



REPÚBLICA
ORIENTAL DEL
URUGUAY
PODER JUDICIAL

Sentencia Nro. 64/2022

IUE 2-34619/2022

Montevideo, 7 de Julio de 2022

VISTOS:

Para sentencia definitiva de primera instancia, estos autos caratulados "**ROSS RUIZ MORENO, DAISY y otro C/ ESTADO-PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA y otros - Amparo**", ficha 2-34619/2022;

RESULTANDO QUE:

Que se presentan Ross y Guerra, impetrando que se ordene al MSP el cumplimiento del inciso 2 del art. 5 de la Ley 9202 y del art. 11 de la Ley 18.355, así como -a todos los demandados- el cese permanente de todo acto, hecho u omisión que exponga la situación sanitaria de las demandantes o les imponga un trato diferencial para su ingreso al país por su condición de no vacunadas contra el Covid 19. Convocada audiencia para el día de ayer, en la misma se oyeron las defensas de los demandados y se fijaron los objetos del proceso y de su prueba. En líneas generales y resumiendo, estos plantearon recusación y solicitud de inhibición del Magistrado por supuesto prejuzgamiento, así como nulidades por lo que consideran violaciones del debido proceso. En cuanto al accionamiento en sí sostuvieron la ausencia de ilegitimidad manifiesta y, asimismo la existencia de otras vías para la satisfacción de los derechos ventilados. Agregándose finalmente que una decisión favorable vulneraría la separación de poderes.



Y CONSIDERANDO QUE:

1. Ante todo, y en orden al respeto debido a las partes, se profundizará con un poco más de detenimiento, el punto relativo a la supuesta parcialidad de este juez. No ha habido prejuzgamiento alguno en la especie. Prejuzgar es juzgar antes de la oportunidad en que corresponda emitir pronunciamiento. Vale decir, emitir el juez opinión o dictamen acerca del asunto llamado a decidir antes de dictar la sentencia respectiva (Conf. “Vocabulario Jurídico”, pág. 468). De María señala que hay que tener presente que la opinión, para que sea causa debe ser concreta y acerca del pleito mismo que ha de sentenciarse (Conf. “Lecciones de Procedimiento Civil” tomo III, pág. 133). No constituyen, en cambio, motivos de recusación por prejuzgamiento las opiniones que el juez haya en un libro o una revista jurídica, y que luego deban ser aplicadas como juez (Conf. Couture ob. cit. pág. 125; del mismo autor “Estudios Derecho Procesal Civil” tomo III, pág. 164; y “Curso sobre el Código General del Proceso.” tomo II, pág. 111). La Suprema Corte de Justicia ha sostenido que, para que constituya causa de recusación, el prejuzgamiento debe ser: a) expreso y recaer sobre la cuestión de fondo que debe decidirse en el proceso, b) debe tratarse del mismo proceso pendiente (Sentencias, Sentencia SCJ No. 428/004, Sentencia SCJ No. 1527/009 y Sentencia SCJ No. 1014/010, entre otras). En este juicio, lo que se estudia es la legalidad de un proceso vacunatorio. No otra cosa. Y este juez no ha dicho ni escrito una sola palabra sobre eso. Sí ha estudiado la legalidad de los denominados contratos-ley como tales. Lo que es una cosa distinta (y que tampoco podría servir para apartarlo de ningún asunto: las opiniones científicas genéricas, independientes de casos concretos, no pueden sustentar recusación). Ahora bien. El levantamiento de la confidencialidad que se hará en este fallo, no forma parte de la pretensión. Aún cuando pueda ser traído a colación como uno más, y solo uno más, de los elementos de convicción pertinentes. Pero, se reitera una vez más, no es el objeto de este proceso. Acceder a lo pretendido por los recusantes, para decirlo de forma contundentemente gráfica, equivaldría prácticamente a dejar fuera de los juicios a todo juez que haya escrito algo, aún lejanamente conexo, sobre la materia aplicable (no sobre el caso concreto, claro está). Lo que aparece para cualquier persona, aún lega en derecho, como una insensatez. Por otro lado, abdicar de la función jurisdiccional por tan flojos argumentos, implicaría cercenar las garantías del otro litigante. De modo que, de acceder a la invitación de inhibición que se le hiciera, el juez estaría ahí sí entrando en parcialidad.

2. Por otro lado, la presente acción de amparo no ha caducado. La vacunación como operativa sanitaria se renueva en cada inoculación que se sucede en el tiempo (pluralidad de acciones puntuales). Ayer, hoy, en este instante, y mañana. Lo cual hace la coyuntura asimilable a la del delito continuado. Razón por la que no hay *dies a quo* a partir de la que computar una eventual caducidad. En este punto, es dable recurrir por analogía a la situación regulada en materia de prescripción aquiliana. Esfera en la que se ha sostenido que *“...el ilícito continuado se configura cuando el comportamiento lesivo del agente no se agota en el primer acto ejecutado, sino que perdura mientras permanece la situación ilegítima, que se concreta en una violación ininterrumpida del derecho ajeno. Lo que se renueva de momento en momento es el evento de daño producto de la conducta, de modo que las consecuencias dependen de la repetición del evento, teniéndose así coexistencia de la una (conducta permanente) y del otro (daño permanente)...”* (cf. Jorge Gamarra, en “Las “móviles fronteras” de la prescripción aquiliana”, incluido en “Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil”, tomo I,



año 1, pág. 105). En cualquier caso, el decisor entiende, con el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno, que en el control de los requisitos formales del accionamiento de amparo, debe estarse al "...criterio de flexibilidad que orienta el tratamiento jurisprudencial de las pretensiones de amparo en consonancia con los relevantes derechos cuya actuación tutela... un criterio interpretativo pro actione que comprende no sólo aspectos procesales propiamente tales, sino que preside el estudio de los elementos sustantivos del amparo, los que lógicamente constituyen un antecedente del examen de mérito (competencia, caducidad)." (LJU. t. CIX c. 12.720 pág. 1003). Siguiendo a Daniel Ochs, cabe reflexionar, en relación al exiguo término de caducidad edictado en la ley; que "...es una norma inconveniente... Cuesta trabajo comprender cuál es el beneficio que produce esta caducidad impuesta, que convalida la ilegalidad y la arbitrariedad... se pretende castigar la inacción del agraviado olvidando que es realmente todo el orden jurídico el que repulsa el acto conculcatorio, y no meramente el particular afectado." (Daniel Ochs en "La acción de Amparo." FCU 1a. Ed. págs. 21 y 22, citando además al jurista argentino Bartolomé Fiorini y al conocido compatriota Casinelli Muñoz). Aunque estamos desde luego frente a derecho vigente, se impone -como ya se dijo- la máxima flexibilidad en su intelección.

