

EL DERECHO A LA SALUD EN LA CIUDAD

Damián AZRAK * ¹

I. Introducción

La obra colectiva en la cual se inserta este trabajo se ha propuesto ofrecer una interpretación sustantiva e igualitaria de la Máxima norma porteña. En este sentido, intentaré hacer lo propio con el articulado constitucional que refiere al derecho a la salud (arts. 20, 21 y 22).

De manera introductoria es importante destacar que intentar acabar con el tratamiento de todos los temas que involucran este derecho fundamental es una empresa imposible, por lo tanto me centraré en algunas cuestiones que arbitrariamente considero que no deben escaparse al comentar el articulado constitucional.

La relevancia de este derecho, como se verá es fundamental para la concreción de otros derechos básicos: educación, salud, autonomía personal, derechos políticos, entre otros. Además, vale destacar que tan sustancial es este derecho para las personas que los reclamos judiciales que se pueden observar atraviesan todas las etapas de la vida ².

En este contexto, en lo que sigue, luego de un par de aclaraciones previas en las que se intentará delinear, por un lado, aunque sea una definición inicial del concepto salud y las responsabilidades estatales en el marco del federalismo argentino (apartado I), se hará un repaso por la práctica constitucional argentina a nivel nacional y local. Veremos también su jurisprudencia relevante en

* Abogado (UBA), Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, título de honor (UP); profesor de derecho constitucional en grado y posgrado de las universidades antes mencionadas.

1 Este artículo se vio beneficiado por los comentarios de Romina FAERMAN, Mariano VALENTINI y Guillermo SCHEIBLER. Por ello, mi agradecimiento.

2 PETRE, Carlos y URIARTE, Fernando, "Derecho a la salud y acción judicial", en RIVERA, Julio C.(h) [et. al.], *Tratado de derechos constitucionales*, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, pp. 1073-1127.

la materia (apartado II). Luego se ensayarán algunas reflexiones finales.

II. Breves aclaraciones previas

Antes de comenzar con el desarrollo del tema convocante, entiendo necesario realizar un par de aclaraciones que permiten una mejor comprensión del derecho a la salud.

a) Delineando el concepto de salud

Previo al recorrido del derecho a la salud en la práctica constitucional argentina, tanto en el nivel federal como en el porteño, me interesaría repasar aunque sea brevemente una noción sobre el derecho a la salud, sólo a los efectos de precisarlo y generar un mínimo entendimiento común.

Partiendo de la premisa de que al igual que todo el lenguaje natural, el derecho a la salud no está a salvo de ambigüedad, vaguedad y carga emotiva ³, la búsqueda de la mejor definición posible involucra, necesariamente, un ejercicio interpretativo que entiendo, en primer lugar, no debería ser encarado de manera individual, aislada, en que cada intérprete ensaya su preferencia y la viste con palabras jurídicas, sino producto de un ejercicio colectivo destinado a generar un común entendimiento sobre la temática constitucional que se esté analizado ⁴.

En este orden, la interpretación debe realizarse buscando la coherencia, tomando en cuenta lo que otras personas han venido diciendo, analizado y desarrollado. En palabras de Carlos NINO ⁵ existe un deber de considerarse a uno mismo como el

3 NINO, Carlos, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

4 MAURINO, Gustavo, "Pobreza y Discriminación: La protección constitucional de los más humildes" en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto, *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

5 NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2005.

arquitecto/a de la catedral que se viene construyendo por años, de mano en mano o, en términos de DWORKIN, como alguien que se encarna en la pluma del escritor/a de una novela en cadena que tiene un capítulo antes y un capítulo después, que alguien distinto escribirá. Para ello, la interpretación de las cláusulas debería basarse en una exploración y debate sobre la mejor justificación en términos de principios para las instituciones constitucionales, pero también tomando en cuenta las decisiones institucionales, precedentes de la Corte Suprema, el Congreso y tratando de consolidar el aprendizaje que nuestra historia constitucional pueda permitirnos ⁶. Lo propio se hará, también, con las instituciones porteñas.

Asimismo, el ejercicio interpretativo convoca a comprender los principios que esconden/justifican la protección del derecho a la salud. En palabras de Sebastián SCIOSCIOLI: “Indagar en las razones de los derechos sirve también, para determinar su alcance y para ayudar a resolver los conflictos de derechos” ⁷.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente ha manifestado que una correcta tarea interpretativa debe realizarse respetando la “unidad sistemática” de la Ley Fundamental ⁸. Así, el Alto Tribunal ha señalado que “la interpretación del instrumento que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Ley Suprema” ⁹.

6 MAURINO, Gustavo, trabajo citado *supra* en nota 3.

7 SCIOSCIOLI, Sebastián, “El alcance del derecho a la salud y sus implicancias desde las teorías de la justicia”, en CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013. p. 161.

8 Para un repaso de las pautas interpretativas de la CSJN y de la jurisprudencia relacionada con ella, véase SAGÜES, Néstor, *Interpretación constitucional y alquimia interpretativa. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

9 CSJN: “Asociación de Testigos de Jehová c/Consejo Provincial de Educación de Neuquén s/acción de inconstitucionalidad”, 9/8/2005.

Este ejercicio interpretativo comienza en lo que sigue, no sin una última advertencia: el alcance del derecho a la salud se encuentra en completo y continuo movimiento. Como marca ARBALLO, una de las características propias es la mutabilidad de sus fronteras y modalidades de satisfacción. El abanico de demandas y de posibilidades de prestación varía sensible y permanentemente con el transcurso del tiempo. Este derecho “es el más ‘inacabado’ de los derechos, en el sentido de que sus posibilidades dependen de una técnica que no termina de crecer y perfeccionarse y, por ende, de aumentar en el abanico de su exigibilidad”¹⁰.

Por ello, tal vez la mejor manera de comenzar con una definición del concepto es recoger la propuesta de la Organización Mundial de la Salud, ampliamente extendida y utilizada: “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹¹⁻¹².

Habiendo tenido un primer acercamiento al concepto de “salud” -el que se seguirá ampliando a lo largo de todo este artículo-, el siguiente apartado se concentrará en delinear y proponer quién es el responsable de garantizar este derecho, en el marco del diseño institucional argentino.

10 DE CURREA-LAGO, Víctor, “La encrucijada del derecho a la Salud en América Latina”, en YAMIN, Alicia Ely (Coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, México, Plaza y Valdés-Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), pp. 215-216 citado en ARBALLO, Gustavo, “Localizando el derecho a la salud” en CLÉRICO-RONCONI-ALDAO (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, cit., Tomo II, p. 1622.

