



PRESENTA ESCRITO COMO “AMICUS CURIAE”

Señor Juez:

César Edgardo Murúa, en mi carácter de Presidente de la **Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables** en el expediente caratulado "**Fundación Interamericana del Corazón Argentina c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo**" (Expte. **A80472-2013/0**), que tramita ante V.S., constituyendo domicilio procesal en José Bonifacio 700, Piso 4, Dpto. A, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, me presento y digo:

I. Objeto

Que en representación de la Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS) vengo a presentar escrito de "*amicus curiae*" en apoyo a la acción de amparo colectivo presentada por la Fundación Interamericana del Corazón – Argentina (FIC – Argentina) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

II. Legitimación de FUNDEPS para realizar esta presentación

La Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS) es una entidad sin fines de lucro, con personería jurídica otorgada por la resolución 031/A/10 de la Inspección de Personería Jurídicas de la Provincia de Córdoba (Anexo I), cuyo objetivo es contribuir al fortalecimiento de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, que a través de procesos democráticos y participativos promueva un desarrollo sustentable y respetuoso de los derechos humanos. Con ese objetivo, FUNDEPS realiza diferentes acciones para promover el cumplimiento efectivo de los derechos humanos y en particular de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellas la realización de presentaciones en tribunales locales, internacionales y ante organismos internacionales de monitoreo de los derechos humanos. Tales acciones se justifican en el marco de su Estatuto (Anexo II), de donde surge claramente la potestad de la FUNDEPS para presentar este "*amicus curiae*" en defensa del derecho humano a la salud.

III. Introducción

Desde FUNDEPS realizamos la presente intervención ciudadana por diversas razones. En primer medida, consideramos que el caso en discusión importa relevancia respecto del respeto y protección del derecho a la salud y a un ambiente sano, dos temas de máximo interés para nuestro trabajo. Asimismo, FUNDEPS tiene un interés particular en el tema de control



de tabaco, considerando el gravísimo impacto que el tabaquismo genera en la salud. De modo más general, valoramos especialmente este caso en la medida en que constituye un ejemplo en el que una organización sin fines de lucro recurre a las instancias judiciales para reclamar acciones positivas tendientes a la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Ante la ausencia de una reglamentación específica de la figura de amicus curiae ante este tribunal, seguimos los lineamientos de la acordada 7/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que aprueba un reglamento para la figura de amicus curiae y de la Ley de Procedimientos ante el Tribunal Superior (Ley 402) que en su artículo 22 regula esta figura para los casos ante ese tribunal. En vistas a esa normativa, hemos dado cuenta de nuestro conocimiento de las temáticas de derecho humanos en general y derecho a la salud en particular. A los fines de esta presentación, fijamos domicilio procesal en José Bonifacio 700, 4to “A”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dejamos de manifiesto que con este escrito pretendemos apoyar la demanda de la Fundación Interamericana del Corazón – Argentina (FIC – Argentina) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Informamos además que no hemos recibido financiamiento o ayuda económica de ningún tipo de ninguna de las partes ni asesoramiento para los fundamentos de esta presentación. Finalmente, el resultado de este proceso no representará beneficios patrimoniales ni directos ni indirectos para nuestra institución.

En la primera parte de esta intervención nos referiremos al impacto del tabaquismo en la Argentina, para continuar con el desarrollo del contenido y alcance del derecho a la salud. Luego, haremos referencia al nuevo paradigma que da al Poder Judicial un rol más activo en lo que hace a la prevención de daños a la salud y medio ambiente en el derecho Argentino. Finalmente analizaremos el rol del poder judicial en la garantía de los Derechos Humanos. Concluiremos apoyando el amparo interpuesto por FIC Argentina, considerando necesario que el Gobierno de la Ciudad tome las medidas efectivas para garantizar el cumplimiento de la ley de control del tabaco y que el poder judicial debe exigir tales conductas, a los fines de una adecuada protección del derecho a la salud.

IV. Los impactos del uso de productos de tabaco y el foco de la industria en jóvenes

La exposición a humo de tabaco ajeno (o humo de segunda mano, como se lo suele llamar) es causa probada de enfermedad y muerte en



personas que no fuman. Cada año mueren en el mundo 600.000 personas (que no fuman) como consecuencia de la exposición a humo de tabaco ajeno¹.

En todo el mundo, aproximadamente el 33% de los hombres que no fuman y el 35% de las mujeres que no fuman están expuestos regularmente al humo de segunda mano en ambientes cerrados, y entre los niños, el 40% están expuestos al humo de segunda mano en ambientes cerrados².

