

“Acción de amparo y derecho a la Salud Pública”¹.

Por Juan Gustavo Corvalán.

Sumario: **I.-** Liminar. **II.-** Los presupuestos de análisis. **III.-** La expansión mundial del amparo. La regulación constitucional y legal en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. **IV.-** Los mandatos constitucionales y legales en materia de salud pública. **A)** Constitución de la CABA. **B)** Ley Básica de Salud 153. **VI.-** El foco central en el análisis. **VII.-** Recursos finitos y el “principio de realización progresiva”. **VIII.** La tensión o los conflictos “intra-derechos”. **IX.-** Conclusiones.

I.- Liminar.

En estas breves líneas, intentaremos muy sucintamente llamar a la reflexión y, en el mejor de los casos, poner de relieve un fenómeno que nos atrevemos a calificar de único en el derecho comparado: la admisión de la vía de amparo como mecanismo procesal idóneo –según ciertos tribunales- para discutir acerca de la implementación de acciones positivas y concretas referidas a políticas públicas en materia de salud.

En numerosos casos se ha judicializado determinadas omisiones en las que habría incurrido el Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –en adelante GCBA- como uno de los Subsectores –el estatal- del Sistema de Salud².

Es decir, a través de acciones de amparo que se radican en los juzgados contencioso administrativos y tributarios de la Ciudad de Buenos Aires, se discuten cuestiones relativas a tres dimensiones que nos permitimos enunciar al sólo efecto didáctico y metodológico. Nos referimos a las siguientes dimensiones: 1) “Recursos Humanos”³, 2) “Recursos Físicos”⁴ y, por último, 3) a una dimensión relativa a “Insumos y aparatología”.

¹ Texto de la disertación presentada en las “I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA”, organizadas por el Centro Federal de Estudios de Derecho Público y el Instituto Superior de la Carrera del GCBA, celebradas los días 29 y 30 de noviembre de 2011 en el Salón San Martín de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

² Este sistema se encuentra regulado en el Título II de la Ley Básica de Salud 153 del GCBA. El artículo 10° de este dicho cuerpo normativo, determina que el Sistema de Salud se integra por el conjunto de recursos de salud de dependencia estatal, de la seguridad social y privada que se desempeñan en el territorio de la Ciudad.

³ En esta dimensión incluimos a todos los agentes públicos –personal médico, de enfermería, administrativo, entre otros- que se puedan designar a los fines de aumentar la dotación de personal de uno o varios efectores públicos.

⁴ Esta dimensión abarca cuestiones relativas a obras de infraestructura tales como la construcción, reparación y/o refuncionalización parcial o total de ciertos pabellones en los efectores públicos, así como la reparación,

Si nos situamos desde una perspectiva clásica en materia de procedencia de la acción amparo, sin lugar a dudas la conclusión *prima facie* posiblemente sea radical. En efecto, desde esta atalaya posiblemente se postule un rechazo tajante a los fines de discutir –y mucho menos por vía de amparo- estas cuestiones en sede judicial. Como no es propósito de estas breves líneas ahondar en estas consideraciones, remitimos al lector al voto en disidencia del Dr. Centanaro en la causa “Asesoría Tutelar N° 1 ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y tributario de la CABA c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)”⁵.

Ahora bien, sí no obstante nos parece prudente y oportuno reflexionar muy sucintamente acerca de los mandatos constitucionales y legales en materia de Salud Pública en el GCBA. En tales términos, intentaremos describir y analizar a trazo grueso acerca de la utilización de un mecanismo procesal excepcional para discutir la validez, omisión, y/o el déficit en la implementación de políticas públicas en materia de Salud.

Nuestro cometido, desde esta atalaya, sólo se centrará en dos aspectos sustanciales.

El primero se vincula con la improcedencia de la vía en razón de que no se presenta como un mecanismo idóneo, habida cuenta la imprescindible y necesaria amplitud de debate y prueba requerida.

El segundo, y a nuestro juicio más relevante, se asienta sobre premisas constitucionales que son soslayadas al admitir la vía de amparo y al discutir ciertas políticas públicas sin tener en consideración una perspectiva global, integral, sistémica y jerarquizada. Por ello es que también resulta útil tener en consideración el contenido de la disertación del Dr. TREACY⁶.

Para emprender este breve recorrido es preciso sentar algunos postulados generales que guían y condicionan el proceso de razonamiento.

II.- Los presupuestos de análisis.

refuncionalización o reconstrucción de redes de gas, agua, incendio, entre otras.

⁵ El fallo se puede consultar en la web en: http://basefuero.jusbaire.gov.ar/det_act.php?organismo=S02&tipo=EXP&numero=24708&anio=0&cod=SENTI N&numact=149102&anioact=0.

