

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 19 de julio de 2016.

No. 396

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "ROSENGURTT GARCÍA, ANA con ESTADO. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA. Acción de nulidad" (Ficha No. 56/2013).

RESULTANDO:

I) Que con fecha 20/2/2013, a fs. 4, compareció la actora entablado demanda de nulidad contra la denegatoria ficta recaída ante la petición por ella formulada ante el Ministerio de Salud Pública a efectos de que se declarase no obligatoria a su respecto la realización del estudio de mamografía (u cualquier otro tipo de estudio que sea perjudicial para su salud) como requisito para obtener el carné de salud.

Narró que con fecha 10 de febrero de 2012 compareció ante la Administración demandada solicitando se le exonerara del requisito de examen de mamografía obligatorio para expedirle el carné de salud básico, fundando su petición en el entendido que dicho estudio es perjudicial para su salud, y en que es su derecho no consentir su sometimiento a un estudio que, según afirmó, produce un comprobado daño a la salud como es la radiación, todo esto al amparo de lo previsto en la Ley 18.335 sobre pacientes y usuarios de servicios de salud, y normas de consumo concordantes.

Relató que es funcionaria de ANTEL, ente que es particularmente estricto en el cumplimiento de la reglamentación vigente y controla

periódicamente la vigencia del carné de salud de sus funcionarios, que debe renovarse cada dos años. El Directorio del organismo, mediante resoluciones de los años 2005 y 2012, previó la aplicación de duras sanciones a quienes no tuvieran su carné de salud vigente, entre las que se encuentra la de no poder presentarse a cumplir sus tareas.

Consideró discutible la eficacia de la política sanitaria implementada por el MSP por cuanto el avance de la ciencia médica ha demostrado en estudios que datan ya de algún tiempo, que la mamografía no es un método eficaz para la detección precoz del cáncer mamario, o no es por lo menos el único ni el más eficaz. Ello sin perjuicio del daño concreto que produce la radiación en el cuerpo humano, y el riesgo tangible que implica radiarse, lo que surge de estudios que señalan que uno de los efectos negativos del cribado es el incremento de la incidencia de la enfermedad que se releva. Dijo ser una persona sana y sin indicios de padecer cáncer de mama, a partir de los resultados de todos los estudios realizados hasta este momento, salvo por un único riesgo, dado por el sometimiento en sucesivas oportunidades en los últimos años a estudios mamográficos que expusieron su cuerpo a radiación.

Citó, interpretó y formuló consideraciones sobre artículos de prensa relativos a los Dres. Asadur TCHEKMEDYIAN y Tabaré VÁZQUEZ, así como a informes de la Autoridad Reguladora Nacional en Radioprotección (ARNR) dependiente del MIEM y de la Dra. Gabriela SABINI, obrantes en los antecedentes.

Se preguntó si resulta válido que un Estado democrático, siguiendo un patrón estadístico, ponga en riesgo a un alto número de mujeres sanas, aún contra su voluntad, con el objetivo de detectar y prevenir la

enfermedad en un pequeño número de mujeres que pueden desarrollar cáncer de mama.

Sostuvo que aun cuando el perjuicio sea mucho menor que el beneficio, como ciudadana tiene el derecho a que el Estado la contemple en su individualidad, y a que en esa dimensión se proteja su salud y su derecho a disponer de su cuerpo y su vida.

Agregó, como otro fundamento para cuestionar la política del MSP, el hecho de que al optarse por un control obligatorio de tales características, debió ofrecerse a la población afectada (mujeres entre 40 y 59 años de edad) la información sobre los riesgos de la exposición a la radiación, y la posibilidad de optar por otras técnicas para detectar un posible cáncer de mama que no impliquen los riesgos antedichos.

Adujo que los usuarios de los servicios de salud no tienen certeza de que los aparatos del servicio de salud en que se asisten cumplan con las reglas internacionales óptimas para realizar los exámenes a sus usuarios. Tampoco hay certeza de que los equipos de radiación cumplan con los controles de calidad adecuados en forma periódica para prevenir daños a la salud de los consumidores de los servicios sanitarios.

Expresó que el discurso de la Dra. Gabriela SABINI, responsable del PRONACAN, según el cual “El balance entre los eventuales efectos secundarios y el beneficio a obtener (cáncer diagnosticado en forma temprana) es ampliamente a favor de éste último”, desconoce los derechos individuales de los ciudadanos, de modo que según la edad y el género pasan a integrar una masa estadística en base a la cual se normalizan las políticas sanitarias. La política del cribado mamario en Uruguay es ilegal por cuanto, aun cuando el Estado opte por tratarla como un número, está

obligado a recabar su consentimiento para incluirla en su programa, según lo previsto en los arts. 11, inc. 2º; y 12 de la Ley 18.335.

Señaló que, de acuerdo a las citadas disposiciones de la Ley 18.335, está consagrado el principio de autonomía de la voluntad del ciudadano a decidir sobre su cuerpo y su salud en tanto no afecte la salud de otras personas. La única excepción a esta regla está consagrada a texto expreso en el art. 22 de la ley, que establece que el paciente tiene la obligación de someterse a las medidas preventivas o terapéuticas que se le impongan, cuando su estado de salud, a juicio del MSP, pueda constituir un peligro público, excepción que no es en absoluto aplicable a la situación de autos, ya que la no realización por su parte del estudio mamográfico ningún daño o riesgo causa a terceros.

Afirmó que la reglamentación que exige la mamografía en forma obligatoria para expedirle el carné de salud básico para trabajar atropella alguno de sus derechos fundamentales más importantes, como ser su derecho a la salud, a la asistencia informada, a no ser sometida a técnicas contrarias a su salud sin su consentimiento; eventualmente también podrían ser afectados su derecho a la integridad física, psíquica y su derecho a la vida; a su vez, en el escenario planteado, se ven lesionados también sus derechos a la libertad y al trabajo.

Manifestó que la ecuación costo-beneficio valorada estadísticamente por el programa sanitario específico sobre cribado de mama no se cumple en su caso, desde que se trata de una persona sana, que lleva una vida sana, y no tiene antecedentes ni factores de riesgo que hagan presumir que desarrollará cáncer de mama, y no desea en modo alguno correr el riesgo de irradiarse cada dos años solo para cumplir con la reglamentación

vigente, pues pretende mantenerse sana. El examen mamográfico obligatorio no se justifica por cuanto el cáncer no es una enfermedad infecto-contagiosa, por lo que su padecimiento no implica riesgos para otras personas dentro o fuera del ámbito laboral.

Invocó las Leyes 17.189 y 17250 (sobre relaciones de consumo y defensa del consumidor), 18.335 (de pacientes y usuarios de los servicios de salud), y citó diversos estudios científicos, para desarrollar extensamente la defensa de sus derechos que considera vulnerados.

Sostuvo que tiene derecho a no consentir someterse a una técnica médica invasiva que causará comprobadamente daño a su salud, amparado por la Ley 18.335 y la Constitución Nacional en los artículos 72 y 332, y en particular en el art. 7° relativo a su derecho al trabajo.

Concluyó que habiendo un conflicto de normas corresponde aplicar los principios generales del Derecho recogidos por nuestro sistema, en el caso el principio de jerarquía que da prioridad a la norma de rango superior. En este punto, el Decreto N° 571/006 y las Ordenanzas del MSP N° 402/2006 y 105/2007 entran en colisión con la Ley 18.335, y devienen ilegales y, por ende, inaplicables, por cuanto las usuarias o pacientes del sistema sanitario comprendidas en la población designada para el cribado mamario obligatorio no deben ser obligadas a realizarse el estudio mamario preventivo, condicionándoseles la expedición del carné de salud básico necesario para trabajar.

En definitiva, solicitó el amparo de la demanda.

II) Que con fecha 9 de abril de 2013, a fs. 23, compareció el representante de la parte demandada, promoviendo como

cuestión formal el irregular agotamiento de la vía administrativa, y contestando la demanda incoada.

Luego de realizar una serie de consideraciones formales, expresó en cuanto a lo sustancial que en Uruguay las muertes por cáncer y en especial por cáncer de mama son cuantitativamente muy elevadas. Por ello, el MSP como autoridad sanitaria en la materia según la Ley 9.202, buscó la forma de evitar muertes por patología mamaria; primero, mediante la Ley 17.242 que otorga el día libre a las trabajadoras para efectuarse los estudios, y luego por intermedio de la Ordenanza Ministerial N° 402 de 11 de julio de 2006 que dispuso que se realizara en forma gratuita a toda mujer de entre 40 y 59 años una mamografía cada dos años (en tanto dicho resultado fuera normal). Sumado a lo anterior, el Poder Ejecutivo por Decreto N° 571/006 dispuso como obligatorio para la obtención del carné de salud laboral a las mujeres mayores de 40 y menores de 59 la realización de la mamografía para la detección en forma precoz del cáncer de mama.

Afirmó que si la actora se sentía afectada en su interés por la obligación de efectuarse la mamografía para obtener el carné de salud laboral, debió recurrir el Decreto N° 571/006, y no la respuesta (falta de) a su petición calificada, ya que se trata de un tema complejo donde se enfrentan un interés personal, una posición singular de no acatamiento de una norma sanitaria expresa (mamografía obligatoria), sumada a un desacato a una norma de salud preventiva de rango constitucional (art. 44 inc. 2° de la Carta), adoptada en estricto beneficio de la salud de la mujer (art. 44 inc. 1°).