11 Organización Mundial de la Salud, “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”, La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26^a, la 29^a, la 39^a y la 51^a Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, se han incorporado al presente texto.

12 Para un extenso recorrido por el concepto, véase TOBAR, Federico, “Salud pública y derecho a la salud”, en CLÉRICO-RONCONI-ALDAO (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Tomo I...op. cit. pp. 3-14.

b) *Sobre las competencias nacionales, locales y concurrentes en el derecho a la salud*¹³

Una última aclaración, no por ello menos importante, antes de adentrarnos en el asunto principal de este artículo resulta fundamental para el efectivo cumplimiento del derecho a la salud: determinar el alcance de las competencias del servicio sanitario en el marco del arreglo federal.

En términos generales, se podría decir que la organización federal y la división de competencias en Argentina, están ceñidos por dos principios rectores. En ellos se ven reflejadas las históricas voluntades constitucionales: la preexistencia de las unidades provinciales y la delegación expresa de competencias a los efectos de generar un Estado Nación.

El primer principio, el de “residualidad de las competencias provinciales”, está demarcado por el artículo 121 de la CN que expresa que “*las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación*”. Es decir, conservan todas las facultades que no hayan expresamente delegado.

El segundo principio, relacionado con el anterior, que se denominará de “taxatividad de las competencias federales”, se encuentra recuperado en el artículo 126 que dicta que “*las provincias no pueden ejercer el poder delegado a la Nación*”. Por tanto, el Gobierno Federal, sólo podrá ejercer las competencias taxativamente delegadas.

La individualización y contenido de las mismas surge con claridad de una lectura atenta del cuerpo legal constitucional. Sin embargo, la simpleza se complejiza con la existencia de una tercera categoría de facultades: aquellas comunes entre el Estado federal y las provincias. Entre ellas, se hallan las que expresamente fueron reconocidas en los artículos 41, 75 incisos 12, 17 y 18.

13 Lo que sigue fue trabajado con mayor profundidad en AZRAK, Damián, “El Federalismo en la Constitución Nacional”, en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 245-267.

Al respecto, la Corte en el caso “Verbitsky”¹⁴ entendió que “si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley...lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía”.

Por otro lado, la Corte también se ha expresado sobre las competencias concurrentes en casos vinculados con el derecho a la salud, analizado en al menos cuatro casos: “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo” (CSJN, 2005b), “I.C.F c/Pcia. de Buenos Aires s/amparo” (CSJN, 2008), “Obra Social Bancaria Argentina c/Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2013a) y “Nobleza Piccardo” (2015). Afirmó el Máximo Tribunal, en el primer caso, que:

“El Tribunal ha dejado bien claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:754, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708). De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad”.

En el segundo de los casos citados agregó que:

“Resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo examinado imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega de los me-

14 CSJN:“Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus”, 03/05/2005.

dicamentos que le fueran recetados a la actora como consecuencia de su enfermedad psiquiátrica, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional -mediante el Ministerio de Salud- el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista”.

En “Obra Social Bancaria”, caso en el que se vio compelido a determinar los alcances de las competencias nacionales y provinciales relacionadas con los beneficios de la seguridad social, el Tribunal entendió que:

“Importa el reconocimiento de facultades concurrentes de la Nación y las provincias sin que pueda admitirse que la Constitución las haya centralizado exclusivamente en el gobierno nacional. No cabe desconocer la atribución de las provincias de crear, conforme al principio que emana del artículo 105 (actual artículo 122) de la Constitución Nacional, sistemas de esa índole para los agentes de su administración pública, sin que el inc. 11 del artículo 67 (actual inc. 12 del artículo 75) de la Ley Suprema -máxime correlacionado con el texto no modificado del artículo 108 (actual artículo 126)- relativo al dictado de un código de la seguridad social por el legislador nacional, signifique una delegación exclusiva y excluyente en favor del gobierno central, dado que la armonización de las diversas cláusulas constitucionales exige, por la igual imperatividad de sus preceptos, tener presente lo estatuido en el artículo 14 nuevo que, en cuanto al vocablo ‘Estado’ se refiere a ambas órbitas de gobierno”.

Asimismo, luego de enunciar el contenido de los artículos 121 y 125 de la actual Constitución Nacional, indicó que:

“El ejercicio correcto de esas facultades no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la seguridad social. En ese marco deben preservarse seriamente las facultades inherentes de la administración provincial, en mérito al compromiso constitucional que exige conservar y vigorizar el federalismo; reconociendo y haciendo efectivo el poder de las provincias para gobernarse por sí mismas, y para reglar, en todo lo no delegado a la Nación, cuanto concierne a su régimen, progreso y bienestar”.

En “Nobleza Piccardo”, recuperando las consideraciones que había realizado en “Obra Social”, la Corte explica que la salubridad pública es un asunto de incumbencia compartida, sin perjuicio del

poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias y que éstas ejercen dentro de su territorio.

Inmediatamente después en el considerando 14, postula que:

“En la dinámica de la distribución de competencias en este campo, entre ambas jurisdicciones, la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquéllas -entre el Estado central y los Estados miembros- sus competencias exclusivas, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes”.

En esta cadena de fallos, y en tantos otros, el Máximo Tribunal nacional asume que el federalismo no es estático sino que permite avanzar en la concreción de políticas intercomunales y en una línea de gestión intergubernamental. Bajo esta consideración, las relaciones y convergencias entre los distintos niveles de gobierno resignifican las políticas públicas en orden a la protección de derechos fundamentales¹⁵. De este modo, la Corte confirma la validez de la norma local y concluye que está en línea con los principios constitucionales bajo análisis. En este sentido, los contenidos normativos de la ley nacional no limitan a la autoridad local en el ejercicio de sus poderes para garantizar la salud de sus habitantes.

Por su lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el punto 56 de la Observación General N°14, sugiere un criterio que propicia la “nacionalización”, como las denomina Gustavo ARBALLO, de las políticas y derechos:

“Los Estados deben considerar la posibilidad de adoptar una ley marco para dar efectividad a su derecho a una estrategia nacional de salud. La ley marco debe establecer mecanismos nacionales de vigilancia de la aplicación de las estrategias y planes de acción nacionales de salud. Esa ley deberá contener disposiciones sobre los objetivos que deban alcanzarse y los plazos necesarios para ello; los medios que permitan establecer las cotas de referencia del derecho a la salud; la proyectada cooperación con la sociedad civil, incluidos los expertos en salud, el sector privado y las organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional por la ejecución de la estrategia y el plan de acción nacionales del derecho a la salud; y

15 CSJN: “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/DGI. (Estado Nacional) s/repetición DGI”, 17/03/1998, considerandos 15 y 16.

los posibles procedimientos de apelación. Al vigilar el proceso conducente al ejercicio del derecho a la salud, los Estados Partes deben identificar los factores y las dificultades que afectan al cumplimiento de sus obligaciones”.