⁶ Ver, TREACY, Guillermo, El litigio de derecho público en los tribunales: Poder Judicial y Políticas Públicas, en “I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA”, organizadas por el Centro Federal de Estudios de Derecho Público y el Instituto Superior de la Carrera del GCBA”, 29 y 30 de noviembre de 2011, en www.cfedp.com.ar

La pieza central del nuevo paradigma del derecho público es la democracia constitucional⁷. Como bien afirma FERRAJOLI este paradigma es embrional⁸ y continúa extendiéndose bajo la denominación de Estado constitucional de derecho⁹.

Este nuevo paradigma se ubica en la finalización de la guerra de los treinta años (1914-1945)¹⁰. Concretamente, con la suscripción de la Carta de la ONU (1945) y la Declaración Universal de derechos del hombre (1948) aprobada por las Naciones Unidas¹¹.

El Estado constitucional tiene su epicentro y piedra basal en la dignidad humana. Los 12 tratados jerarquizados constitucionalmente aluden a la dignidad humana y a los derechos inherentes a la persona humana. Ello puede verse en los preámbulos y en los considerandos que preceden a sus articulados¹².

La dignidad humana, los atributos inherentes a la persona humana y la igualdad, son la viga maestra de toda la construcción del paradigma protectorio que emana de los pactos internacionales jerarquizados constitucionalmente. Ello, a su vez, surge del artículo 11° de la Constitución de la CABA¹³.

Los derechos esenciales de la persona humana –que se derivan del carácter intrínseco del sujeto- se postulan como *iguales*, *inalienables* o de carácter *inderogable*. Sobre esta plataforma, en casi todas las ramas del derecho público se habla de *sistematización*¹⁴, *integralidad*, *jerarquización*, *internacionalización*, *funcionalidad*, *eficacia*, *eficiencia*, *efectividad*, *participación*, *coordinación*, *universalidad* y *consenso*.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia, T. 2, Trotta, Madrid, 2011, p. 10 y el mismo autor en Democracia y garantismo, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2010, p. 35. En consonancia, ver SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, Teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 52. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha considerado que la democracia es constitucional. Ver, CSJN, “Bussi Antonio Domingo c/ Est. Nac.”, sentencia del 13 de julio de 2007, considerando 11°, párrafo cuarto.

⁸ Ver, FERRAJOLI, Luigi, Democracia y garantismo, p. 35.

⁹ Ver FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris, T. 1, p. 801 y ss.

¹⁰ A partir de aquí comienza lo que SUPLOT llama la “decadencia de la soberanía”. Ver, SUPLOT, Alain, Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 214.

¹¹ FERRAJOLI afirma que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma. Ver FERRAJOLI, Luigi, Principia Iuris, T. 2, p. 475 y ss.

¹² Entre otros, ver Declaración Americana de derechos humanos, 2° párrafo de los considerandos y primer párrafo del preámbulo, y Declaración de los derechos del hombre, preámbulo, quinto párrafo.

¹³ El precitado texto comienza del siguiente modo: “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley”.

¹⁴ En el derecho administrativo alemán, la sistematización es el eje central de la obra de SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, Teoría General del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003.

III.- La expansión mundial del amparo. La regulación constitucional y legal en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Más allá de los antecedentes del amparo en el derecho romano y en la edad media¹⁵, esta acción ha adquirido un rol central en el Estado constitucional de derecho.

FERRER MAC-GREGOR alude a la “expansión mundial del amparo” como un fenómeno que se desarrolla en los países latinoamericanos, en Europa, África, y Asia¹⁶. El amparo como institución procesal constitucional es un fenómeno globalizado que, no obstante el diverso *nomen iuris* adoptado, presenta similar naturaleza jurídica en los diversos países¹⁷. Así, se lo considera como una “acción”, “proceso”, “recurso”, “juicio”, “garantía” o “derecho de amparo”.

Sin detenernos en su calificación, lo cierto es que la acción de amparo constituye el *mecanismo procesal constitucional que mayor protagonismo ha obtenido como instrumento protector de los derechos fundamentales en el mundo*.

La Ciudad de Buenos Aires no es la excepción y en el artículo 14° de su Constitución consagra una acción “expedita, rápida y gratuita de amparo” siempre que *no exista otro medio judicial más idóneo*, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma *actual o inminente*, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, la Constitución local, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, las leyes dictadas en su consecuencia, y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte.

En el cuarto y quinto párrafo el artículo 14 establece que “El procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad” y que “Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva”.

Desde nuestra perspectiva, la acción de amparo “expedita, rápida y gratuita” se asienta sobre los siguientes requisitos centrales de procedencia¹⁸:

¹⁵ Ver, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, El amparo iberoamericano, en El derecho de amparo en el mundo, FIX-ZAMUDIO, Héctor, FERRER MAC-GREGOR Eduardo (coordinadores), Porrúa, México, 2006, p. 10.