3. Finalmente, en lo que hace a las precisiones preliminares correspondientes, no podría tampoco hablarse en la especie de vulneración de la separación de poderes. O de indebida intromisión judicial en las políticas de salud. Se ha dicho, en referencia jurisprudencial que se comparte (y resulta, *mutatis mutandi*, aplicable al asunto de marras), que "...cuando el juez condena al Estado a entregar un cierto medicamento a un paciente que lo necesita para sobrevivir y no puede adquirirlo a su costo, no está decidiendo políticas de salud -que son indudablemente competencia de otros poderes instituidos- sino solamente reconociendo un derecho humano de rango constitucional y ordenando al Estado que cumpla, en el caso concreto, con la obligación que una norma constitucional le impone..." (Cf. TAC 1°, sent. n° 58/2012). En todo caso siempre es controlable la legalidad del actuar de la administración. No se pretende sustituir el accionar gubernamental en lo que éste tenga de discrecional; sino, sencillamente, que se actúe con arreglo a derecho. Lo que implica un examen de juridicidad sobre lo actuado o lo omitido por las demandadas. Y este tipo de escrutinios, lejos de estar excluidos del ámbito competencial judicial; son de su esencia. De hecho, el control jurisdiccional es el paradigma del control jurídico del poder. Ciertamente, el Poder Judicial no puede convertirse en un Poder de conducción política. Se trata de un Poder que, por así decir, no manda a nivel político; pero frena. A fin de cuentas, la jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir conflictos individuales e imponer el Derecho; razón por la cual el Poder Judicial puede y debe controlar la legalidad del accionar de otros Poderes y ordenar las rectificaciones necesarias para su adecuación a derecho (vg. "imponer el derecho"). La separación de Poderes no se vulnera cuando el PJ cumple la antedicha función; sino, precisamente y por el contrario, cuando no se le permite hacerlo. Por otro lado, la competencia exclusiva del TCA se limita a la anulación de actos administrativos; sin poder juzgar a ningún otro efecto la regularidad jurídica de esos actos, manteniéndose al respecto la competencia originaria o de principio del Poder Judicial (véase Sayagués Laso, en su "Tratado de derecho administrativo" Tomo II, pág. 510; 7ma. ed., Montevideo, año 2002). En definitiva, para determinar la esfera competencial, no puede entrarse a la ponderación del fondo del asunto; sino que es menester centrarse en el objeto de la pretensión. En este caso, no buscándose ni la anulación de actos administrativos ni la inconstitucionalidad de ley alguna; el Poder Judicial conserva plenamente su jurisdicción.



4. Como viene diciéndose, no hay lugar, en el examen judicial de legalidad, a ninguna vulneración del principio de separación de Poderes; lo que resulta, en verdad, bastante claro. Pero ocurre que muchos intérpretes y aplicadores del derecho, no toman en consideración la faceta transformadora que toda resolución judicial comporta; y, en casos como el que nos ocupa, tienden a calificarlas, erróneamente, como indebidas injerencias en las potestades de otros Poderes. En principio, puede decirse que el contralor judicial no es de esencia innovativo; sino depurativo. Empero, en buena lógica, al corregir no puede dejar de modificarse. Rectificar algo mal hecho significa suprimirlo para colocar en su lugar una obra bien hecha. De este modo, las potenciales consecuencias de cambio de los fallos que ordenan estar a derecho a otros Poderes (relativamente frecuentes en la vida forense); no implican ataque a la separación de Poderes. Son resultados fríamente lógicos de las facultades del juzgador. Como señala Manuel Aragón, cuando el juez determina cómo debe leerse la ley, *"...Sería inexacto afirmar, sin las necesarias matizaciones, que el órgano judicial al realizar el control no ejercita, de ninguna manera, facultades "innovadoras". ...El Tribunal (ordinario y constitucional) puede no invalidar la norma controlada, pero darle una interpretación distinta a la que esa norma había tenido hasta entonces (es decir, a la que había "operado" en el ordenamiento). ...se produce, en tal caso, una innovación del sentido de la norma con claros efectos jurídicos. No se innova la letra del texto, pero se innova su significado..."* (Cf. Manuel Aragón, en *"Constitución y control del Poder"*, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1995; págs. 137 y 138). Esta precisión que se hace no es ociosa, porque se cree que, detrás de las imputaciones de infracción de la separación de Poderes que puedan hacerse; no hay una secuencia razonada, sino la primacía de una mera impresión psicológica que vicia el planteo de incompetencia. Vale decir que, en la defensa del área de influencia de determinados organismos públicos; deja de estudiarse qué significa ontológicamente el "control", y qué consecuencias supone.