Al respecto, ARBALLO esboza un inventario descriptivo de posibilidades de articulación entre las localidades y la Nación en lo que hace al reconocimiento y garantía de derechos. Dentro de ellas, ubica la concepción “progresiva (o de pisos mínimos)”, que resulta relevante para este trabajo y en la cual

“Lo nacional establece un ‘piso’ común y las provincias pueden subir ese piso (ampliando la protección, mejorando coberturas y prestaciones, etc.). La asignación competencial tiene como condición necesaria un resultado que redunde en una mejor versión del derecho en cuestión. La concepción funciona en sentido *pro hominis*, empoderando a las provincias para lo mejor y no para lo restrictivo en términos del nivel de protección de un derecho”.

Esta nacionalización de los derechos y de competencias, no anula la autonomía local sino que en aras de concretar el respeto efectivo de los derechos fundamentales de toda la ciudadanía se establecen pisos mínimos de derechos, dejando al arbitrio democrático local, la mejor forma de hacer realidad la promesa normativa.

En el mismo sentido, ABRAMOVICH explica que la incorporación del Derecho internacional o estos pisos mínimos en el ámbito interno, no desplaza las competencias de las provincias, rompiendo las lógicas históricas del federalismo. Las provincias mantienen su obligación en sus propios ámbitos de competencia y por sus propias instancias estatales. La responsabilidad de las provincias y de los municipios sobre facultades delegadas y/o descentralizadas en materia de salud es ineludible. Sin embargo, producto de la práctica constitucional, se agrega un nuevo actor en esa obligación: el Estado federal. Así, explica que “el Estado nacional tiene un rol de garante final en el cumplimiento de esas obligaciones, aun en casos que resulten de competencia directa de las provincias. Se trata en definitiva de una obligación de garantía cuyo alcance aún no ha sido definido de manera clara, pero que a simple vista, ubica a las tres instancias del Estado nacional en una posición de fiador final, con el deber de activar esa garantía de protección de los derechos si el deudor principal no cumple debidamente. No se trata en consecuencia de un fiador o garante pasivo o expectante, sino que obliga a las autoridades federales a tomar acciones afirmativas y a adoptar me-

didadas efectivas para que las provincias cumplan con las obligaciones internacionales”¹⁶.

Como se vio anteriormente, la Corte Suprema Nacional a través de sus sentencias fue diluyendo, flexibilizando las barreras que tajantemente dividen lo local/nacional y pasó a comprenderlas de manera sistémica, como un conjunto de acciones estatales que tienen como objetivo consolidar un amplio espectro de derechos. Sin embargo, aunque la responsabilidad es la contracara de la facultad de acción, es dable advertir que el Máximo Tribunal no impone el mismo efecto expansivo en ese ámbito. Así, comprende que el Estado Nacional tiene una responsabilidad tan sólo subsidiaria, pues la principal le recae a las unidades locales. En los fallos “Sánchez” y “Orlando” en una resolución casi calcada, el Máximo Tribunal, en sendos séptimos considerandos, concluye que resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para llevar a cabo la entrega del recurso médico necesario sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional -mediante el Ministerio de Salud-, el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la reclamante.

Por su parte, la Justicia de la Ciudad no fue esquivada al considerar que más allá de que las competencias vinculadas a las políticas de salud no han sido delegadas por las provincias/Ciudad al Estado Federal, las normas nacionales en la temática tienen aplicación directa en el suelo local.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario¹⁷ subrayó: “la Ley N° 26.567 fue dictada por el Congreso Nacional en ejercicio de una facultad concurrente con las provincias y la Ciudad (derivada de su ‘poder de policía de bienestar o bien común’ -cfr. artículo 75, incisos 18 y 19 de la Constitución Na-

16 ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, *Revista de Salud Colectiva*, Buenos Aires, Año 2008, vol. IV, p. 265.

17 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala II: “Unión de kiosqueros de la República Argentina c/GCBA”, 21/11/2014, del voto de Dra. N. Mabel DANIELE con adhesión de Dr. Esteban CENTANARO y Dr. Fernando E. JUAN LIMA.

cional-) y resulta directa e inmediatamente aplicable en el territorio de la Ciudad”.

En otro caso vinculado a las prestaciones que deben recibir las personas con discapacidad, la misma Sala expresó que “en este contexto fue que el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 24.901, que implementó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindar una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos, disponiendo que las obras sociales tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley y que, además, el Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con necesidades especiales no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquéllas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas, los servicios que allí se enumeran, fijando un standard mínimo en materia de prestaciones para las personas con discapacidad”¹⁸.

En este apartado se ha querido demostrar que la forma en que se viene interpretando el federalismo en la práctica constitucional argentina, significa una disolución de las barreras estáticas que se construyeron para dividir las competencias de los niveles estatales. Esta disolución como vimos, toma principal relevancia cuando de derechos sociales se trata.

III. El derecho a la salud en la práctica constitucional argentina. De la Nación a la Ciudad

En la Constitución histórica, el derecho a la salud no encontraba protección explícita. Germán BIDART CAMPOS escribía que “el derecho a la salud es corolario del derecho a la vida amparado implícitamente dentro de las garantías innominadas (artículo 33 de la Constitución Nacional), de manera tal que todo desconocimiento de ese derecho queda descalificado como inconstitucional, pudien-

18 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario Sala II: “CEMIC Centro de Educación Médica e investigaciones Clínicas c/GCBA”, 15/03/2011, del voto de Dra. Nélide M. DANIELE con adhesión del Dr. Esteban CENTANARO.

do buscarse la vía de amparo para hacerlo efectivo (artículo 43 de la CN)”¹⁹.

Por su parte y en el mismo sentido, la Corte Suprema ha sostenido que el derecho a la salud es un presupuesto esencial para el aseguramiento del derecho a la vida. Cabe recordar que desde los inicios la Corte Suprema ha señalado que pesa sobre el Estado el deber de proteger la salud pública²⁰, en tanto el derecho a la salud está comprometido dentro del derecho a la vida que es “el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional y las leyes”²¹.

Por otro lado, el Máximo Tribunal no sólo sitúa este derecho bajo el paraguas del derecho a la vida, sino que echa mano a la mejor interpretación posible del Preámbulo de la Constitución Nacional al entender que “ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse con prioridad indiscutible, la preservación de la salud”²².