La exposición al humo de segunda mano aumenta entre 25 y 30% el riesgo de padecer enfermedades cardíacas coronarias³ y aumenta entre 25 y 35% el riesgo de padecer un evento de enfermedad cardíaca coronaria grave, y entre 20 y 30% el riesgo de desarrollar cáncer de pulmón y hasta un aumento de riesgo de un 75% de sufrir cáncer de mama⁴. La exposición al humo de segunda mano se relaciona en gran medida con infecciones tuberculosas y tuberculosis⁵.

El humo de segunda mano se relaciona en gran medida con muchos síntomas crónicos y respiratorios que padecen las personas no fumadoras, tales como tos, flemas, respiración sibilante y falta de aire⁶.

¹ Traducción propia: EE.UU Instituto de Medicina. Exposición al humo de Tabaco ajeno y los efectos cardiovasculares: Dándole sentido a la evidencia. Washington, DC. Instituto de Medicina, 2009. Original en inglés: Institute of Medicine. Secondhand smoke exposure and cardiovascular effects: Making sense of the evidence. Washington, DC: Institute of Medicine, 2009.

² Traducción propia: Oberg M, Jaakkola MS, Woodward A, Peruga A, Pruss-Ustun A. Carga Mundial de enfermedades por exposición al humo de segunda mano: un análisis retrospectivo de la información de 192 países. Lancet 2010. Original en inglés: Oberg M, Jaakkola MS, Woodward A, Peruga A, Pruss-Ustun A. Worldwide burden of disease from exposure to second-hand smoke: a retrospective analysis of data from 192 countries. Lancet 2010

³ Traducción propia: EE.UU Instituto de Medicina. Exposición al humo de Tabaco ajeno y los efectos cardiovasculares: Dándole sentido a la evidencia. Washington, DC. Instituto de Medicina, 2009. Original en inglés: U.S. Institute of Medicine. Secondhand smoke exposure and cardiovascular effects: Making sense of the evidence. Washington, DC: Institute of Medicine, 2009.

⁴ Traducción propia: [Miller MD](#), [Marty MA](#), [Broadwin R](#), [Johnson KC](#), [Salmon AG](#), [Winder B](#), [Steinmaus C](#); Agencia de Protección Ambiental de California. La asociación entre la exposición al humo ambiental de tabaco y el cáncer de mama: una revisión de la Agencia de Protección Ambiental de California. Prev. Med 2007 Feb; 44 (2): 93-106. Epub 2006 Oct 5. Original en inglés: [Miller MD](#), [Marty MA](#), [Broadwin R](#), [Johnson KC](#), [Salmon AG](#), [Winder B](#), [Steinmaus C](#); [California Environmental Protection Agency](#). **The association between exposure to environmental tobacco smoke and breast cancer: a review by the California Environmental Protection Agency.** [Prev Med](#). 2007 Feb;44(2):93-106. Epub 2006 Oct 5.

⁵ Traducción propia: Organización Mundial de la Salud, La Unión Internacional contra la Tuberculosis y el Cáncer al Pulmón-La Unión-. Una monografía en Tuberculosis y el control de tabaco de la OMS/La Unión. Ginebra: OMS, La Unión, 2007. Original en inglés: World Health Organization, The International Union against Tuberculosis and Lung Disease (The Union). A WHO/The Union Monograph on TB and Tobacco Control. Geneva: WHO, The Union, 2007.

⁶ Traducción propia: EE UU Departamento de Salud y Servicios Humanos. Las consecuencias a la salud de la exposición involuntaria al humo de tabaco: Un reporte del Cirujano General. Atlanta, 2006. Original en inglés: U.S. Department of Health and Human Services. The Health



Ha sido demostrado que para las personas expuestas severamente al humo (como puede suceder en un trabajador de bares o discotecas donde la concentración de humo llega a ser muy elevada), el riesgo coronario equivale al de un fumador habitual de 1 a 9 cigarrillos diarios⁷.

El tabaquismo en Argentina. El incumplimiento de la normativa de control de tabaco en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Según el Ministerio de Salud, la epidemia del tabaquismo afecta en Argentina a casi 9.000.000 de personas. El consumo de tabaco es la primera causa evitable de muerte prematura: produce más de 40.000 muertes anuales. De acuerdo al Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, nuestro país gasta cada año más de 20.000 millones de pesos en atender las enfermedades que provoca la adicción al tabaco y 6.000 personas que no fuman mueren como consecuencia de la exposición al humo de tabaco ajeno.