5. Se pasa entonces, al estudio del fondo del asunto. **La *lex artis* médica tiene dos andariveles: *lex artis* material, (esto es, la buena aplicación de las técnicas médicas), y la "lex artis formal". Pasando esta última por el cumplimiento de los deberes de información y documentación clínicas; en orden al respeto a la autonomía de la voluntad del paciente. Factores ambos de idéntica jerarquía legal y deontológica en el arte médico. Información y consentimiento son dos derechos íntimamente relacionados, pues sólo si se dispone de la información adecuada se podrá prestar libremente el acuerdo. Siendo el consentimiento informado mismo un acto médico independiente. Una regulación que supone una doble garantía: para el paciente, que le permite hacer efectivo el derecho fundamental a la integridad física respecto a las actuaciones médicas que se le efectúen; y para el médico, una garantía de la legitimidad del acto médico. Ampliada hoy día a toda actuación asistencial. Incluidas las vacunaciones, con toda obiedad. De conformidad con esto, es que el art. 11 de la ley nº 18.335 establece que "...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..."**



6. Ahora bien. En el caso del suministro de una sustancia mediante inyección (procedimiento invasivo), resulta de vital importancia informar, además de los beneficios, los componentes de lo inoculado y los riesgos de la operativa. A es respecto, y **estudiando los alcances de la ley de consumo en materia de medicamentos, la jurisprudencia uruguaya ha señalado que** “...En relación a la información sobre riesgos para la salud y seguridad de los consumidores la ley hace mayor exactitud (arts. 7 a 11) e impone al proveedor la obligación de ser claro y preciso en los eventuales caracteres de peligrosidad o nocividad del producto. Esto que puede poner en riesgo la comercialización o afectar la finalidad de ganancia del proveedor si la autoridad administrativa considera que el producto presenta un grave riesgo para la salud o seguridad del consumidor. En referencia concreta en materia de medicamentos, y en particular los que se venden bajo receta, la doctrina reclama que las advertencias incluidas en los prospectos sean precisas, claras, sin ambigüedades describiendo suficientemente los riesgos involucrados en el consumo del medicamento. Se deberá informar las modificaciones que se introducen al medicamento y de los efectos adversos que se descubren con posterioridad al lanzamiento del producto al mercado. Esta información puede estar dirigida tanto al paciente como al médico siendo en el primer caso que, de brindarse, debe expresarse en lenguaje llano, suficientemente claro, para la comprensión de la mayoría de las personas. Por lo general la información del laboratorio está dirigida al médico y comprenderá los datos técnicos que le permitan al profesional evaluar los beneficios de su administración así como los riesgos en relación a las particularidades del paciente. Será el médico quien deba cumplir con el deber de informar al paciente de las características y efectos adversos de la medicación que propone suministrar...” (cf., CADE, **Sentencia JL CIVIL No. 58/016-1**). La cita, aunque algo larga, es definitiva en su precisión. Marca los requerimientos que deberá tener la información a suministrar a la persona que se vaune (o sus representantes legales).

7. Aquí el Dr. Guido Berro precisaba que “...tenemos el deber de tener en cuenta cuatro aspectos del riesgo: naturaleza del riesgo, magnitud del riesgo, probabilidad de que ocurra y el cuándo o momento de ocurrencia... Probabilidad de que ocurra. Este elemento de información ha generado siempre mucha discusión. Si la posibilidad de ocurrencia es extremadamente baja y la contingencia muy seria, muerte, por ejemplo, algunos justifican no dar tal información y también si es bastante probable que el riesgo ocurra, pero es de muy escasa importancia. Sin embargo, entendemos que ha de darse la información más objetiva posible en grados de probabilidad. Y siempre explorar cuánto quiere informarse el paciente o en su lugar a quién informar. El hecho de informar riesgos mayores no exime de hacerlo respecto de riesgos menores, además esta clasificación se nos hace muy subjetiva. Tampoco parece acertado no informar nunca sobre riesgos que se prejuzgan como comúnmente conocidos... El paciente debe saber cuándo puede materializarse el riesgo y de qué forma...” (cf. “Consentimiento informado”, Revista Uruguaya de Cardiología, Guido Berro Rovira Volumen 28, nº 1, Abril 2013; págs. 22 y 23).

8. Nada de eso ocurre durante los actos vacunatorios contra el Covid-19 en Uruguay. Hoy por hoy. Según el Estado, y los médicos declarantes en autos, bastaría a los efectos consensuales el acceso a los prospectos de las vacunas. Prospectos que ni siquiera



consta que se exhiban en el mismo acto de inoculación. Sino que se entiende difundidos a priori en atención a su condición de publicados en diversos medios. Nada de lo cual es atendible. Empezando por lo último, no caben informaciones genéricas. El acto del consentimiento informado supone, necesariamente, un diálogo personal, directo y concreto, entre integrantes del cuerpo sanitario (de preferencia un médico), y el paciente. No puede sustituirse por una publicación accesible *erga omnes*, por así decir. No por su propia naturaleza. Y menos en casos de actos médicos masivos, como lo son las vacunaciones, donde no puede controlarse la recurrencia privada a la información por cada paciente. Luego, tampoco puede estarse, servilmente, a lo que marca un prospecto. Huelga decir que el consentimiento informado relativo a medicación, debe contener informes neutrales. Independientes de los datos que proporcione su fabricante. Desde que la que de éste provenga, o la que en sus aseveraciones se base mayor o totalmente, estará insoslayablemente contaminada por los intereses comerciales del vendedor.

9. Por todo lo dicho, pues, es que se considera que se viola la *lex artis* por la vía de la inexistencia de un verdadero consentimiento informado en los actos vacunatorios de referencia. Y puede decirse algo más en el punto. Si bien es cierto que tradicionalmente las vacunaciones no se impartían con consentimiento escrito, en el caso que nos ocupa el mismo se hace necesario. A poco que se pondere la novedad cronológica del fármaco y su condición de autorizado de emergencia (sin aprobación definitiva). Así como la reconocida evidencia de efectos adversos. Los cuales, aún sin mayores detalles, y por pocos o muchos que fueren, no dejan de estar admitidos en el ámbito científico (lo que fluye de las delcaraciones testimoniales de obrados).