Calificó de improcedente e impertinente la pretensión anulatoria movilizada en autos, relevando que en el expediente se consultó a la

Comisión Honoraria de Lucha Contra el Cáncer, que declinó competencia en el asunto, y a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención a la Salud, cuya respuesta reprodujo parcialmente.

Sostuvo que la ordenanza que dispone la obligatoriedad de realizarse el estudio posee una juridicidad incuestionable, dado que con ella el Estado ha cumplido y ejercido un poder deber asignado por una ley al MSP, ya que la Ley 9.202 le otorga la potestad-obligación de velar por la salud de la población y de tomar todas las medidas pertinentes para la prevención del cáncer.

Llamó la atención sobre el hecho de que la actora, pese a que cuestiona la pertinencia de la obligatoriedad de efectuarse el estudio de mamografía (fundándose en la peligrosidad de la radiación que recibe la persona), según los propios documentos que aportó al trámite se ha realizado mamografías previas a pedido de su médico tratante.

Adujo que en el caso no existe lesión de interés directo, personal y legítimo, pues se trata de observar una disposición sanitaria de vigencia nacional, aplicada sin excepción de persona femenina alguna que encuadre dentro de la definición de la norma obligatoria, por lo cual resulta totalmente improcedente la acción de nulidad de autos.

Agregó que no existe desviación de poder, pues hubo una finalidad verdadera, no encubierta ni falsa, ya que en todo momento se actuó dentro de los límites que la ley le impone a la Administración.

Señaló que de conformidad con lo prescripto por el art. 44 de la Constitución de la República, el Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas. Y el Estado legisló, dio cumplimiento a la norma constitucional a través de la Secretaría de Estado

con competencia en el ejercicio de la policía sanitaria (el MSP), quien a su vez observó lo preceptuado por su Ley orgánica N° 9.202, ejerciendo su facultad de reglamentar. Es cometido del MSP, según el art. 2° de dicha ley, la adopción de todas las medidas que estime necesario para mantener la salud colectiva y su ejecución personal a sus órdenes, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarias para ese fin primordial. Dicha norma legal legitima la sanción del Decreto N° 571/006, por la cual se dispuso como obligatorio, para la obtención del carné de salud laboral de las mujeres mayores de 40 años, la realización de la mamografía.

Añadió que de acuerdo al art. 44, inc. 2°, de la Constitución, todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. Ese deber de cuidar de su salud constituye la sustancia de la obligación de la actora de practicarse la mamografía, tendiente al diagnóstico precoz del cáncer de mama.

Defendió la legalidad del acto atacado, señalando que médicamente se está en condiciones de afirmar que la radiación que recibe la paciente al practicarle este estudio es mínima, comparable a la de cualquier radiografía, tratándose de un control preventivo no invasivo, sujeto a la vigencia-periodicidad del carné de salud laboral.

En definitiva, solicitó que se desestime la demanda.

III) De la cuestión formal planteada se dio traslado a la actora (fs. 32), quien la evacuó con fecha 13/5/2013 (fs. 33). Fue oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 314/2013, a fs. 39), luego de lo cual el Tribunal emitió la Sentencia N° 527/2013 de fecha 12/9/2013, por la cual se desestimó la cuestión formal planteada y se declaró bien agotada la vía administrativa (fs. 42).

IV) Abierto el juicio a prueba por intermedio de la citada sentencia, se produjo la que obra certificada a fs. 136.

V) Alegaron las partes por su orden, a fs. 138 y 160, respectivamente.

VI) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 146/2015, a fs. 181), se llamó para sentencia, pasando los autos a estudio de los Sres. Ministros, quienes la acordaron y dictaron en forma legal.

CONSIDERANDO :

I) Que, en la especie, se han acreditado los extremos legales habilitantes requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley N° 15.869) para el correcto accionamiento de nulidad.

II) En obrados, se demanda la nulidad de la denegatoria ficta recaída ante la petición formulada por la actora ante el Ministerio de Salud Pública a efectos de que se declare no obligatoria a su respecto la realización del estudio de mamografía (u cualquier otro tipo de estudio que sea perjudicial para su salud) como requisito para obtener el carné de salud (fs. 81 A.A.).

La petición fue presentada por la actora con fecha 10 de febrero de 2012 (fs. 81 A.A.), por lo que la denegatoria ficta se verificó el día 16 de julio de 2012, al transcurrir el plazo de ciento cincuenta días sin resolución expresa.

Contra dicho acto denegatorio ficto se interpusieron en tiempo y forma los correspondientes recursos de revocación y jerárquico, presentados el día 20 de julio de 2012 (fs. 98 A.A.).

Operado el plazo de doscientos días sin resolución expresa del último

de ellos, se configuró con fecha 5 de febrero de 2013 la denegatoria ficta.

Luego, la demanda de nulidad de autos fue incoada en tiempo y forma, el día 20 de febrero de 2013 (nota de cargo a fs. 18 de autos).

III) Los argumentos que sustentan las partes, se encuentran explicitados en el capítulo de RESULTANDOS a los cuales corresponde remitirse, *brevitatis causae*.

IV) Por Dictamen N° 146/2015, a fs. 181, el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo aconsejó la confirmación del acto procesado.

V) El Tribunal, en decisión adoptada por mayoría de sus miembros, se apartará de lo dictaminado por la Procuraduría del Estado, pronunciándose por el acogimiento de la demanda incoada, en mérito a las consideraciones que se exponen en los siguientes numerales.

VI) **Antecedentes.**

Con fecha 10 de febrero de 2012, la actora presentó una petición calificada ante el Ministerio de Salud Pública, al amparo del art. 318 de la Constitución, solicitando que se declare no obligatoria sobre su persona la realización del estudio de mamografía (y cualquier otro tipo de estudio que sea perjudicial para su salud) como requisito para obtener el carné de salud.

Fundó su petición en el entendido que dicho estudio es perjudicial para su salud, y en que es su derecho no consentir su sometimiento a un estudio que, según afirmó, produce un comprobado daño a la salud como es la radiación, todo esto al amparo de lo previsto en la Ley 18.335. Relató que es funcionaria de ANTEL, ente que es particularmente estricto en el cumplimiento de la reglamentación vigente y controla periódicamente la vigencia del carné de salud de sus funcionarios, que debe renovarse cada

dos años. Consideró discutible la eficacia de la política sanitaria implementada por el MSP por cuanto el avance de la ciencia médica ha demostrado que la mamografía no es un método eficaz para la detección precoz del cáncer mamario, o no es por lo menos el único ni el más eficaz.

Ello sin perjuicio del daño concreto que produce la radiación en el cuerpo humano, y el riesgo tangible que implica radiarse, lo que surge de estudios que señalan que uno de los efectos negativos del cribado es el incremento de la incidencia de la enfermedad que se releva (fs. 81 a 86 A.A.).

Recibida la petición por parte del MSP, se dio pase al Programa Nacional de Control de Cáncer (PRONACCAN), cuya Directora Prof. Dra. Gabriela SABINI informó con fecha 12 de abril de 2012 que la mamografía es un instrumento mundialmente aceptado y probado para la detección precoz del cáncer de mama. Señaló que el balance entre los eventuales efectos secundarios y el beneficio a obtener (cáncer diagnosticado en forma temprana) es ampliamente a favor de este último. Pero sugirió de todos modos, dada la argumentación planteada por la accionante, consultar a la Autoridad Regulatoria Nacional en Radioprotección (ARNR) del MIEM, dado que no es potestad del PRONACCAN determinar si se le puede eximir a la actora de ese requisito del carné de salud laboral (fs. 88 A.A.).

Los obrados fueron remitidos a la ARNR, la que se pronunció el día 7 de junio de 2012, por informe de su Director Dr. Walter CABRAL, quien indicó que estaba justificado el uso de esta técnica por los beneficios que aporta, que el objetivo del estudio es obtener imágenes que aporten la máxima visibilidad de la anatomía de la mama y de los signos de enfermedad, que la mama está compuesta por tejido blando por lo que se

necesita una mayor cantidad de radiación para obtener imágenes con buena visibilidad por lo que se debe prestar especial atención al control de la dosis de radiación al paciente, que trabajos realizados por la Facultad de Ciencias de la UDELAR en el marco de Proyectos de Cooperación Técnica con OIEA dieron cuenta que cinco de seis instituciones de referencia del país cumplen con los niveles de referencia y la sexta está muy próxima a cumplirlos, que el riesgo estimado de cáncer de mama por el uso de radiación ionizante es muy bajo en comparación con el número de casos de cáncer que se detectan mediante programa de cribado mamográfico bien gestionado y con buena garantía de calidad aplicado a todo el equipamiento, y que un chequeo mamográfico típico consistente en dos proyecciones de cada mama imparte una dosis de 0,4 mSv en el tejido glandular, lo que equivale aproximadamente a cuatro radiografías de tórax.

Concluyó que el programa está justificado desde una perspectiva basada en el beneficio obtenido y el riesgo inducido (fs. 90 y 91 A.A.).

Con fecha 25 de junio de 2012 se pronunció la Dra. Carmen CIGANDA, Directora de la División Salud Ambiental y Ocupacional del MSP, señalando que si bien no es potestad de dicho órgano eximir a la peticionante del requisito exigido para el carné de salud, entiende que la no realización de dicho examen por parte de la usuaria no perjudica al colectivo de las demás trabajadoras, aunque, de permitirse la no realización de aquel, habría que establecer qué cobertura de salud se le brindaría a la usuaria en caso de que padeciera *a posteriori* el cáncer de mama, patología prevalente en nuestro país y que se persigue prevenir, detectándola precozmente con la mamografía (fs. 92 A.A.).