¹⁶ Ídem, p. 12 y 13. Nótese que en Iberoamérica 19 países lo han reconocido a nivel constitucional. Ídem, p. 12.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ El artículo 2° de la ley 2145 reproduce en sustancia los requisitos de procedencia que emanan del mandato constitucional del artículo 14°. No obstante, aquél artículo expresamente excluye la admisibilidad de la acción frente a los actos del Poder Judicial.

- 1) Es viable siempre que *no exista otro medio judicial más idóneo* -contra todo acto u omisión que lesione, restrinja, altere o amenace derecho y garantías-;
- 2) La *actualidad o inminencia*;
- 3) La *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*.

Por su parte, la ley 2145 regula la acción de amparo en el GCBA y, entre otros aspectos, establece los siguientes lineamientos:

1. El juez está *facultado para reconducir la acción* cuando determine que puede tramitar por las normas de otro tipo de proceso –art. 6-;
2. El plazo para *contestar demanda es de 10 días hábiles improrrogables* cuando se trate de un amparo dirigido contra autoridades públicas –art. 11-;
3. El plazo para la *producción de prueba*¹⁹ *es de cinco (5) días*, excepcionalmente prorrogable por igual plazo en forma fundada –art. 12-;
4. Se admite excepcionalmente el dictado de medidas cautelares –inclusive luego de dictada la sentencia²⁰- que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia²¹ -art. 15-;
5. Se establece un *plazo de cinco (5) y diez (10) días para dictar sentencia* definitiva en primera y segunda instancia respectivamente –art. 17-;
6. Opera la caducidad de la instancia a los treinta (30) días –art. 24-.
7. Se fijan plazos de dos (2) y tres (3) días para los traslados y las resoluciones – respectivamente- que no cuenten con plazos expresamente previstos –art. 26-.

¹⁹ No se admite en ningún caso la prueba confesional y sí se prevé los siguientes medios de prueba: a) pericial; b) Documental; c) Informativa; d) Testimonial, con un máximo de hasta tres (3) testigos; e) Reconocimiento judicial; f) La prueba pericial sólo se admite en forma excepcional.

²⁰ El artículo 19 de la ley 2145 establece que “Una vez dictada la sentencia, a solicitud de los interesados y hasta el momento de la remisión del expediente al Superior, se podrán dictar las medidas cautelares que fueren pertinentes”.

²¹ De hecho el artículo 15 de la ley 2145 –segundo párrafo- establece que “...cuando la medida cautelar solicitada afectase la prestación de un servicio público o perjudicara una función esencial de la administración, el juez previamente le correrá traslado a la autoridad pública demandada para que se expida dentro de un plazo máximo de dos (2) días sobre la inconveniencia de adoptar dicha medida, pudiendo el juez rechazarla o dejarla sin efecto declarando a cargo de la autoridad demandada o personalmente por los que la desempeñan, la responsabilidad por los perjuicios que se deriven de su ejecución”.

A partir de los trazos estructurales que emanan del cuadro normativo expuesto, resulta evidente que este cauce es excepcional, estrecho, rápido y expedito. Es decir, es un mecanismo procesal de excepción a los fines de tutelar derechos y libertades.

Por tanto, entre diversas premisas esenciales, nos parece pertinente destacar –siguiendo a LOZANO- que el amparo en la CABA “...*está pensado para reponer los derechos afectados por un obrar cuya ilegitimidad o arbitrariedad por ser patente posibilita formas simplificadas de debate y decisión, sin violentar el derecho de defensa...*”²².

IV.- Los mandatos constitucionales y legales en materia de salud pública.

A) Constitución de la CABA.

Si bien los tratados jerarquizados constitucionalmente específicamente pretenden tutelar el derecho a la vida que se encuentra inmediatamente relacionado con el derecho a la salud²³, la Constitución de la CABA específicamente ha regulado el derecho a la salud en los artículos 20 a 22.

No obstante, previamente la carta fundamental local en el tercer párrafo del artículo 11 establece que la Ciudad “...promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica, o social de la comunidad”.

En consonancia, la Constitución de la CABA en el Título segundo, capítulo primero, establece las siguientes pautas de interpretación sistémica:

- Prevé un desarrollo de **políticas sociales coordinadas** para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos.

²² Este postulado emana del considerando 8° del voto del Dr. Lozano en la célebre causa “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, TSJ, sentencia del 27/12/2007.

²³ Entre otros, ver, art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Arts. 4° inc. 1° y 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 12, inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- Contempla la asistencia a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el **acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades** –art. 17-
- Fija la promoción de un **desarrollo equilibrado “que evite y compense las desigualdades zonales dentro de su territorio”** –art. 18-

En el título segundo, capítulo segundo, la Constitución de la CABA en sus artículos 20 a 22 regula específicamente el derecho a la salud.