10. Repárese en que, según las declaraciones de los doctores Giachetto y Zunino, la vacuna de marras no completó todas las fases de control -estudios o ensayos en fase clínica- que le permitieran obtener una aprobación definitiva. Las cuales por lo común exigen un arco de tiempo mayor, bastante mayor, que el que estas sustancias tuvieron. Constando de las antedichas declaraciones testimoniales que, por más garantista que haya sido la prospección en la corta fase temprana del estudio de las vacunas, los estudios tuvieron un alcance más limitado que los comunmente solicitados para una debida aprobación.

11. Según un documento de BionTech, presentado ante la Securities Exchange Commission (reguladora de los mercados financieros en Estados Unidos, que recibe información de las compañías que cotizan en bolsa), para el momento en que se lanzó la vacunación la compañía no podía demostrar suficientemente la eficacia o seguridad de la vacuna. Así como formulaciones específicas para variantes nuevas. Admitiendo que *“...pueden ocurrir efectos adversos significativos durante nuestros ensayos clínicos o incluso después de recibir la aprobación regulatoria, lo que podría retrasar o terminar los ensayos clínicos, retrasar o impedir la aprobación regulatoria o la aceptación en el mercado de cualquiera de nuestros*



productos candidatos...". En la página 6 del informe, puede leerse que "...Es posible que no podamos demostrar suficiente eficacia o seguridad de nuestra vacuna COVID-19 para obtener la aprobación regulatoria permanente en jurisdicciones donde se autorizó para uso de emergencia o se le otorgó una aprobación de comercialización condicional..." (traducción libre). Agregando que "...es posible que los datos posteriores de estos ensayos clínicos no sean tan favorables como los datos que enviamos a las autoridades reguladoras para respaldar nuestras solicitudes de autorización de uso de emergencia, comercialización o aprobación de comercialización condicional o que surjan inquietudes con respecto a la seguridad de nuestra vacuna contra el COVID-19 para su uso generalizado...". Más adelante, se apunta al hecho que podrían descubrirse problemas de seguridad con "...nuestra vacuna COVID-19" que no se conocían en el momento de la aprobación...". Hasta admiten que los productos aprobados -por emergencia- podrían perder su aprobación y las ventas podrían suspenderse. Al punto de advertir que la empresa podría verse sujeta a reclamaciones de responsabilidad -penal y civil- por causa del producto; y su reputación verse seriamente dañada. El texto también muestra preocupación por los efectos adversos graves que no se detectaron, y a los que no se les dió la suficiente importancia en las fases iniciales de ensayo de las vacunas. Reconocen la observación de efectos secundarios y otros problemas con el uso generalizado, que no se observaron ni se esperaban. O que no fueron tan comunes o graves durante los ensayos clínicos provisionales o primarios. Todo lo que puede leerse en la presentación de BionTech ante la SEC: <https://investors.biontech.de/node/11931/html>.

12. Así las cosas, no debe dejar de tenerse presente que, una vez lanzada una vacuna al mercado, ya no pueden seguir adelante con su trabajo los equipos de control (según Giachetto). Con lo que, en palabras crudas, la fase de contralor (que puede definirse como "experimental", o si se prefiere "provisoria" o "incompleta", si no en términos estrictamente técnico-médicos, si en la lógica del sentido común), continúa. Pero, ahora, con las personas masivamente vacunadas como sujetos pasivos del estudio. Desde luego, podría alguien sostener que puede haber habido urgencia en la administración vacunal, por la explosión pandémica. Puede ser (aunque la bajísima incidencia de la enfermedad en menores hace dudosa, para esta franja, una excusa de ese orden). Pero, en cualquier caso, debe hacerse saber con total énfasis y claridad, esa coyuntura de cierta provisoriedad científica a todos aquellos quienes introduzcan las sustancias todavía no autorizadas (en la más segura forma habitual). O sea, debe prevenírseles de que la vacuna solo tiene autorización provisorio de emergencia, y no definitiva. Instruyéndolos, sumariamente, de lo alcances de esa circunstancia. Y no consta que eso se haga.

13. Respecto del contenido de las vacunas, el Estado reproduce la información que da la propia empresa Pfizer-BioNTech -que no ha respondido a la Justicia uruguaya, y que no tiene personal de nivel gerencial responsable ubicable en el suelo nacional-: la llamada "fórmula cuali-cuantitativa". Ahora bien. Esos datos pueden o no corresponder con la totalidad de los componentes de las sustancias. Ni este juez ni la población lo saben. Pueden hacer fe de ello, quizás. Pero eso no basta cuando de la seguridad sanitaria se trata. Menos todavía cuando lo que está en el tapete es la seguridad de los niños. De principio, el Estado no puede excusarse, copiando la información del fabricante. Por imperio del inc. 5 del art. 2 de la ley nº 9202, debe hacer análisis propios. Independientes. Y no consta que los haya hecho. No habiendo tampoco el Estado manifestado una eventual imposibilidad de hacerlo (extremo por lo demás que, de ocurrir, también debería informarse al consumidor). Y la



inoperancia controladora y garantista del Estado no se agota en esto. Se verifica una opacidad gubernamental que arroja un manto de sospecha tal, que hace insoslayable el imponer la exhibición completa de los contratos de compra. Véase. Por decreto de Presidencia de fecha 3 de febrero de 2021, se declaró confidencial (inaccesible a la población en general), “...*toda documentación vinculada a las negociaciones mantenidas y a los Contratos celebrados... así como sus anexos, eventuales ampliaciones y/o enmiendas...*”. Bien. Aún sin siquiera entrar a discutir ni la legalidad, ni la conveniencia política de tal ocultamiento, no alcanza a comprenderse por qué razón no se dejó fuera de la “confidencialidad” al listado de componentes de las sustancias en adquisición. Elenco de elementos integrantes que por fuerza debe figurar en los contratos o en alguno de sus anexos. Pues ello, además de cumplir con la legalidad y dar tranquilidad a quienes se vacunan, no entrañaría inconveniente a ninguna de las partes contractuales si, como afirman los demandados, ese listado y lo que obra en conocimiento público coinciden sin fisuras. Sin embargo, el Estado sigue negándose a mostrar ese dato. Aún intimado por este juzgado. No ya a exponer el o los contratos completamente a la luz pública, sino solo en esa mínima porción en particular. Que no lo haya hecho llama la atención. Y prácticamente obliga al decisor judicial a requerir la mostración absoluta de los instrumentos contractuales. El manejo *contra legem* que de la situación hacen los demandados es claro. Y grave.