Respecto del problema del humo de tabaco ajeno, un relevamiento realizado por FIC Argentina y la Alianza Libre de Humo de Tabaco Argentina (ALIAR) en casi 40 locales de la CABA demuestra que no se cumple la ley nro. 1799. El relevamiento de observación directa, realizado por FIC Argentina junto con la ALIAR en los primeros meses de 2013, indica que de las 38 discotecas analizadas, se observaron personas fumando en el 95% de los casos. Estos datos demuestran que en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no se cumple con la normativa vigente desde 2012, Ley N° 3718 (modificatoria de la Ley N° 1799), que indica que todos los espacios cerrados públicos o privados de acceso público, deben ser libres de humo de tabaco, sin excepciones.

El hecho de que sean bares y discotecas los espacios en los que se incumple de manera sistemática la ley de control de tabaco se vincula con las estrategias de la industria del tabaco que se enfocan en jóvenes. Las empresas tabacaleras desarrollan campañas de medios de comunicación perfectamente premeditadas para atraer nuevos fumadores jóvenes. La

Consequences of Involuntary Exposure to Tobacco Smoke: A Report of the Surgeon General. Atlanta, 2006.

⁷ Traducción propia: EE UU Departamento de Salud y Servicios Humanos. Cómo el humo de tabaco causa enfermedades: la biología y las bases de comportamiento por enfermedades atribuibles al consumo de tabaco: un reporte del Cirujano General. Rockville, MD: Departamento de salud y Servicios Humanos, Servicio de Salud Pública, Oficina del Cirujano General, 2010. Original en inglés: U.S. Department of Health and Human Services. How tobacco smoke causes disease: the biology and behavioral basis for smoking-attributable disease: a report of the Surgeon General. Rockville, MD: Dept. of Health and Human Services, Public Health Service, Office of Surgeon General, 2010.



documentación interna de la industria muestra que las empresas tabacaleras vieron un mercado clave en los niños y adolescentes, estudiaron sus hábitos de consumo de tabaco y desarrollaron productos y campañas de marketing dirigidas directamente hacia ellos⁸. Más de la mitad (55.1%) de los estudiantes está expuesto al humo de tabaco ajeno en lugares públicos⁹. Esto tiene consecuencias especialmente graves para jóvenes: La exposición al humo de segunda mano entre los adolescentes se relaciona con un mayor riesgo de factores de enfermedades cardiacas, tales como mayores niveles de engrosamiento de las paredes arteriales y el futuro endurecimiento de los vasos sanguíneos.¹⁰ A pesar de ello, el 78.3% de los estudiantes de todas las regiones piensa que debería estar prohibido fumar en todos los lugares públicos¹¹.

V. Contenido y alcance del derecho a la salud

El derecho a la salud en la normativa internacional y su relevancia en el ordenamiento jurídico argentino

Es importante destacar los elementos que caracterizan al derecho a la salud en el plano internacional, ya que nuestra constitución ordena realizar esa conexión al incorporar con jerarquía constitucional los tratados internacionales de derechos humanos.

En esta línea, es pertinente nombrar los tratados y pactos de carácter internacional que conceptualizan, definen y caracterizan al derecho a la salud, a saber: el Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 24 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN), 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),

⁸ Perry CL. The Tobacco Industry and Underage Youth Smoking: Tobacco Industry Documents from the Minnesota Litigation. Archives of Pediatric and Adolescent Medicine. 1999;153:935-941

⁹ Warren CW, Jones NR, Peruga A, Chauvin J, Baptiste JP, et al. Global Youth Tobacco Surveillance, 2000-2007. CDC Morbidity and Mortality Weekly Report. 2008;57(SS-1).

¹⁰ Kallio K, Jokinen E, Saarinen M, Hamalainen M, Volanen I, Kaitosaari T, et al. Arterial intima-media thickness, endothelial function, and apolipoproteins in adolescents frequently exposed to tobacco smoke. Circ Cardiovasc Qual Outcomes 2010;3(2):196-203.