Desde nuestra perspectiva, podemos resumir el mandato constitucional -a los propósitos de esta disertación- bajo los siguientes postulados; a saber:

Primero: fija una posición específica y protectora en relación con el derecho a la salud. Así, determina que:

- 1) Se garantiza el **derecho a la salud “integral”** -art. 20-
- 2) El gasto público en salud se considera como una **“inversión social prioritaria”** –art. 20-
- 3) La promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, deben ser satisfechas, bajo criterios de **accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad** –art. 20-

Segundo: la constitución de la CABA determina las pautas sobre las que se debe emitir la Ley Básica de Salud. Entre otros aspectos, la norma fundamental de la CABA establece que:

- 1) El área estatal se organiza y desarrolla conforme a la **estrategia de atención primaria**, con la constitución de **redes y niveles de atención, jerarquizando el primer nivel** –art. 21, inc. 2)-
- 2) En ciertos incisos alude a la **integralidad de la prestaciones** –art. 21, inc. 5 y 7-

B) Ley Básica de Salud 153.

La pieza central de la Ley Básica de Salud -en consonancia con el mandato constitucional- se encuentra regulada en el Artículo 3 inciso h) de la ley 153 que pretende garantizar: “El acceso y utilización equitativos de los servicios, que **evite y compense**

desigualdades sociales y zonales dentro de su territorio, adecuando la respuesta sanitaria a las diversas necesidades” –el destacado nos pertenece-.

La norma básica de Salud en la CABA alude al “sistema de Salud” que se compone de tres subsectores: a) El Subsector estatal; b) de seguridad social y c) privada –art. 10 ley N° 153-.

En el título III de la ley N° 153 se regula el subsector estatal de salud que, según el artículo 13°, se integra por todos los recursos dependientes del GCBA por medio de los cuales se planifican, ejecutan, coordinan, fiscalizan y controlan planes, programas y acciones destinados a la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud de la población.

En este contexto, el artículo 14 inciso a) tiene correlato con el artículo 3 inc. h) de la ley N° 153. En efecto, aquél establece que es objetivo del subsector estatal “**Contribuir a la disminución 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 morbilidad prevenibles y reductibles” –el destacado nos pertenece-.

De la lectura de los diversos incisos del artículo 14° de la ley N° 153 se advierte en forma nítida que el legislador local pretende regular al subsector estatal teniendo en cuenta las siguientes premisas:

- 1) El “**desarrollo de políticas “integrales”** de prevención y asistencia –inc. c)-;
- 2) El desarrollo de la **atención integrada** de los servicios e integral con otros sectores – inc. d)-;
- 3) La **jerarquización de 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)-;
- 4) “Organizar los servicios por redes y niveles de atención, estableciendo y garantizando la capacidad de resolución correspondiente a cada nivel –inc. h)-;
- 5) Desarrollar el **presupuesto por programa, con asignaciones adecuadas a las necesidades de la población** –inc. n)-;

En suma, el Ministerio de Salud del GCBA como núcleo central del subsector estatal del Sistema de Salud debe cumplir con los siguientes mandatos constitucionales y legales. A saber:

- 1) Debe asegurar un **política sanitaria y una atención integral**;
- 2) Debe **contribuir a la disminución de los desequilibrios sociales**;
- 3) Debe dar **prioridad a las acciones dirigidas a la población más vulnerable**;

- 4) Debe garantizar el acceso y la utilización **equitativos** de los servicios;
- 5) Debe **evitar y compensar desigualdades sociales y zonales** dentro de su territorio;
- 6) Debe **adecuar la respuesta sanitaria a las diversas necesidades**;
- 7) Debe **reconocer y afianzar la jerarquización** de: i) la **participación de la comunidad** y ii) del **primer nivel de atención** –art. 15, ley 153-;
- 8) Debe **desarrollar el presupuesto por programa**, con **asignaciones adecuadas a las necesidades de la población**.

VI.- El foco central en el análisis.

Nuestras reflexiones en torno a la acción de amparo y el derecho a la salud pública, presuponen un punto de partida en torno a la interpretación que se debe realizar frente a una tensión entre normas constitucionales. Así, es factible partir del denominado “paradigma de la compatibilidad”. En efecto, frente a una hipotética tensión –o conflicto- entre disposiciones de jerarquía constitucional, debe procurarse obtener el máximo rendimiento jurídico posible de los preceptos involucrados mediante una interpretación armónica y no confrontativa²⁴.

Sobre esta base y teniendo como norte la plataforma que muy a trazo grueso ha sido expuesta hasta aquí, cabe ahora adentrarnos en la judicialización por vía de amparo de las políticas públicas en materia de salud.

Así, determinadas personas físicas, así como asociaciones civiles, profesionales y/o los integrantes del Ministerio Público, en determinadas hipótesis se presentan en los tribunales contencioso administrativos por vía de amparo a los fines de articular pretensiones vinculadas a las tres dimensiones a las que hacíamos referencia en el punto I del presente.