14. Pero además de ilegal (tal como se la ha diseñado), la campaña de vacunación es también inconstitucional. Desde que aún a simple golpe de ojo, es claro que el silencio acerca del contenido de las aludidas vacunas, viola dos órdenes de derechos humanos: el derecho a la salud, y el derecho a la información. Derechos ambos de nivel constitucional. En el área sanitaria, se ha postulado la supuesta ocurrencia de una colisión entre los derechos a la información y a la salud. Pero aquí se entiende que no es esa la verdadera contradicción de fondo. Sí hay un contemplable derecho constitucional a la información. Desde luego. Pero del otro lado de la balanza no está el derecho a la salud de la población. Sino que lo que pesa es el interés financiero de las empresas farmacéuticas privadas. Más aún, a la hora de efectuar el balance jurídico pertinente, el derecho a la salud debe colocarse junto al de la información. Desde que no pueden ejercerse válidamente tratamientos sanitarios (en sentido lato); sin consentimiento informado. Luego, el objetivo de la información a solicitar es legítimo. La jurisprudencia argentina ha establecido, en conceptos trasladables al caso, que el libre acceso a una información completa integra el derecho a la salud. Incluso no ya tan solo en lo que hace a los derechos individuales, sino a los públicos (manejables hasta a nivel de prensa). Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló que “...*El discurso sobre cuestiones vinculadas con la prestación de servicios médicos dirigidos a un sector de la población tiene una trascendencia esencial para la vida comunitaria y demanda una protección especial en aras de asegurar la circulación de información de relevancia pública... El derecho a la salud comprende el acceso a la información, esto es, el derecho a solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones vinculadas con esa temática... no puede [tampoco] obviarse el rol fundamental que lleva adelante la prensa al investigar y divulgar informaciones y opiniones que enriquecen el debate público en materia de salud y que, definitiva, fomenta la fiscalización de la actividad...*” (cf. “*El Derecho a la Salud*”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia, Edición 2020; caso n° 340:1111).



15. Por otro lado, y de acuerdo al art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley nº 15.737), *“... Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...”*. Redacción que, con toda claridad, engloba dentro del esquema correspondiente al derecho de “expresión”, el de “buscar” y “recibir” información. Amparando así el derecho de cualquier ciudadano -por su sola condición de tal, esto es, sin necesidad de acreditar un interés directo- a requerir datos del Estado. Ello en orden a la insoslayable transparencia y control de toda gestión democrática, cabe agregar. Nuestra ley 18.381, en su art. 1, considera también el derecho al acceso a la información pública como un derecho fundamental. Por consiguiente, por fuerza y sin ningún lugar a dudas, la petición de noticia imprescindible para un consentimiento informado -integrante del derecho de libre pensamiento y expresión- goza de la categoría de derecho humano. Lo que la excluye de cualquier rango privativo de reserva posible, según lo establecido por el art. 12 de la ley nº 18.381. El cual literalmente establece que *“... Los sujetos obligados por esta ley no podrán invocar ninguna de las reservas mencionadas en los artículos que anteceden cuando la información solicitada se refiera a violaciones de derechos humanos o sea relevante para investigar, prevenir o evitar violaciones de los mismos...”*. Y repárese en que en el caso no solamente está en juego el derecho, ya en acto, relativo a la noticia acerca de la composición de las vacunas que se inoculan. Sino que también lo está el derecho, en potencia, a la seguridad sanitaria de cada persona. En tanto y en cuanto no puede de ninguna manera no ya aventarse, sino ni siquiera tenerse en claro, el riesgo de efectos secundarios adversos en perjuicio del inyectado.

16. En cualquier caso, no debe perderse de vista que el art. 13.2 del Pacto de San José de Costa Rica solo admite restricciones al derecho a la información cuando se puedan verificar *“... responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas...”*. Excepcionalidad que ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a establecer algo así como una regla de admisibilidad de limitantes. La cual se centra en tres vectores (Cf. caso Claude Reyes y otros vs. Chile; CIDH, nº 12.108, Serie C nº 151, nºs 89 a 97).

17. En primer lugar, toda eventual veda debe estar previamente conceptualizada -de hecho fijada- por ley; como medio para asegurar que no quede al arbitrio del poder público. En normativa que se base -expresamente- en “razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Y es aquí donde el Tribunal Internacional hace una precisión ajustada, y de pleno recibo. En el sentido de enfatizar que, en este punto, la expresión “ley” no puede hacerse valer de manera genérica. No como una suerte de sinónimo de simple norma, de mera “legislación” (como pueden serlo decretos o reglamentos, en el área pública; o contratos en el ámbito privado). No. Debe tratarse de leyes formalmente definibles como tales. Con respaldo parlamentario (y correlación constitucional, claro está). Eso en lo formal. Porque, además, la imprescindible previsión legal debe basarse en el interés general; y estar específicamente definida en orden al recorte informativo sobre el que se proyecta. En