Se otorgó vista a la actora de los informes producidos en autos, quien la evacuó el día 9 de julio de 2012 (fs. 93 y ss. A.A.).

Con fecha 16 de julio de 2012 se produjo la denegatoria ficta a su petición, al cumplirse los 150 días sin resolución expresa de la misma. Es contra dicha denegatoria ficta que la accionante interpuso los correspondientes recursos administrativos y luego promovió la presente demanda de nulidad.

VII) **Normativa aplicable.**

Inicialmente, se realizará un *racconto* de la principal normativa constitucional, legal y reglamentaria que se encuentra en juego para la resolución de la intrincada controversia.

En primer lugar, debe convocarse el art. 44 de la Constitución de la República, conforme con el cual: *“El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.*

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

Cumpliendo con lo mandado en el inc. 1° de la citada norma constitucional, se dictó la Ley 9.202 de 12 de enero de 1934, Ley Orgánica de Salud Pública, la que establece en su art. 2° que el Ministerio del ramo ejercerá los siguientes cometidos: *“(…) 1- La adopción de todas las medidas que estime necesario 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”.*

En segundo lugar, huelga señalar que la exigencia de carné de salud fue creada en la Ley 9.697, de 16 de setiembre de 1937, que lo hizo obligatorio para ciertos trabajadores; luego, su exigencia fue extendida por Ley 11.577, de 13 de febrero de 1943, que la generalizó para todos los funcionarios públicos, exigiendo *"tener aptitud física, certificada por servicio de carnet de salud"* (art. 2° de la Ley 11.577, en la redacción dada por el Decreto Ley 14.939, de 2 de octubre de 1979).

La regulación básica del carné de salud está dada por el Decreto N° 651/990, de 18 de diciembre de 1990, en el cual se dispuso el propósito de transformar dicho mecanismo *"en la primer red de diagnóstico precoz de patologías prevalentes"*, creando una Comisión Especial a funcionar en la órbita del MSP con el cometido de instrumentar, supervisar y evaluar, adaptando a los cambios técnicos-científicos en el campo de la medicina preventiva, las medidas tendientes al cumplimiento de lo dispuesto en dicha reglamentación.

En tercer lugar, en lo que refiere a la realización de los exámenes de Papanicolau y/o radiografía mamaria, debe citarse la Ley 17.242, de fecha 20 de junio de 2000, cuyo artículo 1° declaró de interés público la prevención de cánceres génito-mamarios; el artículo 2° de dicha norma legal dispuso que las mujeres trabajadoras de la actividad privada y las funcionarias públicas tendrán derecho a un día al año de licencia especial con goce de sueldo a efectos de facilitar su concurrencia a realizarse exámenes de Papanicolau y/o radiografía mamaria; en tanto, el artículo 3° previó que los centros de salud que expidan el carné de salud deberán posibilitar la realización conjunta de los exámenes de Papanicolau y radiografía mamaria.

En relación con este último estudio, se dictó por parte del MSP el 19 de julio de 2006 la Ordenanza N° 402/2006, cuyo art. 2° resolvió: *“Dispónese que el estudio de Mamografía, sin costo de prepago por el Sub-Sistema Privado, de acuerdo a las recomendaciones internacionales, se realizará a las mujeres entre cuarenta y cincuenta y nueve años, cada dos años cuando los estudios son normales”* (en el art. 1° se dispone una medida similar en lo relativo al examen de Colpocitología Oncológica o PAP).

En la misma línea, se dictó por el Poder Ejecutivo el Decreto N° 571/006, de fecha 19 de diciembre de 2006, en el que se tomó en cuenta lo dispuesto en la ley y la ordenanza que vienen de citarse.

En el Resultando único del Decreto N° 571/006 se advierte sobre *“la necesidad de actualizar la normativa vigente referida al Carné de Salud Básico de modo que el mismo cumpla su rol de promoción de Salud y prevención primaria y secundaria de determinadas patologías prevalentes existentes en nuestra población”*. En sus Considerandos, se señala: *“(...) II) que los actuales conocimientos científico técnico y epidemiológico permiten realizar un screening o monitoreo del estado de salud de la población a través de un cuestionario que identifica factores de riesgo y patologías ya instaladas así como por el resultado de determinados exámenes paraclínicos seleccionados por evidencia científica, ambos componentes ajustados por edad y sexo; III) que el Programa Nacional de Control del Cáncer (PRONACCAN) ha propuesto a la Dirección General de Salud del Ministerio de Salud Pública, incluir en el Carné de Salud Básico, procedimiento de screening para el cáncer de mama y de cuello uterino en las mujeres de determinadas grupos etarios y según*

periodicidad establecida por la citada Ordenanza Ministerial N° 402 de 11 de julio de 2006; V) que dicha Dirección General entiende adecuado estos nuevos requisitos en atención a la alta prevalencia de dichas patologías en nuestra población femenina y a la decisión ya tomada de facilitar la accesibilidad a dichos exámenes a través de la gratuidad para los mismos tanto en el subsector público como privado”.

En mérito a los fundamentos señalados, fue dispuesto en el art. 1° del Decreto N° 571/006: *“Inclúyese como requisito para expedir el Carné de Salud Básico a las mujeres en todo el territorio nacional, la presentación del resultado de los exámenes de Colpocitología Oncológica (PAPPapanicolaou) y de Mamografía vigente, según normas establecidas por el PRONACCAN y recogidas por Ordenanza del Ministerio de Salud Pública N° 402 de 11 de julio de 2006”.*

VIII) Por otro lado, ha de citarse también -por considerarse relevante para la decisión del caso- la normativa relativa a los derechos y obligaciones de los pacientes y de los usuarios de los servicios de salud, especialmente la relacionada con el consentimiento informado.

En tal sentido, cabe mencionar que con posterioridad al dictado de las normas anteriormente citadas, se sancionó la Ley 18.335, de fecha 15 de agosto de 2008, que determina los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud.

El art. 11 de la Ley 18.335 dispone: *“Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud.*

El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Este puede ser revocado en cualquier momento.

El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud.

Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica.

En la atención de enfermos siquiátricos se aplicarán los criterios dispuestos en la Ley No. 9.581, de 8 de agosto de 1936, y las reglamentaciones que en materia de atención a la salud mental dicte el Ministerio de Salud Pública”.

Por su parte, el art. 16 de la Ley 18.335 establece: “Todo paciente tiene el derecho a disponer de su cuerpo con fines diagnósticos y terapéuticos con excepción de las situaciones de emergencia imprevista, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley No. 14.005, de 17 de agosto de 1971, y sus modificativas”.

La referida Ley 14.005 es la que dispuso que toda persona mayor de edad en pleno uso de sus facultades podrá otorgar su consentimiento o negativa para que, en caso de sobrevenir su muerte, su cuerpo sea

empleado, total o parcialmente, para usos de interés científico o extracción de órganos o tejidos con fines terapéuticos.

El art. 22 de la Ley 18.335 preceptúa: *“Toda persona tiene el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad, tal como lo establece el Artículo 44 de la Constitución de la República (Constitución vigente). Asimismo tiene la obligación de someterse a las medidas preventivas o terapéuticas que se le impongan, cuando su estado de salud, a juicio del Ministerio de Salud Pública, pueda constituir un peligro público, tal como lo dispone el Artículo 224 del Código Penal.*

El paciente tiene la obligación de suministrar al equipo de salud actuante información cierta, precisa y completa de su proceso de enfermedad, así como de los hábitos de vida adoptados”.

Para finalizar, corresponde citar los arts. 16 y 17 del Decreto N° 274/010, reglamentario de la Ley 18.335.

El art. 16 del Decreto N° 274/010 dispone: *“El otorgamiento del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del profesional de la salud”.*

Mientras tanto, el art. 17 establece: *“Todo procedimiento de atención a la salud será acordado entre el paciente o su representante y el profesional de salud, previa información adecuada, suficiente, continua y en lenguaje comprensible para dicho paciente, debiendo dejar constancia en la historia clínica del consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos”.*

IX) Atribuciones del MSP como órgano rector en materia de políticas de salud.

Luego de reseñar la diversa normativa en juego, corresponde expresar en primer lugar que la solución anulatoria a la que se llegará en este fallo no implica desconocer, en absoluto, las atribuciones del MSP como órgano rector en materia de políticas de salud.

En tal sentido, es indiscutible que el Estado tiene por mandato constitucional el poder-deber de legislar en todas las cuestiones relacionadas con la salud, correspondiendo al MSP, a partir de la Ley 9.202 del año 1934, la adopción de todas las medidas que estime necesarias para mantener la salud colectiva, así como su ejecución por el personal a sus órdenes, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarias para ese fin primordial.

Tal como ha señalado el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to Turno, “(...) *el MSP sigue siendo el órgano rector en materia de políticas de salud y en ese carácter, el marco normativo que regula su actividad, tanto de orden nacional como internacional, permite concluir que su primordial obligación es la de atender el interés general, mediante el dictado de decisiones generales, reglamentos, etc., que contemplen el principio de igualdad*” (Cfme. Sentencia TAC 6° N° 20/2014, disponible en BJA).