De tal modo, se solicita y, en ciertos casos, la justicia ordena:

- 1) la designación de personal médico, administrativo y/o técnico según las “necesidades de servicio” –dimensión recursos humanos-;
- 2) la realización de obras de infraestructura edilicia. Se alude a la edificación, refuncionalización, higiene y seguridad, instalaciones eléctricas, sanitaria, cloacal, de agua potable y de gas –dimensión recursos físicos-. Por ejemplo, se ordena asegurar

²⁴ Ver, TSJ, “Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 27/12/2007, voto Lozano, considerando 1° con citas de diversos fallos de la CSJN –entre otros, fallos 312:496-.

“calefacción, ventilación, ambientes secos, sanitarios en condiciones óptimas, espacios de terapia y rehabilitación, consultorios, cocinas y office de enfermería en estado adecuado;

- 3) la adquisición de insumos, aparatología, ropa de cama, mobiliario, entre muchos otros –dimensión insumos y aparatología-.

Entre los diversos juicios de amparo existentes, podemos citar la reciente sentencia - 8/11/11- de la Sala 2° de la Excma. Cámara en lo contencioso administrativo y tributario del GCBA que por mayoría confirmó la sólida y fundada sentencia de primera instancia²⁵ dictada por la Dra. Andrea Danas respecto del Hospital J. T. Borda²⁶.

Los argumentos que arrojan el voto mayoritario de la Sala 2° –Dra. Daniele y Dr. Balbín- y de la disidencia parcial del Dr. Centanaro, evidencian numerosos aspectos que están inmersos

²⁵ Es importante aclarar que nuestro disenso con el fallo de primera y segunda instancia –con el voto mayoritario-, no se relaciona con negar la posible lesión a los derechos de los pacientes del Hospital J. T. Borda. Tan sólo pretendemos destacar la ausencia de una perspectiva global, sistémica, integral y jerarquizada que se adopte, cuando menos, como paso previo a la toma de una decisión que sólo ha tenido en cuenta a un sólo efector de salud del sistema –recordemos que además existen 32 hospitales más y 42 Centros de Salud.

²⁶ Vale la pena reproducir los términos de la condena de primera instancia que confirmó por mayoría la Sala 2. Así, se ordenó al GCBA a que: “...a) designe el personal técnico y profesional necesario a fin de cubrir adecuadamente las necesidades de servicio de cada una de las áreas del Hospital “José T. Borda”, en virtud de los requerimientos que surjan como consecuencia de la refuncionalización del establecimiento y comprendiéndose en los mismos el personal necesario para atender la higiene y la seguridad del establecimiento. Teniendo en cuenta que la designación de personal supone el llamado a concurso y su posterior sustanciación, se aclaró que una vez determinados los cargos necesarios en el plazo de sesenta días corridos, dichas vacantes sean cubiertas con carácter interino hasta tanto finalicen los respectivos concursos, de modo de no desatender las necesidades actuales; b) en el plazo de un año efectúe el relevamiento de la totalidad de las historias clínicas de los pacientes que actualmente se encuentren internados y en lo sucesivo se adopten las medidas necesarias para que las historias clínicas sean llevadas en debida forma, lo que debería ser informado en el expediente por quien resulte responsable de desarrollar la auditoría pertinente; c) en el plazo de sesenta días releve y cumpla con su obligación de asistencia a los pacientes del Hospital José T. Borda vinculadas a la provisión de ropa de cama y mobiliario necesarios en cada uno de los pabellones; d) en el plazo de noventa días corridos cumpla con las medidas de protección contra incendios y el plan de evacuación correspondiente, hecho que debería ser acreditado en autos en el plazo de diez días hábiles judiciales posteriores a su cumplimiento; e) que en el plazo de ciento ochenta días corridos proceda a llamar a licitación pública o seleccione el medio de contratación que resulte más idóneo y acorde a las normas legales, tendientes a la realización de todas las obras de infraestructura pendientes en el Hospital “José. T. Borda” referidas a las condiciones edilicias, instalaciones eléctricas, sanitaria, cloacal, de agua potable y de gas. Dichas obras deberán asegurar calefacción, ventilación, ambientes secos, sanitarios en condiciones óptimas, espacios de terapia y rehabilitación, consultorios, cocinas y office de enfermería en estado adecuado. Con relación a las contrataciones ya efectuadas o licitadas, ya sea que se encuentren paralizadas o no al presente, debía informar en autos en el plazo de un mes, cuáles son las obras ya contratadas, su estado actual y su cronograma de finalización. Todas las obligaciones emanadas de este punto, debían ser informadas a este Tribunal cada seis meses”. El fallo se puede consultar en la web en: http://basefuero.jusbaires.gov.ar/det_act.php?organismo=S02&tipo=EXP&numero=24708&anio=0&cod=SENTI N&numact=149102&anioact=0.

en esta problemática. Sin embargo y soslayando las contingencias procesales²⁷, desde nuestra perspectiva, el fallo no aborda una cuestión central en el análisis que, inclusive, debiera ser ponderada con independencia de los límites procesales.