otras palabras, debe determinar con toda precisión qué es lo que debe ocultarse, y cuales son las razones de interés general que llevan a ello. En el subcaso, no se trata de los motivos para vacunar, sino de los que se puedan tener para ocultar a la población el contenido -y secuelas- de los inyectables. En concreto, el parlamento debió de haber tratado de qué forma se tutelarían el interés general y el "bien común" (art. 32.2 del Pacto), ocultando qué son, qué contienen y qué efectos causan las vacunas. Nada de lo cual se hizo por parte del Estado uruguayo. El que no puede escudarse en una inválida habilitación como lo es la prevista en el lit. C del art. 10 de la ley 18.381. Naturalmente, de lo razonado fluye que la ley a la que se hace referencia debe de ser específica, concretamente enfocada para cada hipótesis fáctica particular. No puede concebirse una permisión legal "en blanco", que habilite al Estado a futuro -y por sí y solo ante sí-, a adoptar secretismos en asuntos con repercusiones en los más elementales derechos humanos de la ciudadanía. En segundo término, toda restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. No a otros. En la materia que nos ocupa, y conforme al ya citado art. 13.2 de la Convención, en la divulgación necesaria a un consentimiento informado no hay colisión alguna con "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Con absoluta evidencia. Finalmente, las restricciones imponibles deberían ser necesarias en una sociedad democrática. Y nada hay de eso en obrados.

18. Es claro que la jurisprudencia internacional carece de potencia vinculante para el juez nacional. Quien, siempre, debe recostarse en la Constitución vigente para el Estado -y la Nación- a los que sirve administrando justicia. Empero, ello no es óbice para impedir que pueda adoptar desarrollos intelectuales jurídicos como el que acaba de mentarse, de ponderarlos compatibles con la normativa nacional. De este modo, y en la especie, es de toda evidencia que el gobierno, si tenía la voluntad de ocultar el contenido de las vacunas (por la razón de política de estado que fuere), o consideraba ineluctable esa opacidad; debió de haberla vehiculizado a través de una ley específica y democráticamente votada al efecto. Y ello no ocurrió. No puede pretenderse oblicuamente ese objetivo, mediante la recurrencia a simples contratos secretos con empresas multinacionales.

19. En reciente sentencia (nº 405, del 24.V.2022), nuestra Suprema Corte de Justicia laudó -con palmario acierto- que *"...la solución de principio en materia de acceso a la información pública, es la más amplia publicidad y difusión de la información de interés público, de manera de que las excepciones legalmente previstas... son de interpretación estricta... y debe estar adecuadamente motivada... no basta con aducir un motivo sino que éste debe existir realmente de acuerdo a la ley, debiendo la Administración detallar específicamente los motivos y fundamentos legales que la lleven a rechazar el pedido de información realizado..."* (considerando nº IV.2). No habiendo los demandados cumplido con esto, aún intimados judicialmente a hecerlo. No completamente.



20. Resumiendo entonces lo que viene diciéndose, la conducta que se impugna (la campaña de vacunación), es francamente ilegal e inconstitucional (se repite: viola los derechos humanos a la salud y a la información). Y ni tan siquiera puede apoyarse en las emergencias de la ley nº 18.381, en tanto debe de hacerse una lectura completa de la misma. Intelección que, como se dijo, lleva a considerar inoperativas en el caso a las reservas previstas por la misma ley, en tanto priva la aplicación de su propio art. 12: *“...Los sujetos obligados por esta ley no podrán invocar ninguna de las reservas mencionadas en los artículos que anteceden cuando la información solicitada se refiera a violaciones de derechos humanos o sea relevante para investigar, prevenir o evitar violaciones de los mismos...”*. Y esto basta, por sí solo, para el progreso jurídico de la pretensión de amparo. Punto en el que se hace énfasis.

21. Ahora bien. En la coyuntura de autos, las autoridades se parapetan detrás de las emergencias de un contrato (o serie de contratos), que pueden ser categorizados como convenciones del género llamado “contratos-ley”. Los cuales, en puridad jurídica, no existen en nuestro ordenamiento jurídico (véase JLCA de 3ºt., sentencia nº 24 de fecha 11 de junio de 2021, considerando 3). Y lo son, por cuanto esa categorización fluye evidente del porte obligacional de esas convenciones. Cuanto menos de lo poco que se sabe de ellas. A fin de cuentas, el secretismo que se busca imponer a sus cláusulas (proyectabe sobre una materia tan delicada como la salud de la población), comportan -lisa y llanamente- la abdicación de la soberanía jurídica del Estado uruguayo.

22. En general, este tipo de acuerdos suelen enraizar su fundamento en la idea de la existencia de un riesgo político-social nacional tal, que justifique silencios (cláusulas de confidencialidad), o la prohibición de toda eventual reforma legislativa contraria a los intereses del emprendedor. Así como, según marca la experiencia, el extrañamiento de la jurisdicción nacional del Estado firmante. En suma, lo que se hace es elevar al contrato mismo por encima de la ley dentro de la pirámide normativa. Con lo que se terminan por conferirles, literalmente, jerarquía constitucional. Elevación absolutamente inadmisibles en el ordenamiento Patrio. De esta manera, la inconstitucionalidad de los contratos-ley es palmaria. Contravienen frontalmente el principio de especificidad de las personas jurídicas: ninguna administración contratante -el PE- puede legislar (art. 168 de la Constitución Vigente). Siendo del caso de que no estamos siquiera ante tratados; ni ontológica, ni menos aún formalmente. El Estado no pacta en estas hipótesis con otro Estado, sino con empresas privadas. Como lo sostuviera Enrique Viana Ferreira, *“...No hay Constitución, no hay ley, ni siquiera los tratados de protección de inversiones hablan de la existencia de un contrato de inversión... en realidad, estos contratos lo que vienen a asentar en nuestros territorios es una nueva fuente de derecho. Tenemos una fuente de derecho que nos obliga a todos nosotros y que no emana del Poder Legislativo. Tenemos una ley hecha por extranjeros, que se aplica a nosotros...”* (cf. E. Viana, en *“A mayor impunidad, mayor indefensión”*, en *“La Entrega. El proyecto Uruguay-UPM”*, V. Bacchetta, G. Melazzi y W. Yohai, coords.; págs. 157 y 158). Así pues, la consecuencia se hace no menos clara. Estamos ante convenciones nulas. Inutilizables ante los estrados nacionales.