Como recuerda CAYUSO²³, la jurisprudencia con anterioridad a la reforma constitucional puede resultar esclarecedora. “En el caso ‘Navas Leandro J v. Instituto de Obra Medico Asistencial s/Amparo’ se sostuvo que:

‘...no obstante la ausencia de un reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, que el derecho a la vida es el primer derecho

19 BIDART CAMPOS, German, “Derecho a la Salud”, en *La Ley*, Buenos Aires.

20 CSJN: “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros c/la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios”, 14/05/1887. Considerando Cuarto.

21 CSJN: “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/autorización”, 06/11/1980.

22 CSJN: “American Cyanamid Company c/Unifa Química e Industrial S.A.”, 12/12/1970. También citado en el famoso caso tratado en la C.Nac.Cont. Adm.Fed., Sala IV: “Viceconte, Mariela C. c/E.N. -M° de Salud y Acción Social- s/Amparo Ley 16.986”, 02/06/98.

23 CAYUSO, Susana, “El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación”, en CLÉRICO-RONCONI-ALDAO (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Tomo II..., op. cit.

de la persona humana que resulta conocido y garantizado por la Constitución Nacional... Ese derecho por otra parte se vincula estrechamente con el derecho a la preservación de la salud, que de un modo particular ha adquirido mayor relevancia en el plano normativo a partir del advenimiento del denominado constitucionalismo social...'. Como bien señala Bidart Campos el derecho a la salud, es un corolario del derecho a la vida y se halla reconocido implícitamente dentro de los derechos y garantías innominados del art. 33 de la Constitución Nacional. Ello significa que toda violación al mismo queda descalificado como inconstitucional y merece defensa por aplicación del mecanismo de revisión judicial o control judicial de constitucionalidad... *Por otra parte el derecho a la vida, y su corolario el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez una directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos denominados humanos amparados...*"²⁴ (el resaltado no pertenece al original).

En este derrotero, no se pueden dejar de mencionar tres fallos de suma trascendencia en lo que hace al efectivo goce de los derechos sociales y la responsabilidad estatal, en general, y al derecho a la salud, en particular: "Benghalensis"²⁵, "Campodónico de Beviacqua"²⁶ y "Viceconte"²⁷.

En "Benghalensis", la Corte Suprema consideró que "el derecho a la salud constituye un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente

24 Juzg. Crim. N° 3, Mar del Plata: "Navas, Leandro J. v. Instituto de Obra Médico Asistencial s/Amparo", 3/5/1991.

25 CSJN: "Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional", 01/06/2000.

26 CSJN: "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/Recurso de Hecho", 24/10/2000.

27 Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV: "Viceconte, Mariela c/Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986", 02/06/1998.

de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida -principio de autonomía-”²⁸.

Agrega, que este derecho “está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva. El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”²⁹.

En “Campodónico de Beviacqua”³⁰ haciendo hincapié en la normativa internacional con jerarquía constitucional afirmó que es el “derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados partes de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”³¹.

Asimismo, resaltó que “los estados partes se han obligado ‘hasta el máximo de los recursos’ de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2, inc. 1). En lo que concierne al modo de realización en

28 Considerando 10.

29 Ídem

30 CSJN: “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/Recurso de Hecho”, 24/10/2000.

31 Considerando 18.

estados de estructura federal, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto (conf. Naciones Unidas. Consejo Económico Social. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informes iniciales presentados por los estados parte con arreglo a los arts. 16 y 17 del Pacto. Observaciones. Suiza E/1990/5/Add.33-, 20 y 23 noviembre de 1998, publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de esta Corte en 'Investigaciones' 1 (1999), págs. 180 y 181)³².

En "Viceconte", la actora inició una acción judicial de amparo colectivo a los efectos de que se ejecutase la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna contra la Fiebre Hemorrágica Argentina, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el Virus Junín; y que se implementase, en coordinación con las áreas públicas competentes, una campaña para restablecer el ecosistema.

En dicho fallo, la Cámara Contencioso Administrativo Federal afirmó que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional no sólo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas. Por otro lado, concluyó que estos "derechos sociales" -entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud- no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado. Como consecuencia, ordenó al Estado Nacional prever las partidas presupuestarias necesarias y generó un mecanismo de ejecución de la sentencia y rendición de cuentas ante el Tribunal.

A partir de 1994, reforma constitucional mediante, el derecho en análisis encuentra amparo en el artículo 42 de la Constitución

32 Considerando 19. Esta reflexión fue repetida en el reconocido caso "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud-Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar", 18/12/2003.

Nacional, que dice que “(l)os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud”.

Más allá de esta breve mención, con la inclusión con jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos, se robusteció la protección del derecho a la salud, pues todos los Tratados internacionales hacen alguna mención al mismo ³³. Estos Tratados son receptados en el artículo 75, inciso 22, CN “...en las condiciones de su vigencia...”, debiéndoselos entender “*complementarios*” de los derechos y garantías reconocidas en la CN, en tanto “*no derogan artículo alguno de [su] primera parte*”.

En este sentido, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas, entre otras, a la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental (apartado 1º), estableciendo, además, el deber del Estado de adoptar medidas a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, en particular mediante la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (apartado 2º, inc. c) así como también la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (apartado 2º, inc. d).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”) establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más

33 Entre otros, se puede citar: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12 inc. c), Convención sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica (artículo 4 inc. 1 y artículo 5 inc. 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6 inc. 1) y Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) y Convención Sobre los Derechos de los Niños (art. 24).

alto nivel de bienestar físico, mental y social (apartado 1º). Con el fin de hacer efectivo este derecho, los Estados se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar medidas para garantizarlo (apartado 2º), en particular: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables ³⁴.

En cuanto a las organizaciones internacionales, hay que destacar que la Organización Mundial de la Salud, además del amplio alcance que le otorga al derecho en cuestión y que fue mencionada en el inicio de este trabajo, señala algunos factores socioculturales que impiden el alcance al máximo nivel posible en salud, y que son de absoluta relevancia en estos autos: las desigualdades en las relaciones de poder entre hombres y mujeres; las normas sociales que reducen las posibilidades de recibir educación y encontrar oportunidades de empleo; la atención exclusiva a las funciones reproductoras de la mujer, y el padecimiento potencial o real de violencia física, sexual y emocional.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación N° 14 estableció respecto al derecho a la salud lo siguiente:

“3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que

34 En lo que respecta a la garantía de este derecho y el grupo de los niños, niñas y adolescentes, la Convención de los Derechos del Niño prescribe en su artículo 24 que “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.

se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”.

“4. Al elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como ‘un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades’. Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al ‘más alto nivel posible de salud física y mental’ no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”.