A su vez, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 4° de la Ley 18.211, el Sistema Nacional Integrado de Salud tiene como objetivo, entre otros: "*alcanzar el más alto nivel posible de salud de la población mediante el desarrollo integrado de actividades dirigidas a las personas y al medio ambiente que promuevan hábitos saludables de vida, y la participación en todas aquellas que contribuyan al mejoramiento de la calidad de vida de la población*" (literal a). Por su parte, el literal b) agrega, como objetivo:

"implementar un modelo de atención integral basado en una estrategia sanitaria común, políticas de salud articuladas, programas integrales y acciones de promoción, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno, recuperación y rehabilitación de la salud de sus usuarios, incluyendo los cuidados paliativos".

De acuerdo con estos postulados, resulta claro que la política pública desarrollada por el Poder Ejecutivo - MSP relativa a la prevención y detección temprana del cáncer de mama, regulada de modo sistemático a través de las distintas normas reglamentarias citadas, atiende al interés general y se adecua a los avances científicos de la especialidad.

X) Ahora bien. En el *casus*, no se trata de sustituir al MSP en el diseño e implementación de políticas públicas, sino de resolver el conflicto concreto suscitado en la especie.

Ante una situación de hecho diversa, pero que puede convocarse en lo que atañe específicamente a este punto, señalaba el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er Turno: *"(...) cuando un juez dispone una medida de amparo que consiste en ordenar al Estado que haga o deje de hacer algo para proteger un derecho fundamental afectado, no se trata de una interferencia indebida en la esfera de competencia de otro sistema orgánico, no se vulnera el principio de separación de poderes ni se sustituye a la administración en el diseño e implementación de políticas públicas, (...) sino que ejerce la función jurisdiccional para resolver el conflicto individual y concreto suscitado entre el titular de un derecho fundamental y la autoridad estatal que lo desconoce, adopta la decisión para un caso individual y debe tutelar el derecho de una persona singular.*

La decisión que adopta no es política, no se funda en consideraciones de utilidad o conveniencia, tiene como único objetivo tutelar de modo efectivo un derecho que aparece ilegítimamente conculcado” (Cfme. Sentencia TAC 1° N° 129/2014, disponible en BJN).

En efecto, si se entendiera que en el presente caso hay un derecho fundamental afectado por un acto administrativo, y en función de ello se procediera a anular ese acto, ello no implicaría la invasión de la esfera de competencia del MSP en materia de salud, sino simplemente la resolución del litigio concreto que este órgano jurisdiccional está llamado a resolver.

Y bien; la mayoría del Tribunal considera en el caso que, mediante el acto administrativo impugnado, la autoridad estatal ha desconocido el derecho fundamental de la actora a ser protegida en el goce de la libertad y a no ser obligada a realizar conductas no impuestas por la ley, así como el derecho a no someterse a procedimientos médicos sin prestar su consentimiento informado, conforme pasará a analizarse en los siguientes apartados.

XI) Derecho a ser protegido en el goce de la libertad y a no ser obligado a realizar conductas no impuestas por la ley. Derecho a no someterse a procedimientos médicos sin prestar el consentimiento informado.

En su expresión de agravios, la actora cuestionó el hecho de que un Estado democrático, siguiendo un patrón estadístico, ponga en riesgo a un alto número de mujeres sanas, aún contra su voluntad, con el objetivo de detectar y prevenir la enfermedad en un pequeño número de mujeres que pueden desarrollar cáncer de mama. Sostuvo, en tal sentido, que aun cuando el perjuicio sea mucho menor que el beneficio, como ciudadana

tiene el derecho a que el Estado la contemple en su individualidad, y a que en esa dimensión se proteja su salud y su derecho a disponer de su cuerpo y su vida.

Adujo que la política del cribado mamario en Uruguay es ilegal por cuanto, aun cuando el Estado opte por tratarla como un número, está obligado a recabar su consentimiento para incluirla en su programa, según lo previsto en los arts. 11, inc. 2º; y 12 de la Ley 18.335. De acuerdo a las citadas disposiciones de la Ley 18.335, está consagrado el principio de autonomía de la voluntad del ciudadano a decidir sobre su cuerpo y su salud, en tanto no afecte la salud de otras personas. La única excepción a esta regla está consagrada a texto expreso en el art. 22 de la ley, norma que no es en absoluto aplicable a la situación de autos, ya que la no realización por su parte del estudio mamográfico ningún daño o riesgo causa a terceros.

Señaló que la Administración atropella alguno de sus derechos fundamentales más importantes, como ser su derecho a la salud, a la asistencia informada, a no ser sometida a técnicas contrarias a su salud sin su consentimiento; eventualmente también podrían ser afectados su derecho a la integridad física, psíquica y su derecho a la vida; a su vez, en el escenario planteado, se ven lesionados también sus derechos a la libertad y al trabajo.

Concluyó que habiendo un conflicto de normas corresponde aplicar los principios generales del Derecho recogidos por nuestro sistema, en el caso el principio de jerarquía que da prioridad a la normas de rango superior (Ley 18.335 y artículos 7, 72 y 332 de la Constitución Nacional).

XII) A juicio de la mayoría de la Corporación, buena parte de los agravios de la actora que acaban de puntuarse resultan de recibo.

La Administración, al denegar la petición de la actora tendiente a que no resulte obligatoria a su respecto la realización del examen de mamografía, conculca sendos derechos fundamentales que le asisten a la accionante como ciudadana.

En primer lugar, se vulnera su derecho a ser protegida en el goce de la libertad y a no ser obligada a realizar conductas no impuestas por la ley.

En tal sentido, el art. 7° de la Carta dispone: *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general”*.

Al respecto, indica desde la doctrina el Prof. Martín RISSO FERRAND que la disposición citada *“(...) reconoce un derecho preexistente a la libertad, y consagra el derecho a ser protegido en el goce de dicho derecho reconocido, en medio de la concepción jusnaturalista ya señalada. A su vez, diversas manifestaciones particulares de este derecho genérico a la libertad son reguladas por otras normas constitucionales, estableciendo siempre un ámbito más o menos preciso de autonomía o libertad”* (Cfme. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo I*, FCU, Montevideo, 2005, 1ª ed., p. 440).

Dentro del ámbito de libertad garantizado por la Constitución tiene especial destaque el art. 10° de la Carta, conforme con el cual: *“Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden*

público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Expresa el citado autor que de esta norma se extraen importantes conclusiones. En particular, “(...) *el inc. 2º recoge el principio de que todo lo no expresamente prohibido (mediante ley formal) está permitido, y que nadie puede ser obligado en contra de su libertad, salvo que exista una ley que imponga dicha obligación*”. Aclara luego que “*El derecho inherente a la persona humana a la libertad (...) no puede ser privado a persona alguna, pero sí se admite que determinadas manifestaciones concretas de dicha libertad, puedan verse limitadas -o privadas- en lo que refiere al derecho a ser protegido en el goce de dichos derechos preexistentes*” (Cfme. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo I*, pp. 440 y 447).

La Constitución admite entonces la limitación de este último derecho por vía de ley formal, dictada por razones de interés general. Pero en la especie, estima la mayoría de la Corporación que no hay ley formal que limite el goce de la libertad de la actora en lo que refiere a no someterse obligatoriamente a una técnica como la del cribado mamario, por lo cual es ilegítima la negativa de la Administración ante su petición de ser exonerada de la realización de dicho examen.

XIII) Asimismo, como derivado o corolario del derecho o principio de libertad que acaba de reseñarse, debe destacarse actualmente el derecho de los ciudadanos a prestar su consentimiento informado para todo procedimiento diagnóstico o terapéutico que haya de realizarse, el

cual ha sido reconocido a nivel internacional en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del año 2005, y a nivel nacional en la Ley 18.335 del año 2008.

En tal sentido, el art. 6° de la referida Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos dispone: *“Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada”*.

Por su parte, el art. 11 de la Ley 18.335 establece: *“Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud.*

El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Este puede ser revocado en cualquier momento.

El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud.

Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica. (...)”.

La disposición legal fue reglamentada por el art. 17 del Decreto N° 274/010, que establece: *“Todo procedimiento de atención a la salud será acordado entre el paciente o su representante y el profesional de salud, previa información adecuada, suficiente, continua y en lenguaje comprensible para dicho paciente, debiendo dejar constancia en la historia clínica del consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos”*.

En relación a este derecho, señala el Prof. Guido BERRO: *“El consentimiento informado se fundamenta en el respeto pleno a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. El paciente ejerce su autonomía y el profesional deberá obtenerlo en todas aquellas circunstancias que no estén exceptuadas (razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor, y las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra)”* (Cfme. BERRO, Guido, “Consentimiento informado” en *Revista Uruguaya de Cardiología, Volumen 28, N° 1, 2013, pp. 17-18*).

En lo que respecta al fundamento y operatividad del instituto, expresa el autor: *“El consentimiento informado se considera la regla o norma de la bioética que efectiviza el principio de autonomía del paciente. Tiene, entonces, aspectos éticos, pero también legales, es un tema típicamente médico-legal. La evolución del consentimiento informado trajo consecuencias importantes respecto de aspectos jurídicos. El consentimiento informado, al decir del destacado jurista argentino Alberto Bueres, “es la norma jurídica garantizadora de la libertad del paciente” (...) desde el punto de vista jurídico debemos tener presente que es un*

derecho, que puede enmarcarse en los denominados derechos del consumidor, conjunto de normas y principios que regulan las relaciones jurídicas entre los consumidores y los prestadores profesionales de bienes y servicios. Y no es una ficción legal, sino que ha sido considerado como un derecho humano.