¹¹ Warren CW, Jones NR, Eriksen MP, Asma S. Patterns of global tobacco use in young people and implications for future chronic disease burden in adults. Lancet. 2006; 367:749-753; Mochizuki-Kobayashi, Fishburn B, Baptiste J, El-Awa F, Nikogosian H, Peruga A, et al. Use of Cigarettes and Other tobacco Products Among Students Aged 13-15 Years — Worldwide, 1999-2005. CDC Morbidity and Mortality Weekly Report. 2006;55(20):553-556.



y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 25 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

En particular, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) define el derecho a la salud como aquél "*derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*". Con la ratificación de este tratado, el Estado ha quedado jurídicamente obligado a **garantizar** el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, y no puede excusarse en la falta de recursos disponibles para justificar su incumplimiento¹². En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), ha expresado que: "*Los Estados Parte tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto*"¹³.

Asimismo, los tratados internacionales citados enuncian una serie de acciones que deben llevar a cabo los Estados Partes. Entre las más frecuentes, podemos mencionar:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Lo esencial a recalcar en este punto es el derecho a la salud como tal y su vinculación con la presentación de la amparista apelante. Para conceptualizar el derecho a la salud recurrimos a la Observación General Nro.14¹⁴ del CDESC debiéndose considerar la opinión del Comité, que tiene por función interpretar los derechos consagrados en el PIDESC. La Constitución Nacional otorga validez a estos comentarios como fuente

¹² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [En línea] Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [Fecha de acceso 12 de marzo de 2008]

¹³ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General N° 14. E/C.12/2000/4. 11 de agosto de 2000

¹⁴ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).



primaria de interpretación ya que en el inciso 22 del artículo 75 se expresa que los pactos tendrán validez “en las condiciones de su vigencia”, lo cual ha sido entendido por nuestro máximo tribunal como incluyendo los antecedentes de los órganos oficiales de interpretación¹⁵.

Esta observación, en primer lugar define al derecho a la salud como “*un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos*”. El derecho a la salud debe ser entendido junto con otros como el derecho a la vida¹⁶. El derecho a la salud crea una serie de obligaciones para el Estado. Como bien ha sido expresado por el CDESC¹⁷, el Estado debe abstenerse de realizar actos que atenten contra el derecho a la salud para así *respetar* su disfrute. Asimismo, el Estado tiene la obligación de *proteger* el derecho a la salud a través de medidas que impidan a terceros a que interfieran con él. Por último, el derecho a la salud también requiere que el Estado adopte la medidas necesarias (sean de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial, etc.) para *cumplir* con el pleno goce del derecho¹⁸. Además, tal como ha establecido el CDESC en su interpretación, se debe recalcar que la falta de acción, u omisión, por parte del Estado podría consistir en una violación del derecho: “*Los Estados también pueden conculcar el derecho a la salud al no adoptar las medidas necesarias dimanantes de las obligaciones legales. Entre las violaciones por actos de omisión figuran el no adoptar medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, el no contar con una política nacional sobre la seguridad y la salud en el empleo o servicios de salud en el empleo, y el no hacer cumplir las leyes pertinentes*”¹⁹.

Nuestra jurisprudencia ha seguido estos lineamientos marcados en el derecho internacional de derechos humanos. En el caso “*Campodonico*

¹⁵ CSJN, “Giroldi, Horacio y otro”, sentencia del 7/4/1995, LL, 1995-D, 462.

¹⁶ Cabe recordar que la CSJN ha entendido que “la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional) (Fallos: 323:1339)

¹⁷ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto. El Comité publica su interpretación de las disposiciones del Pacto, en forma de observaciones generales. Su página web es: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIndex.aspx>.

¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párrs. 50-52.

¹⁹ Op. Cit., párrs. 47-49.



de *Beviaqua*"²⁰ la CSJN, a partir de la interpretación del artículo 28²¹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **impuso al Estado federal la obligación de garantizar prestaciones básicas de salud pública** cuando habían fallado en proveerlas sectores privados y las propias provincias.

Se estableció en este caso que **le correspondía al Estado nacional una obligación de garante final de los derechos consagrados en los tratados internacionales**, en particular con relación al derecho a la salud, y que el Estado nacional no podía excusarse en el incumplimiento de las instancias provinciales, para no cumplir con su propia obligación. "*Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud-comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga*" (el resaltado nos pertenece).

A los fines de esta presentación, destacamos que el derecho humano a la salud genera obligaciones concretas que pueden violarse por omisión. Asimismo, es claro que el cumplimiento de esas obligaciones exige hacer cumplir las leyes pertinentes, ya que no se agotan con aprobaciones formales.