Para comprender mejor este fenómeno tomaremos como punto de partida a la tesis de Jeremy WALDRON y, parcialmente, el postulado que emana de Luigi FERRAJOLI.

VII.- Recursos finitos y el “principio de realización progresiva”.

En el Estado constitucional de derecho se han consagrado, entre otros, dos postulados básicos.

El primero lo podemos ubicar en el primer párrafo del artículo 2° del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Allí se establece el denominado principio de "realización progresiva". Este principio determina que los Estados deben asignar hasta “el máximo de los recursos disponibles” para reconocer la efectividad de los derechos reconocidos por este tratado²⁸.

El segundo se vincula con una premisa que suele estar presente a menudo en determinados fallos judiciales. Nos referimos a la siguiente afirmación: “las carencias presupuestaras no pueden justificar ciertas transgresiones”²⁹.

VIII. La tensión o los conflictos “intra-derechos”.

²⁷ Por ejemplo, el voto de la mayoría brinda los siguientes argumentos a los fines de validar la procedencia de la vía de amparo. Así, se sostiene en el considerando 21°: “Que, más allá de las superficiales alegaciones del GCBA en torno a la improcedencia formal de la acción, lo cierto es que en ningún momento de su escueta apelación formula ningún agravio concreto respecto de qué modo había sido restringido su derecho de defensa en el marco de la presente causa, por tratarse de un amparo. A la vez que tampoco rebatió la admisibilidad sustancial de la acción cuando no cuestiona ninguno de los hechos que fueron probados en el trámite del expediente que efectivamente acreditaron los graves perjuicios que sufren los pacientes del Hospital Borda en cuanto a las deficientes condiciones de seguridad, higiene, edificaciones, de infraestructura básica, de atención que no han dejado de evidenciarse en cada foja de este expediente. La sólida sentencia de grado que hizo mérito detallado de cada una de las problemáticas que afecta al nosocomio y que fue relatada ut supra, no ha recibido una sola crítica en cuando a las afecciones de todo tipo que soportan los pacientes y médicos del hospital, en las deficientes condiciones en que se atienden y trabajan, respectivamente”. *Ibidem*.

²⁸ La Corte Suprema también ha resaltado este mandato que emana del Pacto jerarquizado constitucionalmente en "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social", considerando 19°, voto de la mayoría, sentencia del 24 de octubre de 2000.

²⁹ Esta doctrina emana de la CSJN, Fallos: 318:2002 y 328:1146.

Jeremy WALDRON³⁰ parte de los siguientes postulados: a) los derechos pueden jerarquizarse entre ellos, y b) no todas las obligaciones generadas por un determinado derecho tienen el mismo grado de importancia³¹.

La tesis del autor discurre por los siguientes ejes:

- i. “...es equivocado pensar que los conflictos entre derechos se pueden resolver fácilmente”³²;
- ii. Cuando se dice que los derechos entra en conflicto, en realidad se expresa que las obligaciones que éstos generan son incompatibles entre sí³³. Así, hablar sobre los conflictos entre derechos es una forma de hablar de la incompatibilidad de las obligaciones que generan los derechos³⁴;
- iii. Los conflictos en derecho pueden ser clasificados en dos categorías: 1) conflictos entre diferentes instancias del mismo derecho (intra-derechos); 2) conflictos inter-derechos que se dan cuando la obligación generada por un derecho resulta incompatible con el cumplimiento de una obligación generada por un derecho distinto³⁵.

El autor ejemplifica el caso de conflictos *intra-derechos* bajo la ecuación derecho a la salud-recursos médicos limitados. Así, el conflicto se configura cuando se pretende atender a todo el universo de personas *del mismo modo y al mismo tiempo*. Como esto no es posible, afirma WALDRON, entonces se debe atender a la mayor cantidad de personas posibles aún cuando esto lleve a excluir a otras de *modo inmediato*.

Además, no debe perderse de vista -sostiene el autor- que el Estado debe afrontar la satisfacción de múltiples derechos y, por tanto, la existencia de otras obligaciones genera

³⁰ Según ARANGO RIVADENEIRA, WALDRON remite a la teoría del interés defendida por Joseph RAZ. Este último integra la escuela de Oxford junto a Ronald DWORKIN, Neil MACCORMICK y John FINNIS, bajo la influencia de HART. La teoría del interés se opone a la teoría de la voluntad. Para la teoría del interés basta que exista un interés legítimo jurídicamente protegido para que sea posible hablar de qué titular tiene un derecho. Para la teoría de la voluntad es necesario únicamente que la persona titular del derecho tenga el poder jurídicamente reconocido de exigir a otros el cumplimiento de ciertas obligaciones. Ver, ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, presentación a la obra de WALDRON, Jeremy, Los derechos en conflicto, Traducción de Andrés Ucrós Maldonado, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006, p. 7.