“11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”.

“12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevaletentes en un determinado Estado Parte: ... b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin dis-

criminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:... No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos...”.

Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en estos términos:

“El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 10 que *“toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”*.

En cuanto a la responsabilidad estatal en pos de garantizar este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Ximenes Lopes” ha expresado que “en relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado”³⁵.

Finalmente, es fundamental, también, hacer una lectura del derecho a la salud desde la óptica de la autonomía personal: toda

35 Corte IDH: “Ximenes Lopes Vs. Brasil”, 04/07/2006, Párrafo 89.

aquella persona que desee diseñar y materializar su propio plan de vida de manera autónoma necesita, en palabras de Carlos S. NINO “verse libre de dolores y de depresiones y perturbaciones psíquicas, contar con el funcionamiento normal de los órganos y miembros del cuerpo, no estar afectado por desfiguraciones, o sea, en suma, gozar de salud física y mental, constituye una condición que amplifica considerablemente la capacidad de elección y materialización de proyectos de vida”³⁶.

Como se dijo en las aclaraciones previas las regulaciones federales vuelven para recordar que ellas son un piso mínimo de protección al que el Estado local se encuentra obligado³⁷. En lo que sigue, ahondaré en los compromisos locales en la materia.

a) El derecho a la salud en el ámbito local

En este camino interpretativo, a nivel local, no se puede soslayar la amplia recepción de este derecho en la propia Constitución porteña. Incluso, la CABA, desde el cuerpo normativo, posee una mayor extensión que a nivel federal³⁸.

El artículo 20 da el puntapié inicial, con una serie de declaraciones bien robustas y donde se enfatiza la interrelación de los derechos: i. se garantiza la salud integral la que encuentra relación directa con la satisfacción de otros derechos fundamentales; ii. El gasto público es una inversión social prioritaria que debe ser ase-

36 NINO, C. (2007), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 2da. reimpresión, p. 225.

37 Una aclaración que resulta importante hacer a los efectos de no recaer en el prejuicio porteño: no todas las normas con mayor garantía de derechos y que marcaron posteriormente la realidad legal del país, tuvieron su nacimiento en el Gobierno Federal. Por lo contrario, en importantes casos, la conquista de esos estándares se dio pioneramente a nivel local para luego expandir sus resultados e influencia hacia el Estado Nacional. A modo de ejemplo, en materia de infancia, la ley nacional se apropió de algunas de las propuestas que ya existían en Mendoza, Tierra del Fuego y Neuquén; en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, Río Negro y Tierra del Fuego.

38 Alejandra PETRELLA realiza un interesante comentario de los compromisos constitucionales a nivel local en su artículo “Derecho a la Salud”, en BASTERRA, M., *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*, Jusbaire, Buenos Aires, 2016, pp. 273-302.

gurada con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

El artículo 21, por su parte, sienta las bases y lineamientos de lo que debía ser una Ley Básica de Salud.

El artículo 22, recuerda que la Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. Regula, habilita, fiscaliza y controla todo el circuito de producción, comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella. Coordina su actividad con otras jurisdicciones.

El texto constitucional local también garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios protegiendo -entre otros derechos- la salud (art. 46).

La ley 153 -ley básica de salud de la Ciudad- debe ser leída bajo tres prismas que el mismo cuerpo legal dicta en sus primeros artículos. El primero, establece que esta norma tiene por objeto garantizar el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin. En el segundo, explica el universo sobre el que se aplicará dicha ley: "*Las disposiciones de la presente ley rigen en el territorio de la Ciudad y alcanzan a todas las personas sin excepción, sean residentes o no residentes de la Ciudad de Buenos Aires*".

En el tercer artículo, a lo largo de sus incisos, se intenta delimitar los principios que sustentan el derecho a la salud integral. Entre ellos, la *interrelación* con otros derechos fundamentales como alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente; la *participación comunitaria* en las políticas sanitarias; la *solidaridad social* como filosofía rectora de todo el sistema de salud; *prioridad presupuestaria*, la *universalidad*, *gratuidad*, *equidad* de la cobertura; la *descentralización* del servicio; *acceso a la información* vinculada a la salud colectiva e individual y la *fiscalización y control* por la autoridad de aplicación de todas las actividades que inciden en la salud.

Por otra parte, la misma ley define que el nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de salud será la autoridad de aplicación (art. 8), quien no sólo tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud integral en el subsector estatal, sino también verificar su cumplimiento en todo el sistema de salud, el que está integrado por el conjunto recursos de salud de dependencia estatal, de la seguridad social y privada que se desempeñan en el territorio de la Ciudad (arts. 5 y 10).

Asimismo, dentro del subsector de salud estatal -definido en el art.13- se fija como objetivos, entre otros: contribuir a la disminu-

ción de los desequilibrios sociales, mediante el acceso universal y la equidad en la atención de la salud, dando prioridad a las acciones dirigidas a la población más vulnerable y a las causas de morbimortalidad prevenibles y reductibles (inc. a); desarrollar políticas sanitarias centradas en la familia para la promoción comunitaria de herramientas que contribuyan a disminuir la morbimortalidad materno-infantil, promover la lactancia en el primer año de vida, generar condiciones adecuadas de nutrición (inc. b); jerarquizar la participación de la comunidad en todas las instancias contribuyendo a la formulación de la política sanitaria, la gestión de los servicios y el control de las acciones (inc. f); asegurar la calidad de la atención en los servicios (inc. g); descentralizar la gestión en los niveles locales del subsector, aportando los recursos necesarios para su funcionamiento (inc. l); desarrollar el presupuesto por programa, con asignaciones adecuadas a las necesidades de la población (inc. n); desarrollar una política de medicamentos que garantice calidad, eficacia, seguridad y acceso a toda la población (inc. o).

Por último no se puede dejar de soslayar que en la norma se establece que recae en la autoridad de aplicación la regulación y fiscalización de los subsectores de la seguridad social y privada, del ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud, de la acreditación de los servicios, de lo atinente a medicamentos, alimentos, tecnología sanitaria, salud ambiental y todo otro aspecto que incida sobre la salud ³⁹.

ABRAMOVICH, en relación con el control estatal sobre el sector privado de salud, con claridad expresa que en la práctica constitucional se hallan sentencias que han sostenido que, en cumplimiento con las obligaciones emanadas de instrumentos internacionales, el Estado está en condiciones de imponer obligaciones sobre ese sector -como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga-. A su vez, sostiene el autor que los tribunales “han decidido que los prestadores privados guardan obligaciones especiales de cuidado hacia sus clientes y usuarios, que exceden el carácter de mero trato comercial. La justificación de estas obligaciones especiales proviene del carácter fundamental del derecho a la salud, cuya garantía aquellos sujetos privados han tomado a su cargo, y que va más allá de un acuerdo comercial” ⁴⁰.