Todo acto médico debería ser, al decir de Louis Portes y también en la misma línea de Lain Entralgo, el encuentro de una conciencia con una confianza. El encuentro de la necesidad de uno con la capacidad de otro. Y nótese que siempre subyace en ese encuentro una delegación de derechos de una persona (paciente) hacia otra (médico). Esa delegación solo puede y debe ser consciente y voluntaria, otorgada con competencia, por una persona capaz, y la enfermedad raramente, salvo en el terreno de la patología psiquiátrica mayor, torna a los pacientes incompetentes, incapaces y sin posibilidad de ejercer su voluntad libre, consciente y válida (...). Como principio jurídico básico puede sostenerse que el paciente tiene derecho a ser informado, su ejercicio implica reconocer en el mismo el derecho de autonomía y libertad a consentir o no. Y el rechazo informado la más evidente realidad de la existencia y ejercicio de esos derechos inherentes a la persona” (Cfme. BERRO, Guido, “Consentimiento informado”, p. 19).

La naturaleza de derecho fundamental del consentimiento informado, así como su vínculo directo con el principio de libertad, ha sido señalada también por la jurisprudencia. Así, ha dicho la Suprema Corte de Justicia: *“En rigor, la autorización del paciente es la concreción, en el ámbito de la asistencia sanitaria, de su derecho fundamental de libertad (art. 7o. de la Carta) de autodeterminación y de decidir libre y autónomamente sobre su*

propio cuerpo, su integridad corporal y su futuro vital” (Cfme. Sentencia SCJ N° 52/2010; en igual sentido: Sentencia SCJ N° 188/2013 y Sentencia TAC 1° N° 80/2012, todas ellas disponibles en BJN).

En igual sentido, sostiene el ya citado Guido BERRO en otro trabajo de su autoría: *“El consentimiento informado considera y respeta la libertad del paciente, el derecho a estar informado y decidir, derechos individuales garantizados por la Declaración de Derechos Humanos de ONU de 1948 y la Constitución de la República, las leyes y los decretos del Poder Ejecutivo y normas de Salud Pública. Pero aún sin la existencia de esas normas sería, y de hecho es, un derecho inherente a la persona”* (Cfme. BERRO, Guido y Colaboradores, *Medicina Legal - Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, FCU, 2013, Capítulo 20 “Consentimiento”, p. 363).

En conclusión, conforme con la normativa, doctrina y jurisprudencia citadas, es por demás clara la existencia de un derecho de los ciudadanos a no ser sometidos a procedimientos médicos, sean terapéuticos o diagnósticos, sin contar con su consentimiento informado.

Ese derecho, que deriva directamente del derecho fundamental a ser protegido en el goce de la libertad (art. 7° de la Constitución) y a no ser obligado a realizar conductas no impuestas por la ley (art. 10° de la Constitución), ha sido conculcado en la especie, al no permitírsele a la actora exonerarse de realizar el examen de mamografía, pese a que dicho estudio no está impuesto por ninguna ley formal, y a pesar de que no se dan las condiciones que según los arts. 11 y 22 de la Ley 18.335 permiten que se lleve adelante un procedimiento sin contar con el consentimiento del paciente, esto es, que medien *“razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido”*, que *“las*

circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente”, que “se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra”, o que “su estado de salud, a juicio del Ministerio de Salud Pública, pueda constituir un peligro público, tal como lo dispone el Artículo 224 del Código Penal”.

La necesidad del consentimiento informado, tal como surge claramente de la ley, opera tanto en hipótesis de procedimientos quirúrgicos y terapéuticos, como en supuestos de procedimientos preventivos y con fines de diagnóstico.

Al respecto, señala BERRO que *“Se mantienen aún vigentes y en todos sus términos las Pautas de consentimiento para el Uruguay actual cuando las elaborábamos en el Departamento de Medicina Legal para la Jornada de Mal Praxis del Sindicato Médico del Uruguay de 1992. Claro, allí expresábamos la necesidad del consentimiento preferentemente en los procedimientos invasivos y actos quirúrgicos, en el Uruguay actual, como ya referimos, lo debe ser en todo acto médico, por ejemplo en la indicación de exámenes de laboratorio o técnicas diagnósticas, tal como lo dispone la ley”* (Cfme. BERRO, Guido, “Consentimiento informado”, p. 20).

En consecuencia, para procedimientos como los discutidos en obrados, también debe ser requerido el consentimiento informado del paciente o usuario del sistema. Ello, salvo que exista una exigencia legal concreta, o que se den las hipótesis de urgencia, emergencia, fuerza mayor, o riesgo para la sociedad previstas en la Ley 18.335, todas las cuales no se verifican en el caso.

XIV) Interpretación del Decreto N° 571/006 y de la Ordenanza del MSP N° 402/2006 “desde la Constitución” o “desde los derechos humanos”.

Señaló la accionante en su demanda que el Decreto N° 571/006 y la Ordenanza del MSP N° 402/2006 entran en colisión con la Ley 18.335 y devienen ilegales, y por ende inaplicables, por cuanto las usuarias o pacientes del sistema sanitario comprendidas en la población designada para el cribado mamario obligatorio no deben ser obligadas a realizarse el estudio mamario preventivo.

Para la demandada, en tanto, el art. 2° de la Ley orgánica del MSP N° 9.202, que le atribuye como cometido la adopción de todas las medidas que estime necesario para mantener la salud colectiva y su ejecución personal a sus órdenes, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarias para ese fin primordial, legitima la sanción del Decreto N° 571/006, por el cual se dispuso como obligatorio para la obtención del carné de salud laboral de las mujeres mayores de 40 años la realización de la mamografía.

Cabe entonces interpretar las referidas normas reglamentarias, a efectos de determinar si ellas coliden o no con los derechos fundamentales que fueron examinados en los apartados anteriores.

Al respecto, recuérdese que la Ordenanza del MSP N° 402/2006 dispuso en su art. 2° que *“el estudio de Mamografía, sin costo de prepago por el Sub-Sistema Privado, de acuerdo a las recomendaciones internacionales, se realizará a las mujeres entre cuarenta y cincuenta y nueve años, cada dos años cuando los estudios son normales”.*

Mientras tanto, el art. 1° del Decreto N° 571/006, en concordancia con la citada ordenanza, dispuso la inclusión “*como requisito para expedir el Carné de Salud Básico a las mujeres en todo el territorio nacional, la presentación del resultado de los exámenes de Colpocitología Oncológica (PAPPapanicolaou) y de Mamografía vigente*”.

XV) Pues bien. A juicio de la mayoría de la Sede, corresponde acudir a una interpretación del Decreto N° 571/006 y de la Ordenanza MSP N° 402/2006 “desde la constitución” o “desde los derechos humanos”, conforme con la cual es posible armonizar lo dispuesto en dicha normativa de rango inferior con los derechos de jerarquía constitucional previamente analizados, esto es, el derecho fundamental a ser protegido en el goce de la libertad y a no ser obligado a conductas no exigidas por la ley (arts. 7 y 10 de la Constitución), y su corolario relativo al consentimiento informado, al que también hemos conceptualizado como derecho inherente a la persona humana, reconocido implícitamente en nuestra Constitución por la vía del art. 72.

Respecto de la llamada “interpretación desde la constitución”, señala RISSO FERRAND citando a BIDART CAMPOS: “(...) *cada norma o acto necesitan ser colocados bajo la lupa de la Constitución; primero, para interpretarse de conformidad con todo el arsenal que ella alberga; segundo, para descartar la aplicación si se detecta oposición o incompatibilidad con la Constitución; tercero, para que cuando sea posible más de una interpretación -una ajustada a la Constitución, y otra u otras discordantes- se acoja la que es conforme a la Constitución*” (Cfme. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo I*, p. 252).

A su vez, “(...) *la regulación constitucional de los derechos fundamentales tiene una importancia considerable a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico inferior, ya que éste, necesariamente, debe ser interpretado a la luz de las soluciones constitucionales y muy especialmente, las referidas a los derechos fundamentales. En casos de interpretación dudosa de una disposición legal o incluso reglamentaria, deberá preferirse aquella que mejor viabiliza la protección del derecho fundamental*” (Cfme. RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional. Tomo I*, p. 512).

También el Prof. Juan P. CAJARVILLE PELUFFO resalta “(...) *la necesidad de interpretar las normas infraconstitucionales de conformidad con la Constitución; porque si el administrador o el juez, al decidir sobre un caso, no tuvieran en cuenta lo que la norma constitucional aplicable dispone, incurrirían en ilegitimidad. (...) Si la aplicación de las reglas legalmente establecidas condujera a dos interpretaciones de la ley, una de ellas incompatible y la otra adecuada a la Constitución, debe preferirse aquélla que conduzca a la legitimidad de la ley en cuestión*” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Supremacía constitucional e interpretación”, en *Sobre Derecho Administrativo, Tomo I*, FCU, Montevideo, 2008, 2ª ed., pp. 355-359).

Destaca particularmente este último autor que el fundamento del “*principio de interpretación conforme a la Constitución*” demuestra que “(...) *su trascendencia no se limita meramente a preferir la interpretación constitucionalizante frente a la que conduzca a su ilegitimidad, en el procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes; rige en toda hipótesis de aplicación del derecho a un caso concreto, y en la*

interpretación de todas las normas del ordenamiento, cualquiera sea su jerarquía” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Supremacía constitucional e interpretación”, p. 356).

