.

Ellos están dados en cuanto a la presente acción, por la Ley N° 16.011 y por el artículo 195 del Código de la Niñez y Adolescencia.

El derecho que se estaría vulnerando por las eventuales omisiones de la Administración sería el Derecho a la Salud y a la vida de los Niños y Adolescentes que según la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12 (Ley N° 13.751); Declaración Americana de los Derechos y Deberes Hombre en sus arts. I y XI; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4°, 19, 25 (Ley N° 15.737); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 6°, 14, 17 (Ley N° 13.751) y Declaración Universal de Derechos Humanos en sus arts. 3 y 25 y Convención de los Derechos del Niño artículos 2, 3, 4, 16, 19, 24

(Ley N° 16.137) además de la normativa citada por el propio demandado a fs. 149 de los acordonados.

La Constitución de la República consagra en sus artículos 7 la protección del Derecho a la vida, 40 y 41 el derecho de los niños a una protección especial y en su artículo 44 el derecho a la salud de todos los habitantes de la República.

EL CNA establece el derecho de todo niño y adolescente a las medidas de protección especiales que su carácter de sujeto en desarrollo exige entre otros al Estado (art. 3°), el derecho a la vida y a la salud entre otros (art. 9), el artículo 11 bis del Código introducido por la Ley N° 18.246 de Derechos Sexuales y Reproductivos consagra el derecho de todo niño y adolescente a la información y al acceso a los servicios de salud. A su vez estos derechos están protegidos por la Acción de Amparo Especial prevista en su artículo 195.

La competencia del MSP deriva del artículo 2° ap. 1 de la Ley N° 9.202:

*“La adopción de todas las medidas que estime necesarias para mantener la salud colectiva, y su ejecución por el personal a sus órdenes, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial”.*

- VII)** A partir de tales consideraciones se habrá de revocar la decisión atacada al estimar de recibo los agravios formulados.
- A)** Por de pronto porque conforme las resultancias de autos se verifican los presupuestos habilitantes para tutelar la acción de amparo instaurada.

La misma procede contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de “habeas corpus”.

La acción queda sometida a las garantías inherentes del debido proceso de las decisiones que al respecto y que en el ejercicio de la función jurisdiccional pueda pronunciar la Justicia competente (arts 1, 3 ley 16.011; 195 C. N. A).

Es un especial medio jurídico de protección que opera cuándo no existan otros o resultaren en el caso ineficaces, presumiéndose en vistas al resguardo de los derechos de los niños y adolescentes y salvo prueba en contrario, que otras vías pasibles de concebir para la defensa de los derechos comprometidos en cuanto a su eficacia, no lo son (art.195 C. N. A).

Vale decir, que tal previsión normativa específica, comporta flexibilizar —en función de intereses prioritarios, prevalentes y tuitivos que constituyen imperativos constitucionales y legales art. 6 del C. N. A.— el rigor de actuación procesable a través del amparo.

La acción especial de amparo establecida por el Código de la Niñez y Adolescencia, si bien sigue en líneas generales la Ley N° 16.011 reviste particularidades específicas que impiden su calificación como de residual y heroica. En líneas generales procede salvo que exista proceso jurisdiccional pendiente y se presume que los otros medios de protección son ineficaces.

Su objeto es la protección de los derechos de los niños y adolescentes, por eso se confía su decisión a los Tribunales de Familia, tanto en primera como en segunda instancia: la decisión debe atender la protección de tales derechos en función de lo establecido en el artículo 3° del C. N. A.

En autos, la demandada enfatiza la improcedencia formal de la acción de amparo, desde que entiende que la vía administrativa que pudieron y debieron seguir los promotores, resultaba adecuada y eficaz para tutelar sus peticiones.

Sin embargo, con sólo proclamarlo, no decae la presunción en contrario, desde que la ley exige su verificación.

En el subexámene, no parece desacertado colegir respecto a la ineficacia, si se tiene presente las resultancias del proceso de amparo acordonado, que antes el actor promoviera contra la demandada. Su finalidad fue exclusivamente obtener información del tema, lo que demandó dos instancias y en lo procesal la reiterada conducta contraria a franquear la información —de parte del Ministerio—, con similares argumentos a los de autos.

Es más, de la propia posición del Sr. Director de Salud a fs. 157 resulta una contundente afirmación de la falta de disposición del Ministerio. Se afirma la negativa a derivar sus cometidos de policía sanitaria a los particulares, cuando en realidad quienes son denominados “particulares” están requiriendo de la Administración las correcciones necesarias en protección de los derechos de los niños.

Frente a dicha posición tajante, de considerar injerencia de “particulares” los reclamos a la Administración, no se advierte la eficacia que pudiera tener la vía administrativa para satisfacer la petición del amparista.

- B)** En el mismo orden de ideas, tampoco es de recibo como fundamento para el rechazo del amparo, que una decisión jurisdiccional que acoja el tenor de las propuestas, signifique por sí misma vulnerar el principio de separación de los Poderes del Estado.

Tal tesis es incorrecta.

No sólo porque ello implica sin sustento normativo, radiar de la función jurisdiccional, el conocimiento y decisión respecto a actos u omisiones de la Administración que pudieran ser lesivos o amenacen por ilegitimidad manifiesta derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución —claramente de rechazo en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho—, sino porque precisamente, hacerlo,

constituye la razón de ser del medio jurídico actuado, en el ámbito de la competencia natural del Poder Judicial, y constituye —sin cortapisas—, la razón de principio de su propia existencia - arg. arts. cits; 7, 72, 332 y Sección XV de la Constitución; Ley 15.750, L. O. T. En similar posición a la de la Sala Ochs Olazábal, Daniel “La acción de amparo” págs. 107 y siguientes.