39 Al respecto, véase el trabajo de Esteban TZICAS de esta obra.

40 ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura, “El derecho a la salud...”, op. cit. p. 269.

Al respecto y en el mismo sentido, la Sala II del fuero contencioso local entendió que “las entidades de medicina prepaga, por su objeto, tienen una proyección social que las diferencia de otras empresas comerciales, de manera que un desentendimiento de valores tales como la salud y la vida resultan contrarios a la propia actividad que desarrolla la recurrente, en una postura necesariamente reñida con la importancia de su función ⁴¹.”

1) El derecho a la alimentación, una derivación del derecho a la salud

Por otro lado, una derivación del derecho a la salud que se encuentra ampliamente recepcionado en el suelo porteño es el derecho a la alimentación adecuada que se ha entendido como una garantía para disfrutar el “más alto nivel posible de salud física y mental”. De esta manera, se ha interpretado su contenido como un elemento necesario en el efectivo ejercicio del derecho a la salud. En la legislación de la Ciudad de Buenos Aires, el derecho a una alimentación adecuada ha sido jerarquizado como requisito esencial para el efectivo goce de otros derechos siendo receptado específicamente tanto en la Constitución de la Ciudad como en la ley 114 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires.

El derecho a la alimentación es el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra por dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna ⁴².

El derecho a la alimentación adecuada se reconoce en instrumentos concretos, como la Convención sobre los Derechos del Niño (apartado c] del párrafo 2 del artículo 24 y párrafo 3 del artículo 27), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (párrafo 2 del artículo 12) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (apartado f] del artículo 25 y párrafo 1 del artículo 28), si bien su formulación más explícita, a un nivel más general, aparece en el artículo 25 de

41 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala II: “CEMIC (Investigaciones Clínicas Norberto Quirno) c/GCBA”.

42 Informe Relator Especial Derecho a la Alimentación, resolución 2000/10.

la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 y en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966. La obligación de garantizar la alimentación se encuentra reforzada en el caso de los niños, como un mínimo para evitar la desnutrición (artículo 12 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

El Comité de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴³, en su interpretación del contenido del derecho a la salud ha considerado que entre las obligaciones básicas referidas a su cumplimiento figuran, como mínimo *asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada, segura y garantice que nadie padezca hambre*⁴⁴.

Específicamente refiriéndose al derecho a la alimentación adecuada, estableció dos criterios mínimos del contenido básico de ese derecho⁴⁵:

a) disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas y aceptables para una cultura determinada;

b) accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

Respecto del régimen de alimentación el Estado debe adoptar medidas para mantener, adaptar o fortalecer la diversidad del régimen y las pautas de alimentación y consumo adecuadas, incluida la lactancia materna.

Por su parte la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, Ley 114, expresa en su artículo 6, refiriéndose a la efectivización de los derechos, que la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad, *tienen el deber de asegurar a niñas, niños y adolescentes, con absoluta prioridad, la efectivización de los derechos a la alimentación*.

Por su parte, en el artículo 23, refiriéndose específicamente a la protección del derecho a la salud establece *“A los efectos de garantizar el disfrute del nivel más alto de salud el Gobierno debe adoptar*

43 Órgano compuesto por expertos independientes que vigila la aplicación por parte de los Estados del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

44 Observación General Nro. 14 Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

45 Observación General Nro. 12 Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

medidas para: 1. reducir la morbi-mortalidad; 2. combatir las enfermedades y la malnutrición; 3. asegurar que todos los sectores de la sociedad, los miembros de la familia, y en particular los niñas, niños y adolescentes, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición, las ventajas de la lactancia materna, la higiene, el saneamiento ambiental y todas las medidas de cuidado y prevención; ...”.

De esta manera, en la Ciudad de Buenos Aires, el Estado debe garantizar prioritariamente el derecho de niños, niñas y adolescentes a una alimentación adecuada como garantía esencial para el efectivo goce del derecho a la salud.

b) Jurisprudencia porteña en materia de salud

En lo que sigue, obviamente, sin ánimos de agotar todos los temas que el derecho a la salud incluye, se pasará revista por algunos casos/sentencias que marcan el camino que se debe seguir en la materia.

1) El derecho a la salud: contenido e interdependencia

En cuanto al *compromiso y contenido* del derecho a la salud, la Sala II de la Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario ⁴⁶ enfáticamente ha expresado que:

“el derecho a la salud constituye un valor primordial de nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22)...Y a nivel local en el artículo 20 de la Constitución Ciudad Autónoma Buenos Aires, con la natural operatividad que surge de su artículo 10. Cauda destacar que entre los distintos derechos humanos existe una relación inescindible (Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto 3; Observación General N° 11, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto 2, entre muchas otras referencias. conf. Albanese, Susana, ‘Indivisibilidad, Interrelación, e Interdependencia de los Derechos’, ED. 160: 792). Por tanto, una lesión a un derecho humano genera una afectación en la integridad de la persona humana, vale decir, en las distintas dimensiones de su existencia. En tal sentido,

46 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala II: “Frías Esteban c/Hospital General de Agudos Dr. J A Fernández y otros”, 06/02/2009, del voto de Dra. Nélida M. DANIELE, Dr. Esteban CENTANARO, Dr. Eduardo A. RUSSO.

la Corte advirtió que el derecho a la salud, se vincula con el derecho a la vida (*Fallos*, 329:4918, entre muchos otros) y, naturalmente, con la integridad física (*Fallos*, 324:677, entre otros).

En ese contexto, cabe recordar que la persona humana es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí misma, resulta inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes tienen siempre carácter instrumental (CSJN, *Fallos*, 316:479, entre otros)”.

En otro interesante fallo en el que vincula el derecho a la salud, su operatividad y el derecho a la igualdad, la Sala I, con suma claridad expresa:

“El derecho al agua es un derecho operativo en tanto debe ser cumplido por los obligados sin dilaciones y sin necesidad de fijar previamente reglamentaciones que determinen la forma en que debe ser gozado. Si bien es cierto que el acceso al agua requiere de una política estatal en la materia que establezca y construya sistemas de suministro, no por ello, mientras tales políticas son definidas y las obras son implementadas, el servicio puede ser relegado u obviado. Por el contrario, debe ser brindado por medios alternativos dado que el agua es esencial para la vida.