Tomando en cuenta estos postulados, se estima en la especie que la exigencia de la realización de una mamografía cada dos años, como requisito necesario para la expedición del carné de salud obligatorio para trabajar, requerimiento que deriva del Decreto N° 571/006 y de la Ordenanza del MSP N° 402/2006, debe ser interpretada bajo la óptica de la normativa constitucional y legal previamente examinada, y teniendo en consideración los derechos fundamentales en juego.

De acuerdo con tales pautas interpretativas, es posible entender que la mencionada exigencia no implica desconocer el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a no practicarse procedimientos terapéuticos o diagnósticos contra su voluntad, salvo hipótesis de urgencia, fuerza mayor, riesgo para la población, etc.

En efecto, resultando posible más de una interpretación de la citada normativa reglamentaria, una de las cuales resulta ajustada a la Constitución y a los derechos fundamentales en juego, en tanto la otra resulta discordante con la Carta y con tales derechos, debe preferirse aquella interpretación que es conforme a la Constitución y que mejor viabiliza la protección de los derechos fundamentales en cuestión.

En resumen, considera la Corporación, en mayoría, que lo dispuesto en el Decreto N° 571/006 y en la Ordenanza del MSP N° 402/2006 no impide que las destinatarias de dichas normas puedan legítimamente negarse a la práctica del procedimiento diagnóstico, en tanto les asiste ese

derecho de acuerdo a los arts. 7, 10 y 72 de la Constitución y 11 de la Ley 18.335.

XVI) Ilegitimidad del acto impugnado de acuerdo con la interpretación del Decreto N° 571/006 y de la Ordenanza del MSP N° 402/2006 que viene de sustentarse, conforme con la cual tales normas no excluyen el derecho de las destinatarias a negarse a la realización de la mamografía.

De acuerdo a la interpretación ensayada en el apartado precedente, el Decreto N° 571/006 y la Ordenanza del MSP N° 402/2006 no serían ilegítimos, dado que es posible su armonización con la normativa de rango superior previamente examinada.

En cambio, el que sí resulta ilegítimo, dentro de la propugnada interpretación normativa, es el acto denegatorio ficto de la Administración recaído ante la petición formulada por la actora para que se declarase no obligatoria a su respecto la realización del estudio de mamografía, desde que dicha negativa desconoce la vigencia de normas constitucionales y legales que consagran el derecho fundamental de todo ciudadano a ser protegido en el goce de la libertad, así como uno de sus corolarios, el derecho a no ser sometido a procedimientos terapéuticos o diagnósticos sin previo consentimiento informado.

En tal sentido, entiende el Tribunal, en mayoría, que la Administración no realizó una interpretación sistemática y coordinada de todas las normas vigentes referentes al caso, sino que priorizó una determinada interpretación de la normativa de rango inferior, la cual desatiende lo dispuesto por las normas de jerarquía mayor.

Tal como señala CAJARVILLE, la aplicación por el administrador de un ordenamiento jurídico sistemático, en que todas las normas están estructuradas jerárquicamente bajo la prevalencia de una Constitución de tipo rígida, “(...) requiere una interpretación sistemática que, atendiendo a la compatibilidad lógico-jurídica de las normas inferiores con las superiores y cumplidos los procedimientos que el propio ordenamiento establezca para descartar aquéllas que resulten incompatibles, concluya en la aplicación coordinada de todas las normas vigentes referentes al caso que resulten eficaces. Es deber del juez y del administrador aplicar en cada caso todas esas normas vigentes y eficaces; si prescindiera de alguna de ellas, incurriría en ilegitimidad” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Supremacía constitucional e interpretación”, p. 355).

En la especie, una interpretación sistemática y coordinada de todas las normas en juego lleva a conclusiones diversas a aquellas a las que arribara la Administración.

Al respecto, señala en su voto la Ministra Dra. Alicia CASTRO: “*En principio, la exigencia de la mamografía para expedir el carné de salud exigido a los funcionarios públicos se atiene a la normativa vigente.*”

Sin embargo, desde un enfoque de derechos humanos, puede entenderse que asiste razón a la actora en cuanto para tratamiento médico, así como para cualquier examen con fines de diagnóstico o meramente preventivos, en principio es preciso contar con su consentimiento informado.

No sólo lo expresa así la Declaración Universal sobre Bioética y Derecho Humanos de UNESCO, sino que ese derecho se ajusta a lo

dispuesto por el art. 10 de la Constitución y está reconocido por la Ley N° 18.335, art.11, inc. 1° (...)

En síntesis, de la lectura de la normativa reseñada se advierte que:

a) existe una exigencia de rango legal de que los funcionarios públicos obtengan el carné de salud (Leyes N° 9.697, 11.577 y 14.939)

b) por decreto se dispuso que el carné iba a servir como medio para el diagnóstico precoz de patologías prevalentes (Decreto N° 651/990)

c) también por decreto se incorporó al examen previo al carné de salud el estudio de mamografía (Decreto N° 571/006)

d) la Ley N° 17.242 no establece la obligatoriedad de tal estudio, sino que expresa interés público en detectar cáncer de mama, y da derecho a licencia para hacerse el examen

e) La Ley N° 18.335 (posterior) exige el consentimiento informado para someter al paciente a procedimientos diagnósticos.

A lo que debe agregarse que en el MSP - Dirección General de la Salud - División Salud Ambiental y Ocupacional, la médica Directora Dra. CIGANDA informa que "la no realización de dicho examen por parte de la usuaria no perjudica al colectivo de las demás trabajadoras". Vale decir que el cáncer de mama, si bien es una patología frecuente y potencialmente letal, sólo afecta a quien lo padece y no contamina a quienes comparten el lugar de trabajo ni a la personas que acudan al servicio. Esto importa porque la negativa de la actora no afecta sino a sí misma, no vulnera derechos de terceros (como fumar en el trabajo, p. ej.).

Con esas premisas, asumiendo que las personas tienen derecho de decidir sobre su vida y su salud dentro del margen que les reconocen la Constitución y las leyes dictadas por razones de interés general, me parece

que la exigencia del Decreto N° 571/006 debe ceder ante la facultad establecida en normas de rango superior que le permite negarse a un examen diagnóstico (Ley N° 18.335)”.

En similar sentido, expresa en su voto el Ministro Dr. Eduardo VÁZQUEZ: *“Considerando todos los aspectos, y que las personas tienen derecho a decidir sobre su vida y su salud, dentro del ámbito reconocido constitucional y legalmente, parecería que la exigencia contenida en el Decreto N° 571/006 no puede primar por sobre la facultad concedida por normas de rango superior -Ley N° 18.335- que les habilita a negarse a un examen diagnóstico. (...)*

En consecuencia, la actora tiene el derecho a negarse a la realización del examen en cuestión. Se trata de una persona adulta, capaz, que en el pleno goce de sus derechos y deberes ha hecho uso de la facultad de oponerse a que se le practique un estudio que no comparte”.

En suma, sin ingresar a analizar las manifestaciones de carácter técnico de una y otra parte, esto es, si la mamografía es un instrumento mundialmente aceptado y probado para la detección precoz del cáncer de mama cuyo riesgo es mínimo (postura de la demandada), o si por el contrario no se trata de un procedimiento eficaz y la dosis de radiación al paciente importa un daño acumulable a su salud (postura de la actora), concluye la mayoría de la Sala que la demanda de nulidad incoada debe ser amparada por cuanto a la accionante le asiste el derecho a negarse a la realización del examen de mamas, a la luz de lo dispuesto por la Ley 18.335 y de los argumentos desarrollados precedentemente.

XVII) Ilegitimidad del acto impugnado en el marco de una interpretación distinta del Decreto N° 571/006 y de la

Ordenanza del MSP N° 402/2006, en la que se entendiera que estas normas establecen la obligatoriedad del examen de mamografía para todos los casos sin excepción.

Conforme fuera señalado, el Tribunal -en mayoría- ha optado por una interpretación del Decreto N° 571/006 y de la Ordenanza del MSP N° 402/2006 que armoniza lo dispuesto en aquella normativa reglamentaria con los derechos de rango constitucional (protección del goce a la libertad, consentimiento informado), y ha concluido que aquellas disposiciones no son ilegítimas pues pueden y deben coexistir y ser coordinadas con las normas de rango superior que permiten a las ciudadanas negarse a la realización de tales exámenes.

Ahora bien. Si en una distinta línea de interpretación se llegara a la conclusión de que la normativa reglamentaria en cuestión establece para todos los casos, sin posibilidad de hacer excepciones, la obligatoriedad del examen de mamografía, con prescindencia de que se preste o no el consentimiento para ello, entonces debería concluirse que esta normativa supone una vulneración ilegítima del derecho a ser protegido en el goce de la libertad y a no ser obligado hacer aquello que la ley no manda, pues la obligación de practicarse el examen (y por ende la restricción a esos derechos fundamentales) provendría de un decreto o de una ordenanza, y no de una ley formal dictada por razones de interés general.

Al respecto, la demandada alega en su contestación que de acuerdo al art. 44, inc. 2°, de la Constitución todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad, por lo cual, este deber de cuidar de su salud constituye la sustancia de la obligación de

la actora de practicarse la mamografía, tendiente al diagnóstico precoz del cáncer de mama.

El Tribunal, en mayoría, no comparte el razonamiento de la demandada.