³¹ WALDRON, Jeremy, Los derechos en conflicto, p. 37.

³² Ídem, p. 42.

³³ Ídem, p. 19.

³⁴ Ídem, p. 26.

³⁵ WALDRON postula como ejemplo de conflictos inter-derechos (2), cuando una obligación generada por un derecho es incompatible con el cumplimiento de una obligación generada por un derecho distinto: a mayor número de recursos que gastemos en hospitales, menor será el monto que podremos gastar en seguridad policial. Ídem, p. 33 y 34.

dificultades. En suma, desde esta perspectiva, si las lesiones de los pacientes difieren en su gravedad o reparabilidad se puede establecer la *clase de prioridades que un sistema de selección debería incluir*.

- iv. Los *problemas derivados de la escases sólo surgen cuando se toman simultáneamente todos los reclamos de los derechos; es la suma de todas las obligaciones tomadas en conjunto la que no puede ser asegurada*³⁶;
- v. La idea según la cual todos los derechos deberían tratarse como entidades idénticas no es plausible³⁷;
- vi. A pesar de que un derecho puede ser calificado como de “más importante”, ello no determina siempre que cada obligación asociada con éste sea más importante que otra obligación generada por derechos diferentes³⁸;
- vii. No se puede presentar la cuestión del siguiente modo: primero se considera el cálculo de utilidad y luego se ponderan los derechos para luego descubrir que los segundos son lo suficientemente importantes para “triunfar” sobre el primero. Si se pone la cuestión en estos términos, entonces los derechos siempre prevalecerán sobre la utilidad. Los argumentos utilitaristas así plasmados, se opondrán a los derechos³⁹;
- viii. Contrariamente a lo expuesto en el punto anterior, WALDRON entiende que el sentido de una conexión interna entre los dos es el que establece el orden de prioridades.

A la tesis de WALDRON podemos adicionar muy brevemente el punto de vista de FERRAJOLI. Según este último autor, también se dan conflictos entre los derechos fundamentales⁴⁰, no obstante considera que los costes económicos y las dificultades de hecho que encuentra la satisfacción de los distintos derechos sociales –desde la óptica de FERRAJOLI-, no

³⁶ Ídem, p. 21.

³⁷ Ídem, p. 35.

³⁸ WALDRON, Jeremy, Los derechos en conflicto, p. 36.

³⁹ Ídem, p. 38 y 39.

⁴⁰ Aunque reconoce que no comparte la tendencia difundida en la actual filosofía jurídica generalizar, enfatizar y dramatizar la existencia de los conflictos sin distinguir siquiera entre los distintos tipos de derechos. Ver, FERRAJOLI, Luigi, Principia Iuris, T. 2, p. 71.

deben confundirse con los conflictos entre derechos toda vez que hay que “...reconocer las inevitables opciones políticas en orden a la prioridad y a la medida de su satisfacción”⁴¹.

IX.- Conclusiones.

A nuestro juicio, la judicialización por vía de amparo relativa a las políticas públicas en materia de salud se vincula, cuando menos, con la utilización del litigio con fines estratégicos –tal como lo pone de relieve TREACY-. Así, como bien afirma este autor, la participación de los jueces en los litigios de derecho público también puede tener el sentido de reforzar el control democrático sobre los otros poderes, más que una invasión de las competencias de éstos⁴².

Por tanto, sin adentrarnos en consideraciones de índole clásico, tales como las categorías de los actos de gobierno, de la discrecionalidad, de las cuestiones no justiciables, de la zona de reserva o de la división de poderes, sí nos parece preciso destacar puntos de convergencia entre los mandatos constitucionales y legales locales, la tesis de WALDRON y FERRAJOLI, y los argumentos centrales de la Sala 2º en relación al presupuesto y a la implementación de políticas públicas en el Hospital J. T. Borda.

En cuanto a este punto se refiere, el razonamiento llevado a cabo por el voto mayoritario de Sala 2 puede ser resumido del siguiente modo:

- a) Una de las finalidades de la Ley de presupuesto es la de hacer efectivo el conjunto de los derechos humanos y de ahí que deviene inconstitucional si no cumple con dicho cometido, o si al desarrollarse, lesiona de alguna manera un derecho fundamental;
- b) Dado que la Ley de presupuesto debe ser una técnica para la realización de los derechos humanos, no debe ser un medio para menoscabarlos;
- c) “...las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los

⁴¹ Y luego sostiene tajante que “...aquellas opciones corresponden al legislador ordinario y a la Administración Pública y ninguna constitución podrá nunca predeterminar su medida”. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, T. 2, p. 72.