Su carácter operativo también encuentra sustento en la íntima vinculación que une el derecho al agua con el derecho a la salud y ello permite agregar que ‘...la salud, en los modernos procesos constitucionales, ...adquiere el carácter de derecho subjetivo para los ‘ciudadanos sociales’ en las sociedades pluralistas y democráticas, al mismo tiempo que impone deberes positivos a cargo de la autoridad pública, no sólo en la asistencia sanitaria frente a la enfermedad sino muy particularmente en el plano de la adopción de medidas positivas que favorecen un mayor bienestar y calidad de vida de los ciudadanos, a través de medidas no sólo de atención de la salud sino de real y efectiva tutela del derecho a la atención sanitaria aunado a políticas de promoción de los más altos niveles de salud y calidad de vida alcanzables’ (cf. Hooft, Pedro Federico, ‘Derechos individuales vs. derechos colectivos en salud: ética y justicia’, LL, 2004-C, 1320)”⁴⁷.

La Sala I, introduce un interesante concepto que sirve para completar lo antes dicho y que se vincula con las prestaciones médicas: “adecuado”. Expresa “se trata, pues, de la prestación de un servicio

47 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala I: “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA”, 18/07/2007, del voto de Dr. Carlos F. BALBÍN, Dr. Horacio G. CORTI (Dr. Esteban CENTANARO en disidencia de fundamentos).

de salud ‘adecuado’ a las circunstancias particulares de cada quien. Ello así, máxime cuando el Estado estaría obligado a articular y complementar su actividad con el sector privado y los organismos de la seguridad social, resguardando -para supuestos especiales y en la medida de lo posible- la gratuidad de las prestaciones y la completitud de los tratamientos y medicamentos a fin de evitar mayores daños al enfermo”⁴⁸.

Este concepto, vuelve a tomar relevancia en los cientos de casos que la Justicia resolvió sobre el derecho a la alimentación. A modo de ejemplo, la Sala I, con los fundamentos del Dr. BALBÍN, expresa “en efecto, debe ponerse de resalto que el término ‘adecuado’ que mencionan varias de las normas citadas, es definido como ‘Apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo’. Así pues, la calificación que las normas imponen al derecho a la alimentación, esto es, adecuada, impone, en principio, una obligación más profunda que la simple entrega de una suma de dinero a efectos de poder comprar alimentos”⁴⁹.

Por último, en un interesante y novedoso caso en donde se discutía el tratamiento a través del cannabis en una persona con padecimientos en su salud, el concepto “adecuado” volvió a tomar relevancia. El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dr. Guillermo SCHEIBLER, determinó que “si tras la interconsulta e intercambio de información con los investigadores platenses, el personal médico del efector de la demandada considera que corresponde prescribir al actor algún producto médico relacionado con el cannabis interponga en el plazo más breve posible ante la ANMAT la correspondiente solicitud de autorización para el uso y/o ingreso al país el producto médico de que se trate, en los términos de las disposiciones 840-ANMAT-1995 y 3315-ANMAT-2005, para su suministro al actor bajo control profesional”⁵⁰.

48 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala I: “Pranteda Ercilia Catalina c/GCBA y otros”, 30/06/2010, del voto de Dr. Carlos F. BALBÍN, Dr. Horacio G. CORTI.

49 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala I: “G. N. B. c/GCBA”, 27/05/2014, del voto por sus fundamentos de Dr. Carlos F. BALBÍN.

50 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala III: “C., A. R. contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, 13/08/2015.

En su relación con otros derechos (*interdependencia*), en especial el derecho a la vivienda y acceso a agua potable, la Cámara del fuero contencioso y administrativo, sala I ha expresado que:

“no puede dejar de observarse la relevancia del derecho en juego, pues ‘el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas’, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces. En este sentido cabe resaltar que, en su reciente Resolución A/HRC/RES/27/7 distribuida el 2 de octubre de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas exhorta a los Estados a que ‘velen por que todas las personas tengan acceso sin discriminación a recursos efectivos en caso de violación de sus obligaciones respecto del derecho humano al agua potable y el saneamiento, incluido recursos judiciales, cuasijudiciales y otros recursos apropiados’ (CSJ ‘Kersich, Juan Gabriel y otros c/Agua Bonaerenses S.A. y otros s/amparo’ 42/2013 (49-K), sentencia del 02/12/14)”⁵¹.

2) La dimensión colectiva del derecho a la salud

En cuanto al derecho a la salud y su reclamo colectivo, es interesante observar el impacto del precedente “Halabi” de la CSJN en un caso donde una asesora tutelar⁵² reclamaba que el GCBA cese en su omisión de asistir a las personas menores de edad que requieran internación domiciliaria, [que] sean asistidos en Hospitales Públicos de esta Ciudad y carezcan de cobertura de salud, procediendo a gestionar la creación de un programa afín que permita a aquellas personas con alta médica y prescripción en tal sentido, egresar de los nosocomios donde se encuentran internados y continuarla en su vivienda.

En este marco, la Sala II, ante todo recordó que “el derecho a la salud, cuanto menos en casos como el de autos, posee una faz colectiva (preservación de la salud de uno de los sectores más vulnerables de la población -menores-, situación que indudablemente guarda trascendencia social) y una faz individual (el derecho subjetivo de

51 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala I: “R. N. M. y otros c/GCBA y otros”, 26/12/2016, del voto de Dra. Mariana DÍAZ con adhesión de Dra. Fabiana SCHAFRIK (Dr. Fernando E. JUAN LIMA en disidencia).

52 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala II: “Asesoría Tutelar CAYT N° 4 (Oficio ACCAYT N° 1 N° 448/13) c/GCBA”, 23/12/2015, del voto de Dr. Esteban CENTANARO, Dr. Fernando E. JUAN LIMA.

cada niño y grupo familiar de que el Estado cumpla con los planes y programas de salud a fin de no infringir sus posibilidades de desarrollo físico e intelectual)”⁵³.