23. Puede especularse que ocultamientos contractuales como el que nos ocupa radiquen en la defensa de propiedad intelectual. O en una limitación de responsabilidades. Incluso a motivaciones estrictamente comerciales, como podrían ser las derivadas de fraccionamientos de mercado (para negociar las empresas particulares de manera diferencial con cada Estado, según sus condiciones). Pero, así y todo, con lo estatalmente inaceptables que pueden llegar a ser teleologías como las reportadas; en el caso se da una hipótesis todavía más grave. Lisa y llanamente extorsiva. Justamente, en lo que hace a las contrataciones uruguayas con multinacionales farmacéuticas, para la compra de vacunas contra el Sars-Cov2; el gobierno adquirente ha admitido presiones. En efecto, y más allá de declaraciones de corte periodístico, en resolución de Presidencia de la República PS 976 de fecha 13.IV.2021, se sostuvo que “...el incumplimiento de... cláusulas de confidencialidad harían incurrir al Estado uruguayo en responsabilidad, poniendo asimismo en riesgo la ejecución de los contratos suscriptos en cuanto a la entrega de las dosis pendientes, y aquellos a suscribirse para la adquisición de nuevas...”. Así entonces, frente a tamaña dependencia, se impone una lectura jurídica detenidamente crítica de las defensas de confidencialidad. En el caso de las compras señaladas, y en cualquier otro similar.

24. En otro orden de cosas, no cabe invalidar la determinación de la existencia -en autos- de un contrato de estabilidad (contrato-ley); con el solo argumento de que una de sus propias cláusulas, la de confidencialidad, impide su examen (en orden a fijar su naturaleza jurídica). Consiguiendo así este o estos acuerdos, al menos en principio, resultar absolutamente inatacables. Por el solo mecanismo de autoprevenir su propia invisibilización jurídica. Lográndose una intolerable evasión de contralores judiciales. Y políticos, que todo hay que decirlo. Aún cuando, conforme acaba de reportarse, la propia Presidencia de la República da pistas de la eventual verificación de auténticos convenios de estabilidad, al reconocer su posición de debilidad contractual. A fin de cuentas, la propia “confidencialidad” es sintomática de la existencia de condiciones de indemnidad (posiblemente ilícitas). No se oculta lo que bien puede resistir -jurídica y hasta moralmente- la luz de un análisis objetivo. En definitiva, no está prevista ni constitucional ni legalmente la existencia de contratos como aquellos en los que se escudan los accionados.

25. Pero además, hay otra faceta de la *lex superior* que siempre aparecerá vulnerada en hipótesis de encubrimiento de convenciones de estabilidad. Y es que la aplicación a estos casos de un mal entendido secreto contractual (siempre en hipótesis de contratos-ley, se repite), atenta contra la soberanía nacional. Dicho esto sin eufemismos. Directamente. La soberanía, como ya la entendía Jean Bodin en el s. XVI, es el “más alto, absoluto y perpetuo poder sobre los ciudadanos y sujetos en una República”. Únicamente limitable, dentro de nuestro marco constitucional (claramente iusnaturalista, a criterio de este sentenciante), frente al propio derecho natural. Pero de ninguna manera por mérito exclusivo, y excluyente, de acuerdos entre coyunturales gobiernos y empresas privadas. Véase. Según el art. 4 de la Constitución vigente, “...La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará...”. Entendiéndose aquí la soberanía en su sentido interno (no como



sinónimo de independencia exterior). Esto es, como poder de auto-organización (cf. Justino Jiménez de Aréchaga, en “La Constitución Nacional”, nº 1, pág. 159). Ciertamente es que, como lo ha señalado Guillermo Cabanellas, en los textos constitucionales las palabras “nación” y “estado”, suelen ser utilizadas de manera imprecisa (cf. G. Cabanellas, en Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; págs. 507 y 508). Pero, aún así, en nuestra máxima norma son claramente distintos y distinguibles.

26. La cima última del poder organizacional de la sociedad no es el Estado, menos todavía un gobierno; sino la “Nación” (que, según se vio, ejerce la soberanía “en toda su plenitud”). Definida como entidad colectiva indivisible y distinta de los individuos que la componen; y que se expresa a través de los tres poderes étáticos. Ahora bien. Habrá menoscabo de la soberanía cuando un poder, en exclusiva, pretenda ocultar información a la ciudadanía en general; y a los otros dos poderes (para estos casos, de negar el Ejecutivo datos al Legislativo y al Judicial). Pues de esa manera provocaría una amputación cognitiva que les impediría el pleno desempeño de sus funciones. Retaceando fuerza y libertad al “soberano” (esto es, a la Nación, que se expresa a través de los tres poderes simultáneamente). Pues la Nación no puede ejercer su soberanía en hipótesis de deliberada desinformación. Sea de ello como fuere, el manejo fluido de cuestiones estratégicas entre los tres poderes (en igualdad de condiciones), es una garantía de primer orden en la defensa de la independencia nacional. Desde que la Nación, actuando a través de todos ellos a la vez, es menos influenciable por poderes étáticos extranjeros o empresas privadas, que un mero gobierno. Que el solo Ejecutivo.

27. El no-vacunado no atenta contra la salud pública. No viola leyes. Sólo ostenta un pensamiento diferente al de un gobierno concreto. Por lo demás, y más allá del plano estrictamente jurídico, no caben tampoco argumentos de supuesta prudencia que justifiquen el accionar impugnando en este amparo. Pues no podría pensarse en que el discriminador no lo sea en el caso, por la vía de atribuirle a su accionar la cautela propia del “buen padre de familia”. No. No desde que el apartamiento personal en cuestión es lisa y llanamente irrazonable. Lo cual significa que, no solamente resulta ilegal por abusivo y políticamente discriminador; sino que ni siquiera es lógico en sí mismo. Desde que no está en modo alguno demostrado -ni con el debido rigor científico, ni tan luego con un mínimo grado de razonabilidad superior a la duda- que la presencia de un no-vacunado (donde quiera que sea, tanto en ámbitos públicos como privados), represente peligro de contagio a partir de su mera condición de tal. Pero sobre todo, con trascendencia a la hora de aquilatar la proporcionalidad de la praxis ilícita, queda asimismo lógicamente apuntalado por la resistencia gubernista a fijar la obligatoriedad de la vacunación. Puesto que, si en verdad podría resultar sanitariamente riesgoso un no-vacunado (en cuanto tal, se repite), se lo habría obligado a inocularse. Opción que ostensiblemente no se tomó. Incluso en medio de un notorio clima mediático de alarma.