Sobre el punto, resulta útil citar un pasaje de una disertación brindada por el Prof. Horacio CASSINELLI MUÑOZ en el año 2002, que resulta perfectamente ajustable al presente caso: *“El habitante tiene deber de cuidar su salud, pero ese deber no puede hacerse cumplir por el Poder Ejecutivo, si no se dicta una ley que imponga soluciones determinadas. Si no rigiera la garantía de que para hacer cumplir el deber de cuidar de su salud o de asistirse en caso de enfermedad el Poder Ejecutivo necesita una ley formal (art. 10 inciso segundo de la Constitución) estarían los habitantes a merced de las doctrinas que convencieran al Poder Ejecutivo sobre lo que es bueno o es malo para la salud y al concepto de salud que tuviera cada sucesivo Ministro. La Constitución establece el deber de cuidar su salud y no establece una competencia para hacer efectivo ese deber sino cuando exista una ley formal. Esto es consecuencia de los artículos 7 y 10 de la Constitución que establecen que nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. Para limitar esa libertad individual es necesario poder fundarse en una ley.*

En este sentido la Constitución uruguaya tiene una solución muy particular. El artículo 332 de la Constitución establece que las normas de la Constitución que reconocen derechos a los individuos o establecen facultades o deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva. ¿Podría invocarse ese artículo

*por el Poder Ejecutivo para imponer por ejemplo una vacunación obligatoria no prevista en la ley? La respuesta es no. Porque la Constitución impone la aplicación de los preceptos constitucionales aun cuando no haya ley reglamentaria en los casos de normas que reconocen derechos a los individuos o atribuyen potestades o imponen deberes a las autoridades públicas, y no cuando se trata de normas que imponen deberes a los individuos. (...) cuando la Constitución impone un deber a un individuo, el deber impuesto al Estado por el art. 181-1° de la Constitución de hacer cumplir la Constitución por aquel individuo, se tiene que cumplir a través de la sucesiva emisión de actos legislativos y administrativos. Los órganos administrativos, no pueden actuar solos en cumplimiento del principio constitucional. La obligación del Estado de hacer cumplir la Constitución en este tema es una obligación que debe ser cumplida por el Poder Legislativo primero para poder luego llevarlo al ámbito de la administración” (Cfme. CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, “El derecho a la salud en la Constitución uruguaya”, en Jornadas de Responsabilidad Médica, Sindicato Médico del Uruguay, Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico, Montevideo, 31 de julio al 2 de agosto de 2002, recogido en CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Constitucional y Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, 1ª ed., pp. 885-886).*

En consecuencia, si se entiende que el Decreto N° 571/006 y la Ordenanza MSP N° 402/2006 imponen para todos los casos, sin excepciones, la obligatoriedad del examen de mamografía, entonces resulta evidente que tales normas -de rango reglamentario- resultan ilegítimas por vulnerar el principio de reserva legal, que rige en materia de limitación de derechos fundamentales.

En efecto, ya fue señalado que nadie puede ser obligado en contra de su libertad, salvo que exista una ley formal dictada por razones de interés general que imponga dicha obligación. A su vez, de acuerdo con las citadas enseñanzas de CASSINELLI MUÑOZ, el deber constitucional que tienen los habitantes de cuidar su propia salud no puede hacerse cumplir por el Poder Ejecutivo si no se dicta una ley que imponga soluciones determinadas.

XVIII) En relación a la limitación del derecho a la libertad y al principio de reserva legal, ha señalado recientemente el Tribunal: *“El artículo 7° de la Constitución establece el derecho a la libertad como género, y el artículo 36 el derecho de libertad de empresa, como una especie dentro de ese género. Las libertades de empresa, de industria, de comercio, etc., implican la posibilidad de dedicarse a cualquier actividad lícita, dirigir la actividad y obtener las ganancias correspondientes. De acuerdo a las señaladas normas constitucionales, tales libertades solo pueden ser limitadas por ley, dictada por razones de interés general. (...)”*

Se señala desde la doctrina que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito público, donde rige principalmente lo reglado y el principio de especialidad, en la esfera privada los particulares se mueven bajo el principio de libertad y deciden cómo manejarse, mientras no vulneren una norma jurídica prohibitiva (Cfme. SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 6ta. Edición, FCU, 1988, p. 447).

Al respecto, resulta categórico lo dispuesto en el art. 10, inc. 2° de la Constitución de la República, en cuanto establece que: “Ningún habitante

de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. (...)

Como tiene dicho reiteradamente el Tribunal, siguiendo los postulados de la doctrina constitucionalista, la limitación o privación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, corresponde exclusivamente a la ley (formal), la que además debe ser dictada por razones de interés general (Cfme. Sentencias N° 147/2013 y 753/2015, entre otras).

En el mismo sentido, expresa CAJARVILLE que el constituyente ha conferido únicamente al legislador la competencia para normar en materia de limitación de derechos fundamentales. (Cfme. CAJARVILLE, Juan Pablo: “Relaciones entre reglamento y Ley en el Derecho uruguayo”, Sobre Derecho Administrativo, T. I, FCU, Montevideo, 2008, pp. 441 y 448).

En función de ello, una norma creada por reglamento, tal como la que nos convoca, carece de aptitud jurídica para limitar derechos fundamentales contenidos en la Carta, sin importar los objetivos que la Administración persiguiera al adoptar la disposición.

Como dijera el Tribunal en la Sentencia N° 160/2010: “Esto implica, ni más ni menos, que la limitación del ejercicio de derechos fundamentales previstos en la Carta por la vía de un acto administrativo, lo cual es claramente inconstitucional, por cuanto de acuerdo a lo previsto en los arts. 7, 10 y 36 de la Constitución, la limitación de tales derechos sólo puede realizarse por ley, dictada por razones de interés general”. (...)

Por el contrario, como expresa CAJARVILLE: “Atendiendo a la materia, hay todo un ámbito de materias excluido de la potestad

reglamentaria, como potestad de normación inicial: la reserva de la ley, que puede esquematizarse en los siguientes rubros: la limitación de los derechos, deberes y garantías de los habitantes y de los ciudadanos; el régimen financiero, tributario, presupuestario nacional y monetario; las normas básicas de organización estatal, que comprenden la creación de organismos y atribución de competencias; y el dictado de códigos y aprobación de tratados (supra, parág. 14). En una expresión todavía más esquemática, con palabras de Aréchaga: “los poderes de bolsa, de institución, de libertad”. Estas son materias vedadas al reglamento como normación inicial (...)” (Cfme. CAJARVILLE, Juan Pablo: “Relaciones entre reglamento y Ley en el Derecho uruguayo”, Sobre Derecho Administrativo, T. I, FCU, Montevideo, 2008, p. 484)” (Cfme. Sentencia N° 212/2016).

XIX) En función de lo expuesto, habría que concluir, siempre dentro del marco de la presente interpretación, que el Poder Ejecutivo al emitir el Decreto N° 571/006 -y el MSP al dictar la Ordenanza N° 402/2006- actuó por fuera de su órbita de competencia, al pretender reglamentar y limitar el ejercicio de derechos fundamentales, materia para la cual carece de poder jurídico habilitante. En otras palabras, el órgano se habría extralimitado de su ámbito competencial, viciando, en consecuencia, el decreto por él emitido.

En palabras de PRIETO SANCHÍS, las normas de competencia son aquellas que atribuyen a un sujeto u órgano la potestad o competencia para producir, a través de un cierto procedimiento, un resultado institucional que llamamos ley, decreto, sentencia, resolución etc. Las normas de competencia, prevén que, por el hecho de que un sujeto u órgano realice

determinada conducta, en el marco de determinadas circunstancias, se obtiene un efecto o resultado normativo -e institucional- determinado. La infracción de las normas de competencia tiene como consecuencia la nulidad del acto dictado en infracción (Cfme. PRIETO SANCHÍS, Luis: *“Apuntes de Teoría del Derecho”*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 68 a 72. Véase también: MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María: *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 85 y MENDONCA, Daniel: *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 48; en la jurisprudencia del Tribunal, véase las Sentencias N° 147/2013 y 753/2015, entre otras).

Como ha dicho la Corporación, citando a MARIENHOFF: *“La violación de las normas sobre competencia determina la nulidad del respectivo acto administrativo. Esto obedece a que la “competencia” representa un requisito o elemento esencial del acto administrativo (...)*

Para que un acto administrativo sea tenido como acto “regular”, es indispensable que reúna las condiciones esenciales de validez, entre éstas que sea dictado por autoridad competente” (“Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, pág. 583)” (Cfme. Sentencia N° 587/2001).

En la dogmática contemporánea, expresa CAJARVILLE: *“Presupuesto de derecho del dictado de un acto administrativo es la existencia de una norma atributiva de competencia a un órgano estatal. Si no existe una norma que atribuya la potestad de dictar el acto que se trata, éste estará viciado por incompetencia. (...) Cuando se trata de una norma que atribuye competencia, la consecuencia imputada consiste en el ejercicio de una potestad por un órgano estatal, potestad (...) de dictar un acto administrativo con determinado contenido”* (Cfme. CAJARVILLE

PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo, Tomo II*, FCU, 3ª Edición, 2012, pp. 24-25; en igual sentido: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto; “Elementos del acto administrativo”, en *Revista de Derecho Público, Número 41*, año 2012, FCU, p. 33).

Por lo tanto, siempre dentro de la interpretación de que el decreto y la ordenanza impusieron obligatoriamente para todos los casos la exigencia de realizarse las mamografías para obtener el carné de salud, habría que concluir en la invalidez absoluta de aquellas normas reglamentarias, por faltar un presupuesto para su dictado.

En efecto, en tanto la limitación de derechos fundamentales solo puede provenir de una ley, dictada por el Poder Legislativo por razones de interés general, el Poder Ejecutivo y el MSP habrían extralimitado en el caso su parquet competencial, al actuar fuera de su ámbito de competencia, lo que tendría por consecuencia la nulidad de los actos regla emitidos por los órganos incompetentes.