Posteriormente, siguiendo el precedente “Halabi” de la CSJN⁵⁴, la Sala II entendió que el caso se sujeta a la procedencia de las acciones de clase⁵⁵, en tanto

“en las presentes actuaciones media (i) Un hecho común que afecta a una pluralidad de derechos individuales. Ello así por cuanto la acción instada encuentra su basamento en el incumplimiento del dictado de una reglamentación específica por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para casos que ameriten disponer del Sistema de Internación Domiciliaria -SID-, siendo ésta, en función de las características del grupo que resultaría afectado -situado en clara situación de vulnerabilidad social-, una cuestión de trascendencia social. Dicha situación, por lo demás, genera agravio a un grupo afectado de manera idéntica y previamente individualizado, esto es: ‘...personas menores de edad que son asistidos en los Hospitales Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y no cuentan con un sistema previsional que les permita acceder a una internación domiciliaria en idénticas condiciones con las que cuentan aquellos niños/as que sí se hallan dentro de un sistema previsional (obra social o prepaga)’. (ii) Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de la cuestión, dado que no se trata de una demanda basada en los perjuicios diferenciados que pudiesen tener los individuos afectados por la situación de marras, sino que estaría centrada en el efecto común que generaría el hecho de no contar con un protocolo de actuación frente a situaciones en las que corresponde disponer una internación domiciliaria. En suma: la posibilidad cierta de que el grupo identificado quedase sometido durante un lapso indeterminado a las afecciones a las que quedarían expues-

53 Considerando 7.

54 CSJN: “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.783-dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986 de amparo”, 24/02/2009.

55 La Sala en cuestión resumió así los requisitos: En efecto, se sujeta, la procedencia de las acciones de clase a: a) la verificación de una causa fáctica común; b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; y c) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Ello no obstante, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

tos en caso de no poder acceder a la internación domiciliaria. (iii) Finalmente, se ajusta también la presente demanda a la situación de que el ejercicio individual del derecho no aparece plenamente justificado, vale decir que el interés individual no siempre justifica una demanda aislada”⁵⁶.

Así, comprendió que debía hacerse lugar a la acción de amparo colectivo promovida, en tanto “el caso de autos encuadraría en lo que se entiende como una acción (de amparo en el caso) por omisión, en la que se pretende una tutela preventiva, que a su vez es de carácter colectiva”⁵⁷ que pretende garantizar el derecho a la salud.

3) El derecho a la salud, información del paciente y autonomía personal

En cuanto al *derecho a la salud, información del paciente y autonomía personal*⁵⁸, una sentencia de la Sala III, deja bien en claro que “el ‘quid’ del consentimiento informado radica en el hecho de que sea el paciente el que elija qué riesgos correr. Que elabore, con la información suficiente, su propio balance de posibles reveses y beneficios, y elija, en consecuencia, el camino a seguir”⁵⁹.

Sobre la misma cuestión, agrega la Sala I que “el derecho a la información y, en particular, el derecho a consentir o rechazar estudios o tratamientos médicos tiene fundamento en el principio de la autonomía individual -artículo 19 de la Constitución Nacional-.

56 Considerando 8.2.1.

57 Considerando 10.1.1.2.

58 A nivel federal, la Corte ha expresado que “es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos ‘con o sin expresión de causa’ (art. 2º inc. e)”. CSJN: “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias”, 01/06/2012.

59 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala III: “Jara Villalba María Vicenta c/GCBA y otros”, 17/02/2016, del voto de Dr. Hugo R. ZULETA con adhesión de Dr. Esteban CENTANARO.

Éste proclama el respeto por la persona e implica un derecho de no interferencia y un deber de no coartar acciones autónomas. Es decir, por un lado, el entendimiento y, por el otro, la libertad de optar por un plan de vida según sus propios valores y creencias. En el ámbito de la salud, la aplicación del principio de autonomía implica que el médico debe respetar la decisión del paciente, después de una adecuada información referente al estudio o tratamiento. Es, en consecuencia, el concreto reconocimiento a la autodeterminación, materializado a través de la fórmula del consentimiento informado. Su fundamento radica en la dignidad de la persona, el respeto a la libertad personal y el derecho a decidir su propio plan de vida”⁶⁰.

4) Herramientas para la exigibilidad del derecho a la salud

También, en la jurisprudencia local se encuentran sentencias que prestan claridad sobre el *recurso judicial idóneo* en la defensa del derecho a la salud: el amparo, tanto individual como colectivo.

Por ejemplo, dentro de los muchos que se encuentran, la Sala I del fuero, en un caso de agua potable en villas de la Ciudad, revocó la sentencia apelada que rechazó la vía de amparo y ordenó reconducir la acción. Expresó que “en la demanda se reclama el acceso al agua potable, al servicio adecuado de energía eléctrica, de alumbrado público, de recolección de residuos y red cloacal y a la desratización de la zona donde se asienta el barrio. Tales reclamos hacen nada menos que a la salud (y con ello a la vida) de los habitantes del lugar, así como a su seguridad, cuestiones todas que se afianzan sobre los principios de dignidad y ‘pro homine’ reconocidos por las normas supremas nacional y local y, en particular, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional....Es más, nótese que en la resolución apelada no se demuestra, concretamente, que los cauces procesales ordinarios -a los cuales se remite la acción deducida- resulten más idóneos que el amparo para sustanciar el debate en torno a la pretensión planteada en el escrito inicial....advírtase que, para pronunciar la inadmisibilidad del amparo en la etapa inaugural del proceso, no basta la mera existencia de otro remedio judicial previsto por el legislador, sino que ese cauce procesal alternativo debe ser eficaz para brindar protección -en el caso concreto y con la celeridad que las circunstancias exigen- a los derechos y ga-

60 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala I: “B., M. R. y otros c/GCBA”, 16/11/2001, del voto de Dr. Esteban CENTANARO, Dr. Carlos F. BALBÍN.

rantías que se dicen conculcados o amenazados....En este sentido, el tenor de los derechos constitucionales invocados no admite demoras y la necesidad de desplegar un mayor debate y prueba -invocada por el 'a quo' en la resolución recurrida- no resulta argumento suficiente frente a la afectación posible de aquéllos”⁶¹.

IV. Breves reflexiones finales

Este trabajo tuvo la intención de al mismo tiempo de hacer un repaso por la práctica constitucional argentina, nacional y local, respecto al derecho a la salud, proponer una interpretación igualitaria del mismo, en el marco de la Constitución local.

A modo de cierre me interesaría volver a resaltar aquello que marqué en la introducción de este trabajo: garantizar el más alto nivel de salud en todas las etapas de la vida a aquellas personas que habitan la Ciudad de Buenos Aires es esencial a los fines que otros derechos fundamentales que se encuentran relacionados corran la misma suerte.

En suelo porteño, este justo objetivo no requiere una revolución de los derechos sino recuperar las huellas ya transitadas -y aquí marcadas- para interpretar y ejecutar el derecho a la salud en el marco de una democracia constitucional comprometida con el autogobierno colectivo, el derecho a la autonomía personal e igualdad personal.

61 Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario. Causa Nro.: G560-2013-0. “Autos: Teseyra, Roberto Antonio y Otros c/GCBA”, Sala I. Del voto por sus fundamentos de Dr. Carlos F. Balbín. 18-09-2013. Sentencia Nro. 69.