⁴² TREACY, Guillermo, *El litigio de derecho público en los tribunales: Poder Judicial y Políticas Públicas*, p. 2 y 3. TREACY destaca que Stephen Holmes se refiere a reglas incapacitadoras y reglas capacitadoras, en el sentido de que ciertas aparentes restricciones propias del constitucionalismo (por ejemplo, la división de poderes) pueden contribuir a mejorar el funcionamiento de las instituciones (Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon – Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, págs. 217, 249-256).

convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptado en el texto actual de aquella...”

¿Cuál es entonces el eje central de nuestro análisis?

A nuestro juicio el epicentro de la problemática, en una síntesis extrema, presupone la admisión del siguiente punto de partida: no todas las obligaciones generadas por un determinado derecho tienen el mismo grado de importancia, ni tampoco los habitantes -como titulares de derechos- se encuentran en iguales condiciones. A su vez, no todos los niveles de atención son indistintos en materia de salud pública.

Por tanto, afirmar que no se puede sostener válidamente la falta de recursos como argumento para soslayar determinados derechos, no resuelve la problemática en materia de derechos sociales. En efecto, existe una realidad innegable: la existencia de recursos finitos determina que no se pueda garantizar del mismo modo, al mismo tiempo, y en forma inmediata las múltiples prestaciones -de manera “óptima”- en todas las dimensiones del sistema de salud. No en vano se afirma que los problemas derivados de la escasez sólo surgen cuando se toman simultáneamente todos los reclamos de los derechos.

Recordemos que la suma de todas las obligaciones tomadas en conjunto y al mismo tiempo es la que *prima facie* no puede ser asegurada. Mucho más aún, agregamos, cuando los mandatos constitucionales determinan estándares altos –sin realizar un juicio de valor al respecto- en materia de derechos.

Estas premisas no son dogmáticas ni interpretativas. Se deducen claramente de la Constitución de la CABA y de la ley básica de salud 153. Así, cabe reiterar, *las precitadas normas expresamente reconocen la existencia de desequilibrios sociales y en función de ello se pretende dar prioridad a las acciones dirigidas a la población más vulnerable, a la vez que se postula evitar y compensar desigualdades sociales y zonales dentro de su territorio, adecuando la respuesta sanitaria a las diversas necesidades.*

Es imprescindible reconocer y afianzar la jerarquización de la participación de la comunidad y del primer nivel de atención, de igual modo que se debe velar por asegurar que “el presupuesto” se desarrolle teniendo en cuenta las diferentes necesidades de la población. En tales términos, no se trata de –más allá de las consideraciones propias del caso- anteponer argumentos

presupuestarios. Antes bien, debemos ponderar la suma de las obligaciones que surgen del sistema de salud en su totalidad previo a la toma de decisiones.

La posible lesión de ciertos derechos en un hospital –como correlato existen diversas obligaciones de cara a la optimización de las prestaciones-, constituye una condición necesaria pero no suficiente para decidir un “caso”. Precisamente, las múltiples obligaciones a cargo del Subsector estatal en todo el sistema -33 hospitales y 42 centros de salud-, necesariamente determinan la jerarquización de los derechos para tutelar a los sectores más vulnerables en los términos del mandato constitucional.

En definitiva, como **primera conclusión** podemos afirmar que la acción de amparo no constituye la vía idónea para tutelar el derecho a la implementación de políticas públicas en materia de salud. La magnitud sideral de la prueba y la fugacidad del los plazos atenta contra la calidad del debate, el derecho de defensa y, fundamentalmente, contra los propios mandatos constitucionales aquí analizados.

Como **segunda conclusión** podemos afirmar sin temor que la discusión de las políticas públicas no puede ser reducida a uno o a varios efectores de salud. De admitir la revisión judicial en materia de políticas públicas, resulta indispensable por mandato constitucional y legal, la ponderación sistémica, integral, global y jerarquizada.

En tales términos, nos parece que las reglas procesales clásicas y la justicia del caso resultan obsoletas para poder abordar y ponderar en un plazo razonable, un sistema que insume casi el 25% del presupuesto del GCBA y que cuenta con treinta y cinco mil empleados públicos, 33 hospitales y 42 Centros de Salud.

Es hora de reflexionar seriamente acerca de cómo es posible ejercer un control sistémico, integrado, global y jerarquizado que tutele de manera óptima el mandato constitucional sin generar desigualdades.

Por tanto, no se trata de negar la lesión a derechos según una perspectiva fragmentada –un hospital-. Se trata, antes bien, de que el poder judicial reconozca que la posible violación a los derechos fundamentales por la omisión o deficitaria implementación de las políticas públicas presupone un análisis sistémico, global, integral y jerarquizado.