En el caso concreto resulta aceptado, la trascendencia que tiene el uso debidamente prescripto de la medicación metilfenidato, en el tratamiento de T. D. A. H, y el crecimiento de su administración a la población necesitada de ello, especialmente en los niños y adolescentes. Más allá de su eficacia terapéutica científicamente comprobada, la naturaleza del fármaco y propiedades demanda el control y debido ajuste inherente a su correcta, estricta, exclusiva y ostensible finalidad, por las autoridades encargadas de la Salud.

Es materia entonces de incumbencia del Estado y particularmente del Ministerio de Salud Pública conforme claro mandato de la Constitución —art. 44— y de su Ley Orgánica transcrita ut supra, la adopción de todas las medidas necesarias para mantener la Salud Colectiva y su ejecución por el personal a sus órdenes dictando todos sus reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial.

De lo anterior se desprende que no hacerlo o hacerlo mal constituye manifiesta ilegitimidad pues desatiende derechos, bienes y valores reconocidos por la Carta Fundamental cuyo goce inmediato en la concepción “ius naturalista” a que se afilia es consustancial a la condición de ser humano.

Señala el constitucionalista argentino Bidart Campos: *“Cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento ... (y) ... que cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido...”* (“La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en ED 78-785).

El fundamento de la intervención judicial en casos como el de autos deriva de que todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y es la vigencia de ésta la que legitima la intervención judicial:

*“En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o precisamente porque son— poderes de mayoría”.* (Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías, La ley del más débil, Editorial Trotta, pág. 26).

En la especie, se acepta que la Administración en parte investiga el consumo y reglamenta la prescripción; se avanzó con la utilización de un soporte informático para recopilar

información; la existencia de un proyecto en vistas a evaluar el consumo. Empero, si se tiene presente las particularidades que entraña no ya en nuestro País, sino en el mundo entero el padecimiento del TDAH, y concurrentes condiciones mórbidas asociadas, la falta o ausencia o aún la insuficiencia de un diseño o programa que consulte y concilie la estrategia terapéutica general a seguir para su combate, especialmente teniendo en cuenta las recomendaciones de expertos en el punto en cuestión, constituye omisión y es por su manifiesta repercusión en el ámbito de la Salud, ilegítima.

Tales omisiones, que resultan de autos, constituyen el fundamento adecuado de la protección requerida por el actor al promover la presente acción. El Dr. Quian admite la importancia del problema, destacado en una encuesta con pediatras, pero no se han iniciado acciones al respecto; la Junta de Vigilancia no ha tratado el tema según Pimienta.

**VII)** A partir de tal contexto y de lo reseñado en Considerando V) de la presente, se analizarán las peticiones del amparista.

En relación a las cuestiones de eventual aumento del consumo y del diagnóstico excesivo o inadecuado del TDAH, tanto como resulta del citado Consenso Latinoamericano como de lo que afirma la testigo Dra. Garrido en su declaración resulta que: no existe prueba de laboratorio para diagnosticar el déficit, deben hacerse estudios complementarios como psicológicos y pedagógicos, en el trastorno participan muchas disciplinas. La testigo resalta la importante del diagnóstico. Concluye en la existencia de consensos internacionales y en que “Un pediatra o médico clínico no puede diagnosticar bien este trastorno...”.

En consecuencia es necesario realizar acciones tendientes a que el diagnóstico del TDAH sea realizado por quienes están capacitados para ello: la testigo habla de neuropsiquiatras y de psiquiatras infantiles, en lo que parece coincidir el Dr. Quian—, siguiendo los consensos internacionales y atendiendo el carácter multifactorial del mismo.

En cuanto al tratamiento, de las mismas fuentes resulta la importancia del tratamiento de orden farmacológico, a la vez que la necesidad de incorporar otros elementos tanto pedagógicos como psicológicos. También la puesta en práctica de los controles necesarios por la naturaleza de tal medicación.

El metilfenidato según la reglamentación se prescribe con recetas especiales —naranjas—, a criterio del Dr. Quian cualquier médico podría recetarlos. Como se vio en el ámbito de la Salud Pública no se utilizan estos recaudos, debería unificarse el sistema.

Finalmente esas recetas especiales carecen de datos esenciales como edad y sexo del paciente al que se medica, lo que debería incorporarse.

La información derivada de las recetas debería ser acumulada en una sola base de datos, que abarcara tanto el sistema público como el privado de atención, que permita extraer los datos completos debidamente procesada que exigen inclusive los organismos especiales de contralor (fs. 149).

Las acciones tendientes a superar la omisión deberán realizarse en plazo de noventa días, el que se entiende razonable conforme a las resultancias de autos.

**VIII)** Se advierte la excesiva demora de anterior instancia en la elevación de los autos a la Sala a efectos de dilucidar el presente recurso, lo que deberá tener en cuenta el a quo para el futuro.

Por lo expuesto, atento a lo establecido en el artículo 197 del Código General del Proceso, el Tribunal

### **FALLA:**

Se revoca la recurrida, estableciéndose que el Ministerio de Salud Pública en término de noventa días a partir de la presente realice las acciones necesarias respecto de niños y adolescentes para que: a) el diagnóstico del TDAH se realice por profesionales especializados conforme a los consensos internacionales; b) la indicación de metilfenidato sea realizada por los especialistas que al efecto se determinen, en todos los ámbitos de la salud tanto pública como privada, mediante un recetario uniforme; c) agregar los datos de sexo y edad del paciente en dicho formulario; la información será acumulada en una sola base de datos, que abarque tanto el sistema público como el privado de atención y que permita extraer los datos completos que exigen inclusive los organismos especiales de contralor.

Sin especial condenación.

Oportunamente, devuélvase.