La faz colectiva del derecho a la salud

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. C. 823. XXXV. 24/10/2000. [En línea] Corte Suprema de Justicia de la Nación [fecha de acceso 25 de marzo de 2008]. URL disponible: http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=125162%26fori=RHC00823.352

21 Artículo 28 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cláusula Federal:

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.



La salud es un claro derecho colectivo, más allá de que, al mismo tiempo, tenga un indudable carácter individual. Este extremo está bien descrito en el Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Benghalensis” -a cuyos fundamentos se remitió la CSJN al admitir la legitimación de la Asociación demandante:

“... conforme surge de los estatutos de los amparistas, (...) tienen por objeto la lucha contra el SIDA y, en consecuencia, están legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la ley 23.798 y de su decreto reglamentario.

*“Así lo pienso, toda vez que **fundan su legitimación para accionar, no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud**, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA”²² (el destacado nos pertenece).*

El derecho a la salud se encuentra entonces dentro de un grupo de derechos descritos por la CSJN de la siguiente manera: “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”²³. La observación general 12 del CDESC marca claramente ese perfil colectivo: “*toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional*”²⁴. Se hace referencia expresamente a los grupos de persona. En ese sentido, el CDESC profundiza aún más la importancia de una mirada colectiva sobre el derecho a la salud de la siguiente manera: “*con independencia de que los grupos en cuanto tales puedan presentar recursos como titulares indiscutibles de derechos, los Estados Partes están obligados por las obligaciones colectivas e individuales enunciadas en el artículo 12. Los derechos colectivos revisten importancia crítica en la esfera de la salud; la política contemporánea de salud pública se*

²² CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” sentencia del 1 de junio de 2000, Fallos: 323:1339.

²³ CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24 de febrero de 2009, Fallos: 332:111.

²⁴ CDESC, Observación General N° 14, *supra* n. 5, párr. 59.



*basa en gran medida en la prevención y la promoción, enfoques que van esencialmente dirigidos a los grupos*²⁵.

La protección del derecho a la salud en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece en su artículo 20 *“se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente...”*. Asimismo, la Constitución en su artículo 10 reconoce la aplicación de todos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales en ella incorporados. Es decir, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se enmarca claramente en la línea establecida por la Constitución Nacional.

Es cierto que la Ciudad ha dado un significativo paso en el año 2010 cuando decidió instaurar los Ambientes Libres de Humo modificando la ley 1.799 a través de la ley nro. 3718. Justamente en sus considerandos se destacó la importancia de sumarse a la lectura internacional que se estaba dando dentro de los derechos humanos del derecho a la salud y del tabaquismo. Incluso, actualmente la CABA expresa a través de su web oficial la importancia del derecho a la salud en relación al tabaquismo al reconocer que *“Se trata entonces de un importante avance de la Ciudad para proteger la salud de todos (en relación a la ley nro. 1.799), porque sólo con ambientes 100% libres de humo de tabaco se evita respirar las miles de sustancias tóxicas que emana el cigarrillo, como arsénico, cianuro, plomo, acetona, etc., que permanecen en el ambiente por 14 días aunque se ventile*²⁶.

Desde la perspectiva del derecho internacional de derechos humanos, la CABA debe utilizar los recursos necesarios, no sólo para controlar y sancionar a infractores de una normativa local de “no fumar”, sino también para proteger el derecho a la salud a través de la implementación de políticas serias que atañen al cuidado de la vida de la persona humana ante la enfermedad más seria que azota a los habitantes de nuestro país. Es decir, de lo citado se desprende que la obligación del Estado no sólo es sancionar infractores, sino cuidar el derecho a la salud y a la vida de sus ciudadanos.

²⁵ Op. Cit., párr. 30.

²⁶

Ver http://www.buenosaires.gob.ar/areas/salud/programas/tabaco/libre_humo.php?menu_id=3454
5



Es decir, tanto el marco constitucional como el legal exigen al Estado de la CABA que tome las acciones necesarias para proteger el derecho a la salud. Es muy relevante el paso dado de adecuar la normativa de protección frente al tabaquismo, en particular frente al humo de tabaco ajeno pero ese paso legal debe estar acompañado por esfuerzos concretos para asegurar el cumplimiento de esa normativa y, de ese modo, alcanzar una mejor protección del derecho a la salud.