XX) Dentro de esta interpretación, el acto subjetivo impugnado en obrados, por el cual se deniega la petición de la actora de ser exonerada de la realización del examen de mamografía, sería ilegítimo, por constituir la aplicación concreta de actos generales contrarios a Derecho (art. 25 inc. 2º del Decreto Ley 15.524).

En tal sentido, de acuerdo a lo dispuesto en dicho art. 25 de la Ley Orgánica del Tribunal: “*Será admisible la demanda de nulidad de los actos generales que dictare la Administración, que hubiesen de ser cumplidos directamente o no por los administrados, cuando no fuesen conformes a derecho y lesionaren algún derecho o interés legítimo, personal y directo de los administrados.*”

También lo será la impugnación de los actos dictados en aplicación de los actos generales mencionados en el inciso anterior, fundada en la ilegitimidad de éstos o de los primeros, aun cuando se hubiere omitido recurrir y contender a propósito del acto de carácter general”.

Por lo cual, si se interpreta -dentro de la presente línea interpretativa- que el Decreto N° 571/006 y la Ordenanza MSP N° 402/2006 son contrarios a Derecho por vulnerar el principio de reserva legal y las normas de competencia, entonces la denegatoria ficta impugnada, que tiene su fundamento normativo en dichas disposiciones reglamentarias, resultaría ilegítima por aplicar actos generales antijurídicos.

XXI) En conclusión, en cualquiera de las interpretaciones propuestas respecto a la normativa reglamentaria que regula lo relativo al examen de mamografía para la expedición del carné de salud laboral, la denegatoria ficta impugnada resulta contraria a Derecho.

Asiste a la actora, de acuerdo a la coordinación de las normas constitucionales y legales en juego, un derecho a negarse a practicarse procedimientos diagnósticos, salvo que se configuren determinadas situaciones excepcionales que no se verifican en el caso de obrados. Ese derecho resulta desconocido por la Administración, pues por la vía de la exigencia obligatoria del carné de salud laboral, el cual no se le expide sin presentar el estudio de mamografía, se le termina imponiendo a la accionante la realización de dicho examen aun contra su voluntad.

Si se pretende limitar ese derecho que asiste a la actora, íntimamente vinculado con el principio de libertad, e imponerle coactivamente la realización de una determinada conducta en forma obligatoria, se requiere ley formal, la que en el caso está ausente.

En definitiva, por los diversos fundamentos expuestos, y atento a lo preceptuado en el art. 309 de la Constitución Nacional, y arts. 23, 24 y 25 del Decreto-Ley 15.524, el Tribunal, en mayoría,

F A L L A :

Ampárase la pretensión anulatoria incoada y, en su mérito, anúlase la resolución denegatoria ficta impugnada.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$25.000 (pesos uruguayos veinticinco mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Echeveste (r.), Dr. Gómez Tedeschi (d.), Dr. Tobía, Dra. Castro, Dr. Vázquez Cruz.

Dr. Marquisio (Sec. Letrado).

Discordia del Dr. Gómez Tedeschi. *DISCORDE: A mi juicio corresponde confirmar la recurrida.*

No comparto el enfoque que la mayoría del Cuerpo tiene presente a la hora de resolver el litigio.

En modo alguno vislumbro que, por la recurrida se conculque la libertad de la actora, que el acto impugnado constituya una suerte de afrenta a los derechos humanos, y que la cuestión debatida pueda o deba encuadrarse en el ámbito de la ley 18.335, que atañe o regula los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud.

La Sra. Rosengurtt, es funcionaria pública, es funcionaria de Antel y según expresa en la demanda, dicho Ente es particularmente estricto “...en el cumplimiento de la reglamentación vigente y controla periódicamente la vigencia del carné de salud de sus funcionarios que debe renovarse cada dos años....”.

Dentro de las baterías de exámenes médicos que es necesario realizar para obtener o renovar el carné de salud, se exige “...a las mujeres en todo el territorio nacional...”, comprendidas en determinado grupo etáreo, la presentación de examen de mamografía vigente de acuerdo a lo dispuesto por el decreto 571/006 y ordenanza N° 402 del año 2006 del Ministerio de Salud Pública.

La actora impugna la denegatoria ficta a su “.....petición calificada.....que por razones de salud debidamente fundadas se me exonerase de examen de mamografía obligatorio a efectos de obtener el carné de salud....” (fs. 4 de autos).

En apretadísima síntesis, puede resumirse su posición en que: “...“...realizarme dicho estudio, además de ser innecesario e inútil, pone en riesgo mi salud...”, “....la mamografía no es un método eficaz para la detección precoz del cáncer mamario, o, no es por lo menos el único ni el más eficaz....”, “....hay otra variable fundamental a considerar a la hora de juzgar la legitimidad de su imposición obligatoria y es el daño concreto que produce la radicación en el cuerpo humano y el riesgo tangible que implica radiarse.. ...”, “.... Los rayos X no son algo inocuo; la dosis es acumulativa y genera un riesgo potencial de desarrollar un cáncer debido a un daño en el ADN....” (subrayado en la demanda).

Señala, asimismo, que “...es una persona sana. Ningún indicio de padecer cáncer de mama surge de todos los estudios realizados hasta ahora en mi vida. No tengo antecedentes familiares que hagan suponer que podría desarrollar un cáncer de mama....”.

La actora efectúa otros desarrollos en el curso de los cuales, transcribe diversas opiniones médicas, y concluye reclamando su derecho a disponer de su cuerpo, en los términos establecidos por la ley 18.335.

En nuestra opinión, no está en tela de juicio el derecho de la actora de “disponer de su cuerpo y de su vida”, pero tampoco nos parece que la cuestión debatida deba resolverse a la luz de lo preceptuado por la ley 18.335.

Su pretensión debe enmarcarse en el ámbito en que precisamente se presenta el litigio: se trata de una funcionaria pública y que, como tal, se encuentra en una situación estatutaria, en la cual se le reconocen ciertos derechos, pero que también se le establecen ciertas obligaciones y deberes.

Ese estatuto, entre otras previsiones, le impone la obtención de carné de salud y el mantenimiento de éste al día (vide, decreto ley 15.709 que aprueba el estatuto del funcionario de Antel y resolución del Directorio del Ente N° 1146/005).

La Sra. Rosengurtt efectúa una serie de consideraciones referidas a cuestiones de oportunidad y, muy especialmente de conveniencia, vinculadas a aspectos técnicos del examen en cuestión, que exceden por completo el parquet competencial de este Tribunal, que solo debe juzgar la legitimidad del acto (artículo 309 de la Constitución de la República).

Por vía oblicua, en una interpretación del decreto 571/006 y la ordenanza 402/006 del Ministerio de Salud Pública “desde la

Constitución” y “desde los derechos humanos”, el Tribunal analiza como si fuera una cuestión de legitimidad, una materia litigiosa que es, en una lectura desapasionada de la demanda, una cuestión netamente de conveniencia, o punto de partida de una concepción fundamentalista que la actora posee acerca de la práctica médica en análisis, postura que además se sustenta en consideraciones eminentemente técnicas.

El estatuto del funcionario de Antel (decreto ley 15.709), establece en su artículo 3º, literal g), que, para ingresar al Ente es preciso: “...Tener salud compatible con el desempeño del cargo, acreditada por los Servicios Médicos de ANTEL, previa presentación del Carné de Salud del Ministerio de Salud Pública.....”.

En la resolución N° 1146/05 y muy especialmente la N° 1888/12, en su Resultando IV), se lee que se “...exime únicamente a las personas cuyas situaciones de salud le impidan obtener el carné salud temporalmente...”, y, en el artículo 2º, se dispone que de presentar el carne de salud “....estarán eximidos y por el tiempo que se determine aquellas personas cuyas situaciones particulares resultan avaladas por la Gerencia del Sector Ocupacional....”, etc.

Entonces, el estatuto de funcionario de Antel y su diversa reglamentación (que, como se vio, prevé mecanismos para contemplar situaciones particulares) le son conocidos a la Sra. Rosengurtt y, obviamente, está sujeto a los mismos, en tanto y en cuanto es funcionaria de dicho organismo.

Por tanto, no es necesario acudir a generalidades normativas para exonerar a la actora en los términos que pretende, pero para ello era preciso invocar y probar que algunas de las prácticas médicas necesarias

para la obtención del carné de salud suponían un perjuicio para la salud de la compareciente.

En autos, en el caso concreto, este extremo ni siquiera se ha invocado, por el contrario, la actora asevera exactamente lo contrario, “...soy una persona sana, que llevo una vida sana y no tengo antecedentes, ni factores de riesgo.....”.

A mi juicio, debió haberse invocado aspectos vinculados al específico estado sanitario de la actora, y probado cómo la práctica de la mamografía podría afectar la salud de la actora.

Ni una cosa ni la otra se ha hecho, sino que la pretensión introducida reconoce como fundamento el particular punto de vista de la Sra. Rosengurtt acerca del examen que no quiere realizarse.

Viendo las cosas de esta manera, estimo que se pone en jaque el principio de igualdad, principio que también es de raigambre constitucional, puesto que se efectúa una excepción no justificada en una situación estatutaria que es común al funcionariado público (y privado).

En suma, planteado el debate de esta manera, como una cuestión de conveniencia, la controversia queda ubicada fuera de la competencia del Tribunal y debió haberse desestimado la demanda.