28. En otro orden de cosas, la práctica cuestionada señala un camino hartamente peligroso para la democracia. Véase si no. Dentro de la estructura orgánica misma del Estado, la INDDHH ha llegado a sostener que no hay discriminación en casos como el que nos ocupa, en tanto obedecerían a una “exigencia de bien común o interés general como medida de protección de la salud pública” (cf. “Primer Informe de la INDDHH sobre la exigencia de la vacunación contra el Covid 19”, de fecha 16.IX.2021). Ahora bien. Para publicitar tal



temperamento, la INDDHH no tomó en cuenta que, si bien las personas son libres de elucubrar por sí mismas qué cosa sean el “bien común”, el “interés general” o la “salud pública”; no lo son para lesionar derechos de terceros única y suficientemente en base a esas sus particulares y privadas conjeturas. Sólo podrán hacerlo en la medida en que lo permitan la Constitución y las Leyes. Permiso que, con notoriedad que no pudo escapar a la mencionada “Institución”, no existe en estos casos. De manera de que se cae en un preocupante error, que debe ser apuntado con firmeza. Desde que se terminan por avalar con ligereza prácticas indebidas, no esencialmente diferentes de verdaderos linchamientos sociales (por más de que hoy por hoy así no aparezcan a los ojos de las mayorías). Desliz jurídico claro que, mañana, podría fundar arbitrariedades todavía más gruesas y lesivas. Es que, a partir de lo planteado por la INDDHH, podría darse carta blanca a cualquiera que por sí y ante sí definiera que es lo socialmente bueno, para discriminar a los semejantes que no compartan sus reflexiones socio-políticas. Demostrando lo que viene explicándose la profunda imprudencia, tanto de la conducta atacada por la parte pretensora, como la de quienes con ligera corrección política la justifican (porque argumentos jurídicos y lógicos para ello no los hay).

29. En cualquier caso, el límite de la subordinación al bien común es la propia dignidad humana. Pero, y esto es de vital importancia, no solo la dignidad humana de quien apelando al “bien común” se defiende. Sino también la de los demás, de todos aquellos que puedan verse afectados por la “defensa” de quien enarbola un autodefinido “bien común” en su autoprotección. Siendo del caso que, precisamente, en el asunto que nos ocupa lo que se ataca es a la dignidad humana del no-vacunado. En definitiva, el bien común invocado por quienes avalan lo que por esta sentencia se define como un abuso discriminatorio, no es sino el conjunto de condiciones que permiten desarrollarse plenamente a todos. A la universalidad de los integrantes de una comunidad. Cosa que no sucede en el asunto de marras. Donde, a fin de cuentas, se cercena esa plenitud a una minoría; no en aras de proteger eficazmente derechos (o tan siquiera valores superiores), sino para sedar un miedo. Real o falsamente inducido que sea. En otras palabras, y para clarificar aún más este concepto: si el no-vacunado no comporta un riesgo cierto de contagio (no al menos mayor al que provoca una persona vacunada), no hay salud que amparar radiándolo de eventos sociales y servicios. O mortificando su cotidiano vivir. Lo que con esa mala praxis se tutela es solamente el temor irracional de algunos. Temores que, según es bien sabido, suelen reconocer fuentes espurias en la mayoría de los casos. Difícilmente pueda encontrarse una receta más idónea para un eclipse democrático.

30. En suma, este fallo no se pronuncia, de ninguna manera, sobre la validez de las vacunas en general, ni la de las de autos en particular. No asevera absolutamente nada sobre la eficacia y seguridad de éstas últimas. Tampoco sobre la necesidad -o no- de la campaña de vacunación (como factor de la política sanitaria nacional). Un juez no hace, no puede hacer, valoraciones científico-técnicas. Sólo “dice” el derecho en un caso particular. Y en ese plano, justamente, lo que sí se afirma -y con énfasis- es que la vacunación debe hacerse dentro del marco de la legalidad. Tanto es ello así, que no se está prohibiendo la oferta vacunatoria.

Por lo expuesto, y las normas citadas, sin que haya motivo de condenación causídica,



FALLO:

HACIENDO LUGAR A LA PRETENSIÓN DE AMPARO.

Y EN SU MÉRITO ORDENANDO AL MSP A QUE SE LLEVE ADELANTE LOS CONTROLES A LOS QUE EL ESTADO ESTÁ OBLIGADO POR EL ART. 2 INC. 5 DE LA LEY Nº 9202.

Y A TODOS LOS DEMANDADOS POR IGUAL, A QUE SE ABSTENGAN DE TODO ACTO, HECHO U OMISIÓN QUE EXPONGA LA SITUACIÓN SANITARIA DE LAS DEMANDANTES O LES IMPONGA UN TRATO DIFERENCIAL PARA SU SALIDA Y/O RETORNO A LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY POR SU CONDICIÓN DE NO VACUNADAS CONTRA EL COVID-19.

BAJO APRECIBIMIENTO.

COSTAS Y COSTOS POR EL ORDEN CAUSADO.

HF \$ 30.000.

EJECUTORIADA, Y CUMPLIDA, OPORTUNAMENTE ARCHÍVESE.

Dr. Alejandro RECAREY MASTRANGELO
Juez Ldo.Capital