VI. La prevención de daños en el derecho argentino

El poder judicial en el contexto de los derechos humanos en el siglo XXI no está solamente para asignar reparaciones monetarias ante un daño comprobado; la nueva concepción debe darle un valor extra a la vida humana y no solo una concepción económica. En el apartado anterior ejemplificábamos algunas de las medidas que los pactos y convenciones establecen para que de forma progresiva el Estado asegure el derecho a la salud. Entre ellas, el PIDESC destaca la importancia de la prevención en su artículo 12 inciso c²⁷.

El derecho a la salud en un contexto de derechos humanos representa la **prevención** del daño. Respecto a esto, la Observación General Nro.14 enuncia: *“se exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento (...) y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género”*. Ni el poder judicial, ni el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en particular pueden desprenderse de esto.

La importancia de la prevención de daños

A partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 y por necesidad de los tribunales de dar soluciones a temas cada día más complejos, se ha gestado un nuevo paradigma encaminado a la prevención. Adelantarse a la comisión de los daños tiene una mayor incidencia en los costos y beneficios para la sociedad en su conjunto. Este paradigma, acorde a los tiempos actuales, está relacionado asimismo con un nuevo modo de ver el proceso: el poder judicial no se limita a reparar los perjuicios sino que tiene como finalidad prevenir eventuales daños personales o colectivos.

²⁷ PIDESC, artículo 12 inciso c: "la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas"



Nuestro ordenamiento jurídico interno no es ajeno a la tutela preventiva. La Constitución Nacional consagra en su art. 43 la modalidad del amparo preventivo, protegiendo a los ciudadanos de *amenazas* de actos lesivos de futuro próximo. En proyección, encontramos diversas aplicaciones concretas de la *amenaza de lesión* en diversas normas, como mencionaremos más adelante.

La prevención impone a los organismos del Estado asumir un rol fundamental, exigiendo el cumplimiento de las leyes. En este sentido, también el poder judicial está teniendo un rol más activo responsabilizando y demandando a los otros poderes, el cumplimiento de su rol, especialmente a los poderes ejecutivos, responsables de hacer cumplir las leyes a través de sus poderes de policía. Esta intervención judicial preventiva está fundada en la Carta Magna a través del art. 75, inc 22 que impone el derecho a una tutela judicial efectiva. Si el poder administrador no ejerce sus competencias u omite velar por la seguridad de los ciudadanos, son los jueces quienes deben evitar la violación del ordenamiento jurídico, o, en su defecto, disponer la reparación. Sin embargo, no referimos a un carácter subsidiario o por defecto del poder administrador, sino en ejercicio de facultades y cumplimiento de deberes propios, como garante de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.²⁸

La prevención en diversas figuras del ordenamiento jurídico argentino

Tal como indicábamos, se han creado herramientas concretas con el fin de prevenir daños en diversas materias. Podríamos generalizar y decir que, salvo en materia penal, todas las demás materias regulan en algún punto la prevención de daños.

En el ámbito civil, encontramos en el derecho romano la acción "*cautio damni infecti*" incorporada como acción de obra nueva o daño temido en el artículo 2499 de nuestro Código Civil, por el cual "*quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares*".

El nuevo código unificado, recientemente aprobado, prevé la tutela preventiva en todas las instituciones de familia, derechos reales, sociedades, quiebras, contratos, relaciones de consumo e incorporando, incluso el derecho de exigir reparación por daños de manera preventiva. Dice

²⁸ La tutela argentina y la acción preventiva en el derecho argentino por José Antonio Reviriego



el art. 1708 que el título de responsabilidad civil y sus disposiciones “...son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”.

La relevancia de la prevención para el legislador nacional y para los redactores del código civil es tal que los primeros cuatro artículos de responsabilidad regulan la función preventiva: El art. 1710 obliga a todas las personas a prevenir daños, debiendo adoptar “*las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud...y c) no agravar el daño, si ya se produjo*”; esto va acompañado con la creación de una acción preventiva, la que procede “*cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”, estando legitimados para “*reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño*” (arts. 1710, 1711, 1712, Nuevo Código Civil).

Por su parte, en el ámbito procesal, existen diversos procesos dirigidos a evitar daños de manera preventiva como es el caso de las medidas cautelares, inhibitorias y las medidas autosatisfactivas. El artículo 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dice que el peticionante “...*puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas, si no mediere anterior intervención de autoridad administrativa por el mismo motivo*”.

En el ámbito laboral, la creación de la ley de riesgos del trabajo contiene en sus objetivos “*reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo*” (art. 1º, apart. 2, a).

En el ámbito Medioambiental, íntimamente vinculado al derecho a la salud, la ley 25.675 dispone el principio de prevención “*las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir*.” La normativa de referencia ha ido más allá y ha creado el principio precautorio, con su respaldo procesal: el art. 4 habilita al poder público a intervenir en aquellos supuestos donde, a falta de prueba científica absoluta, se sospecha que determinadas actividades o productos pueden ser portadores de un grave riesgo para la salud o el medio ambiente. Esta herramienta político jurídica de gestión de riesgos inciertos en el marco de lo ambiental constituye uno de los modos que está adoptando la sociedad actual para encarar la gestión de nuevas clase de riesgos vinculados con la incertidumbre científica, riesgos “potenciales”, que no pueden determinarse con certeza pero respecto de los que existe sospechas fundadas científicamente que pueden llegar a existir. Existe una variedad de acciones precautorias posibles: mayor investigación antes de lanzar un producto al



mercado, etiquetado obligatorio de advertencia al consumidor -en productos transgénicos, por ejemplo.-, ciertas restricciones o exigencias sobre una determinada práctica (producción limpia; agricultura orgánica, requerimientos de pre-mercado o de pre-actividad) hasta llegar a una eliminación gradual de la actividad potencialmente dañosa o a una total prohibición. Esta actividad involucra, por definición, anticiparse a hechos futuros y adentrarse en el terreno de lo desconocido.

Ahora bien, todas estas formas de actuación procesal de prevención tienen como base ciertas pautas establecidas sobre lo que puede generar daño. En este sentido, el derecho a la salud se basa en la prevención ya que el no tener salud importa asumir la violación del derecho a la salud. Esto fue lo que motivó la creación de una normativa clara sobre tabaco, distribuyendo derechos y obligaciones a todos los actores involucrados, lo que ha sido debidamente explicado en otros puntos.

VII. El rol del poder judicial en la garantía de derechos humanos

Como enunciábamos en un comienzo, el derecho a la salud ha quedado consagrado en numerosos tratados internacionales. Si el Estado es garante final del cumplimiento del derecho fundamental a la salud, debe entonces disponer de vías o recursos de reparación judiciales y administrativos efectivos ante potenciales afectaciones de ese derecho por autoridades locales.

Surge así la necesidad de replantearse el rol tradicional del poder judicial en este marco protectorio del derecho a la salud, como derecho humano fundamental. Podemos hacer esto desde la perspectiva impuesta por la propia CSJN: *“le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados”²⁹*

La legislación sancionada en la materia por el Congreso Nacional constituye una de las medidas adoptadas por el Estado para cumplir

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 328:1146, el resaltado nos pertenece.



con sus obligaciones internacionales previstas en los pactos y tratados de derechos humanos relativas al derecho a la salud. Por ende, el incumplimiento por parte de la administración nacional de obligaciones establecidas por la ley, abren la posibilidad de reclamo individual o colectivo, a efectos de exigir su cumplimiento. Es así como, conforme a un coherente equilibrio en la división de tareas de los tres poderes del Estado Nacional, el Poder judicial debe velar por el efectivo cumplimiento de las políticas aprobadas por los órganos políticos, en este caso en particular, la ley de Control de Tabaco.

La CSJN ha tenido oportunidad de referirse al rol que deben desempeñar los jueces en causas en que se discutieron problemáticas referidas a derechos humanos. Entre otras, es valioso destacar lo dicho en ocasión de la causa "Mendoza" en la que se afirmó de manera clara que *“(...) la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.”*³⁰

Fue a partir de la reforma constitucional de 1994, que la CSJN ha participado con mayor énfasis en el ámbito de revisión de la esfera de los otros poderes, que escapaban anteriormente al tratamiento por no encuadrar en los característicos casos que tienen afectación de un interés jurídicamente protegido individual y particularizado. De este modo, se interpreta de otro modo la doctrina clásica de las razones de oportunidad mérito o conveniencia. De acuerdo a ella, se entiende que *“las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias, no están sujetas al control judicial...”*³¹. La postura respecto de qué se entiende como una decisión de mérito y conveniencia al margen del control del poder judicial ha ido restringiéndose. No puede justificarse como de mérito o conveniencia una decisión que impida el pleno ejercicio de un derecho humano. Así, la CSJN ha dicho este año que el ejercicio de la función administrativa concebida como gestión puede revisarse, e incluso puede exigirse que el Estado ejecute *“los controles y acciones necesarias para que cumpla debidamente con las obligaciones emergentes”* de la ley. Se afirma a su vez, dentro del análisis del art. 42 de la Constitución Nacional, que este artículo impone el trato digno para los usuarios y consumidores, debiendo el Estado *“adoptar medidas para que este*

³⁰ CSJN, 20/06/2006, cons. 18 del voto de la mayoría. El resaltado no está presente en la resolución judicial

³¹ (Fallos: 98:20; 147:402; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302:457; 303:1029; 308:2246)



*sea atendido como una persona humana; y que el deber constitucional de seguridad debe guiar la conducta del Estado así como la de los organizadores de las actividades que directa o indirectamente se vinculen con la vida y **la salud de las personas***³².

En los considerados del Dr. Fayt los conceptos se esclarecen: dice el Juez que el Tribunal ha sostenido que "*quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales en las que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas. No se cumple con ello cuando los servicios son atrasados, descuidados,... porque la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos, (...) lo que no autoriza a el incumplimiento del estándar mínimo constitucional*".

Asimismo, vale recordar que la CSJN también se ha pronunciado respecto a la negativa a brindar tutela judicial justificada en apreciaciones meramente ritual e insuficiente de las alegaciones de las partes. Entiende nuestro máximo tribunal que tal negativa es improcedente toda vez que la institución tutelada por el artículo 43 de la Constitución Nacional tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 320:1339, 325:1744 y 329:899).

Es decir que siguiendo antecedentes de la CSJN, se entiende que los actos (incluyendo las omisiones) de los poderes políticos que impidan el pleno ejercicio de derechos humanos no están al margen del control del poder judicial. Al mismo tiempo, razones de rito no pueden significar un debilitamiento de la figura del amparo, como garantía de la efectiva protección de derechos.

Sin embargo, la sentencia de primera instancia del amparo presentado por FIC Argentina contra el Gobierno de la CABA parece desconectar al poder judicial de la responsabilidad de dar una respuesta en relación a la omisión de cumplir con la normativa de control de tabaco de la CABA. La jueza de primera instancia entiende que esta omisión es ajena a su control por tratarse de una cuestión de "oportunidad y conveniencia". No coincidimos con este criterio. Oportunidad y conveniencia sería en términos sencillo tener en el presupuesto de salud dinero para hacer un hospital y decidir hacerlo en un barrio o en otro; lo que no sería oportunidad y conveniencia sería que teniendo el dinero no se construya. En el caso de

³² "Unión de Usuarios y Consumidores el EN - MO V E -Inf. - See. Transporte - dto. 104/01 y otros proc. sumarísimo (art. 321, ine. 2°, CPCC)". (el resaltado nos pertenece).



marras estamos ante el mismo planteo: oportunidad y conveniencia sería la planificación de control (un día una zona, al día siguiente otra, etc.), lo que no es oportunidad y conveniencia es la decisión de controlar o no.

Nuevamente y para que quede claro el punto debemos enfatizar que el control no es un fin en sí mismo, sino que se enmarca dentro del universo de los programas de prevención a los que están obligados los Estados que son parte de todos los tratados citados para reducir los daños a la salud, en este caso, a consecuencia del tabaco. Por ende, el deficiente control por el que opta el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires viola a través de la omisión, la Constitución Nacional y la Constitución de CABA (Artículo 20) y el poder judicial, como garante de derechos humanos, tiene la obligación de intervenir, exigiendo la actuación de los órganos políticos que posibilite una adecuada protección.

VIII. Conclusión – Petitorio

Por estas razones, pedimos que se tenga en cuenta este Amicus Curiae desarrollado por FUNDEPS con el objetivo de apoyar el amparo colectivo interpuesto por FIC Argentina. De este modo, se estará asegurando el derecho a la salud frente a una amenaza gravísima como lo es la exposición a humo de tabaco ajeno en particular, y el tabaquismo en general. Asimismo, se estará marcando un antecedente relevante respecto del rol del poder judicial como garante de derechos humanos, idóneo institucionalmente para instar la actuación de los poderes políticos a los fines de asegurar el respeto de derechos humanos.

Por todo lo expuesto, solicito al Sr. Juez:

- a) Se tenga por presentado este escrito de “*amicus curiae*”, junto con los citados Anexos I y II, y se declare su admisibilidad formal.
- b) Se tengan en cuentas las consideraciones que allí se formulan al momento de dictarse sentencia en la causa.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERÁ JUSTICIA

César Murúa

Presidente - FUNDEPS

Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables