

Capítulo X

EL DERECHO A LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE

1. *La tutela de la vida, salud e integridad física y la tutela del medio ambiente*

En la hipótesis que no exista norma expresa de carácter legislativo o reglamentario que prohíba determinada conducta lesiva a la salud humana o al medio ambiente, ¿podría sostenerse que dicha acción cae dentro del principio que todo lo no prohibido está permitido (por extensión de su específico campo penal en el artículo 9º)? Este problema puede verse a la luz del art. 41 de la Constitución y del nuevo derecho supranacional. Pero también es a nuestro juicio de importancia que la solución no varía aún en ausencia de tales normas.

Frente a la genérica libertad de hacer todo lo no prohibido, existe con todo un derecho específico a la vida y a la integridad física, que puede considerarse razonablemente comprensivo de un derecho a no sufrir lesiones arbitrarias a la salud personal. Más aún, así como el trabajo forzoso como condena penal no debe afectar la capacidad física del recluso, *a fortiori* no puede disminuirse la capacidad física de las personas inocentes, no mediando siquiera condena penal a trabajos forzados en su contra. Cabe del mismo modo tener presente el derecho a la libertad y a la seguridad personales, el cual puede razonablemente ser interpretado en el sentido de derecho a no sufrir menoscabos arbitrarios a dicha seguridad o libertad.

Además, el derecho a la dignidad humana¹ puede igualmente entenderse en el sentido que ampara el derecho de las personas a que se respete su salud y su *habitat* no ejerciendo sin su consentimiento menoscabos arbitrarios a ella; por extensión, que es un tratamiento no acorde ni respetuoso a su condición de personalidad jurídica,² que hasta importa en último análisis desconocerle su condición de sujeto de derecho. Por ello, la hipotética “libertad” de quienes rea-

^{1.1} Tutelado por el art. 11 inc. 1.

^{1.2} Art. 3º

lizan actividades lesivas a la salud de los demás se transforma en una ausencia de libertad correlativa del sujeto pasivo, por tanto en un sometimiento coactivo que transformaría en autoridad ilimitada una supuesta libertad de quien perjudique la salud de los demás.

El art. 16 inc. 2°, si bien en materia diversa, hace referencia a la salud pública y a los derechos de los demás, como posibles limitaciones al derecho allí mencionado, lo que establece al menos indirectamente un juicio de valor que cabe tener en cuenta en la interpretación del orden jurídico. Tales consideraciones permiten concluir no en que existe una genérica libertad de dañar el *habitat* y la salud de las demás personas, sino al contrario un genérico derecho a no recibir tales daños sin habilitación legal expresa que así lo autorice, con sustento fáctico razonable y suficiente. Una interpretación dinámica de la Convención tutela pues el medio ambiente en que vivimos, previniendo contra una de las causas de su creciente contaminación, lo cual parte de la doctrina al menos considera también posible aplicación directa razonable del “normativismo supranacional” de la Convención, aún sin norma legislativa o administrativa expresa que prohíba la actividad nociva para la salud y el medio ambiente³ o, como quedó dicho antes, ante la inexistencia de una norma legal contraria y permisiva de tal actividad lesiva.

La solución a que se arriba no es persecutoria respecto de la minoría de personas que tengan el hábito, con su actividad, de lesionar la salud de terceros, ni resulta en su discriminación arbitraria, pues no puede interpretarse el orden jurídico como confiriendo a nadie el derecho a perjudicar la salud de terceras personas ajenas a sus actos, no habiendo norma legal expresa que autorice con sustento suficiente dicho comportamiento.

Por ello la solución mencionada tampoco transgrede el artículo 1° de la Convención de Costa Rica, ni contiene una discriminación inversa, atento que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común.”⁴

No sería razonable requerir el dictado de una *ley* del Congreso para resolver lo que no es sino un simple problema o caso de interpretación, que por lo demás carece de complejidad jurídica alguna; aunque altere costumbres arraigadas en algunos sectores de la población. La mentada prohibición implícita no vulnera, en la especie, el derecho de un pueblo a mantener sus tradiciones y costumbres, tales como nacionalidad,⁵ lengua nativa,⁶ religión o creencia,⁷ nombre,⁸ ya que tales hábitos lesivos a la salud de terceros no son un aspecto del folklore; ni constituye parte de un rito o conjunto de creencias, el hacerlo en detrimento de los demás, ni lo es de pueblo o grupo social cultural alguno en particular.

^{1,3} PIGRETTI y BELLORIO, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, 1985, pp. 14 y 15.

^{1,4} Artículo 329 inc. 20 art. 200.

^{1,5} Art. 20.

^{1,6} Art. 8° inc. 2° apartado a).

^{1,7} Art. 12.

^{1,8} Art. 18.

2. *La diversidad de casos particulares*

Con todo, conviene advertir contra interpretaciones demasiado genéricas, sea en un sentido o en el otro.

2.1. *El caso de las bebidas alcohólicas*

Un primer caso es el de la venta de bebidas alcohólicas a mayores de edad. Pareciera no existir dudas que su consumo, por lo menos más allá de cierta medida —que algunos estudios recientes consideran muy baja— es dañino para la salud. ¿Significará esto que a partir de ahora la venta de bebidas alcohólicas debe considerarse prohibida por la Convención?

Entendemos que no, atendiendo a su bajo grado de peligrosidad, en dosis moderadas, a la imposibilidad práctica de controlar la cantidad de ingesta individual, a que se trata en todo caso de un daño que la persona se autoinflige voluntaria y conscientemente, con conocimiento suficiente, o al menos obligación cultural de tener tal conocimiento, de que su uso abusivo puede perjudicar la salud, y a que el consumo por unos no afecta la salud de otros. Beber, pues, no perjudica directa e inmediatamente la salud de los demás. Puede hacerlo en cambio indirectamente, si la persona que bebió en exceso maneja un vehículo, etc.

De todas maneras, un fabricante y un vendedor de bebidas alcohólicas demostrarían prudencia en el manejo de sus negocios si inscribieran en las etiquetas y en su publicidad mensajes similares a los existentes en otros países en los paquetes de cigarrillos. Ello trasladará en mayor grado la responsabilidad al consumidor, si es claramente advertido por el fabricante y el vendedor de los daños que puede acarrear su consumo. En todo caso, estas consideraciones son para adultos, pues no cabe sino considerar prohibida la publicidad destinada a los adolescentes, que consituye un 90% del total.

2.2. *El caso de drogas nuevas*

En el otro extremo cabe considerar aquellas drogas no medicinales que a veces se van inventando y que de hecho se fabrican y venden, mientras no ha salido todavía la reglamentación estatal agregándolas a la lista de drogas tóxicas que sólo pueden venderse bajo receta médica por triplicado, archivada, etc.

¿En el interregno que va desde la aparición de la nueva droga hasta su prohibición, es acaso lícita su venta? La respuesta es obviamente que no, aún cuando el país no tenga norma expresa prohibiendo la venta de toda droga no autorizada.

2.3. *La contaminación por desechos químicos*

En cambio, son más difíciles aquellas situaciones en que la actividad en cuestión no es tan fácilmente determinable en cuando al grado de perjuicio que produce a la salud humana. Los desechos químicos que arrojan al medio ambiente las fá-

bricas ¿son causa de defectos genéticos que se producen en la zona de influencia, del aumento de mortalidad y morbilidad, etc.?

Supongamos por hipótesis que tales actividades han sido oportunamente autorizadas conforme a las normas legales existentes. ¿La inexistencia de norma legal o reglamentaria prohibitiva de arrojar tales desechos al medio ambiente, torna lícita tal actividad?

Nuestra respuesta, en tales casos, es igualmente que no, aunque comprendemos que es un caso sujeto a largos debates a través del tiempo, y que deberá reajustarse en su solución al caso concreto, naturaleza de los desechos, alternativas industriales de tratamiento, costo de éste, etc.

3. *El fumar en público*

El problema del cigarrillo ha cobrado actualidad social y difusión científica suficiente como para permitir un análisis detallado, menos sensibilizado y emotivo que el de otras drogas adictivas de mayor peligrosidad.

3.1. *El principio jurídico*

En el caso del cigarrillo, si adoptáramos una solución similar a las bebidas alcohólicas, en el sentido de la licitud de su venta bajo algunos resguardos de advertencia del fabricante sobre la peligrosidad de su producto para la salud, no por ello la solución es la misma. La diferencia de hecho fundamental es que el bebedor daña solamente su propia salud, en tanto que el fumador daña también la salud de los demás. Incluso hay quienes sostienen que son más cancerígenos los elementos contenidos en el humo expelido que en el inhalado.

¿Tiene otra persona el derecho a perjudicar mi salud, creándome un factor de riesgo cancerígeno, de enfermedad cardiovascular de desenlace fatal probable a través del tiempo, de embolia, enfisema, etc.?

Una respuesta afirmativa sería absurda. Es obvio, para nosotros, que la actividad de fumar en público debe considerarse automáticamente ilegítima y prohibida a partir de la entrada en vigencia de la ley 23.054.

Por lo tanto, si bien el derecho de fumar *en privado* no resulta *prima facie* restringido por las normas y principios precedentemente expuestos, no ocurre lo mismo con el acto de fumar *en público*; fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el art. 19 de la Constitución nacional: ésta enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así, sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública. No existiendo norma expresamente permisiva, cabe entonces concluir que no existe el “derecho” ni la “libertad” de fumar en público sino antes bien y al contrario el *deber jurídico de no hacerlo*.

De igual modo no podría el fumador invocar un supuesto “derecho” a fumar en público, lesionando la salud ajena, atento el principio de que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común;”^{3.1} sólo tiene el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad ² y de las acciones privadas de los hombres.³

En materia del derecho o la prohibición de fumar en público puede ser ilustrativo comparar el problema a) con el consumo de alcohol, permitido salvo en cuanto el exceso de su ingesta inhabilita legalmente el ejercicio de algunas actividades (verbigracia, conducir), b) con el consumo excesivo de alimentos de alto nivel de lípidos, perjudicial a la salud pero no limitado por norma alguna, c) el consumo de drogas, discriminado penalmente en cuanto conducta privada, etc.

En todos estos casos y no obstante su diversidad, el factor común y la línea divisoria de conducta lo constituye siempre la existencia o no de *trascendencia de la conducta individual* y privada al ámbito compartido de la vida en sociedad; ya que no parece tutelado el “derecho” de *obligar* a los demás seres humanos a ser sujetos pasivos involuntarios de la ingesta de bebidas, drogas o alimentos nocivos, y no puede tampoco, por ende, aceptarse en el presente una supuesta obligación de ser sujetos pasivos involuntarios de la introducción compulsiva de agentes nocivos en sus vías respiratorias, ni puede reconocerse a nadie la potestad unilateral de imponérsela coactivamente sin fundamento normativo expreso y razonable, con sustento fáctico suficiente, nada de lo cual ocurre en la especie.

El que fumar constituya una costumbre muy arraigada en algunos sectores de la población no es argumento suficiente para sostener una solución contraria, máxime cuando el hábito de fumar se encuentra en constante descenso, y que hasta los fumadores están frecuentemente de acuerdo con las prohibiciones de fumar en público, considerando que puede ayudarles a abandonar el hábito.

3.2. *La tutela administrativa*

Tratándose entonces, a la inversa, de la tutela de la salud individual y pública amenazada por conductas violatorias y atentatorias contra ellas, debe la autoridad administrativa, al igual que el Poder Judicial en su caso, adoptar las medidas “*de otro carácter*”⁴ que en el marco de su competencia sean conducentes a asegurar el respeto efectivo de los derechos tutelados en la Convención y en la Constitución.

No parece razonable ni necesario, ni satisfaría los criterios interpretativos de los arts. 27 y 31 inc. 1° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados,

^{3.1} Art. 32 inc. 2°.

^{3.2} Art. 11 inc. 2°.

^{3.3} Art. 19 de la Constitución Nacional.

^{3.4} Art. 2° *in fine*.

indicar que los eventuales lesionados deben necesaria y exclusivamente recurrir a los tribunales judiciales⁵ en procura de la defensa de sus derechos, pues ni aún la vía del recurso “sencillo y rápido” un “otro recurso efectivo” previsto en el art. 25 inc. 1°, satisfaría el criterio rector del art. 8° inc. 1°, de una decisión “dentro de un plazo razonable.” En efecto, tratándose de una lesión directa e inmediata, operativa perjudicial y definitiva e instantáneamente sobre la salud humana, sólo resguarda adecuadamente dicha salud un mecanismo de tutela del derecho afectado que evite la consumación del daño a la salud. Por lo tanto, cabe dentro de las obligaciones de los funcionarios públicos de hacer respetar las leyes del país, establecer lo conducente a que no se produzcan bajo su connivencia, complacencia o simple omisión, lesiones arbitrarias a la salud de las personas que concurren a los lugares públicos bajo su competencia.

Corresponde así a los funcionarios públicos en su ámbito de actuación declarar en forma expresa y en tutela de la salud de la totalidad de los asistentes, incluidos aquellos que fumen en su vida privada, la existencia de la prohibición razonablemente implícita en las normas mencionadas, de fumar en público. Ello no importa en la especie declarar en sede administrativa la inconstitucionalidad de una norma legislativa, ya que *no existe norma legal alguna tutelando expresamente la mentada actividad lesiva* a los principios de la Convención y la Constitución Nacional.

3.3. *La tutela jurisdiccional*

En ausencia de cumplimiento administrativo, el particular tiene entonces la vía del amparo para hacer cesar el daño a su salud —tratándose de una cuestión simple de derecho que no requiere prueba—, y posteriormente el recurso extraordinario y la vía supranacional, sin perjuicio de las acciones de daños que pueda intentar en vía civil contra los autores del daño, sus instigadores y la administración como responsable de la lesión por la inaplicación del orden jurídico.

3.4. *Actividad de aprendizaje*

Para mejor orientar la reflexión del tema, agregamos como anexo a este capítulo un caso sobre un decreto de prohibición de fumar que emite concretamente el Poder Ejecutivo, en ausencia de toda otra norma que el Pacto, con una serie de actividades, casos seriados y guías de reflexión.

4. *El transporte automotor privado*¹

4.1. *Dióxido de carbono y tetraetilo de plomo*

Iguals consideraciones son aplicables en el caso de las emanaciones de los vehículos de transporte no público.

^{3.5} O peor, quedarse pasivamente a la espera que el legislador actúe.

^{4.1} Excluimos obviamente ómnibus que funcionen adecuadamente, taxis, remises, tal vez incluso los coches que transiten con la totalidad de sus asientos ocupados.

El arraigo social del automóvil y los fuertes sentimientos de propiedad que provoca, con más la prolongación del yo, espacio de intimidad, territorialidad, dominio del espacio, goce individual, mecanismo de evasión y canalización de agresividad, etcétera, hacen de esto un caso difícil.

Pero la concentración urbana y el crecimiento inexorable del parque automotor privado, el progresivo embotellamiento de calles urbanas que ya no se pueden ensanchar más, culminando en el inevitable futuro de la paralización del tránsito, todo ello bajo una cúpula de “efecto invernadero” en que la vida misma sufrirá tanto como lo hacía ayer por el fumador, permite pronosticar lo que se avecina con alguna certeza probabilística.

A corto, mediano o largo plazo la sociedad se convencerá de la irrazonabilidad, por ende antijuricidad, del daño desproporcionado a la salud que se impone a todos para satisfacer algunas respetables veleidades de un núcleo minoritario de personas.

Lo hará el legislador, el Concejo Deliberante, o lo hará la justicia, pero la prohibición del transporte automotor privado en todo radio urbano densamente poblado es parte inevitable del futuro próximo. Es tan evidente esto que sólo hace falta sentarse, en lo posible detrás de una ventana herméticamente cerrada, a esperar su desenlace.

4.2. El caucho en polvo del desgaste de neumáticos

Como argumento adicional, no es despreciable el daño pulmonar derivado de las actividades que importan arrojar al aire importantes partículas en forma de polvo; antiguamente, la ahora prohibida incineración domiciliaria, todavía hoy, el desgaste constante de los neumáticos de los automotores producto de su fricción en el rodamiento.

Si la incineración domiciliaria no estuviera ya prohibida, correspondería interpretar su prohibición implícita conforme lo venimos explicando. En cambio, en materia del daño a la salud provocado por los automotores privados, parecería que difícilmente la autoridad judicial resolvería, hoy por hoy, la restricción del tránsito automotor solamente al derivado de vehículos de transporte público, a fin de minimizar en la medida de lo posible el daño a la salud. Con todo, si aplicáramos iguales criterios que los explicados en materia del derecho o la prohibición de fumar en público, con más los que resultan del punto 4.1, deberíamos algún día llegar a iguales conclusiones también en dicho caso, por la acumulación de perjuicios a la salud que esta actividad provoca.

5. Conclusiones

Del somero análisis de algunos casos concretos surge claro que la inexistencia de norma específicamente prohibitiva de determinada actividad lesiva al medio

ambiente y la salud de las personas no es óbice a la antijuricidad de tal conducta, la cual tanto los jueces como la administración tienen obligación de declarar.

Sin embargo, habrá que determinar en cada caso múltiples aspectos. Algunos serán comunes, tales como la prueba de la relación de causa a efecto entre la actividad y el perjuicio a la salud, la gravedad del daño, el carácter público o privado de la actividad, el que estén también involucrados el derecho de propiedad y comercio o industria, las consecuencias sociales y económicas de una y otra solución, el estado de la ciencia médica al respecto, los comportamientos sociales en la materia, etc.

Habrán también, ciertamente, aspectos específicos y propios de cada caso que será necesario ponderar en su análisis. Simplemente, lo que no se podrá argumentar con sustento normativo suficiente, es que la inexistencia de norma legal o reglamentaria prohibitiva torna *per se* jurídica la conducta lesiva a la salud y al medio ambiente. Sea que se considere que hay derecho nominado o innominado a la salud y a la no afectación arbitraria del medio ambiente, o que se trata de un principio jurídico indeterminado, no estamos en cualquier caso, en modo alguno, ante un supuesto de carencia normativa a ser resuelto por la regla de que todo lo que no está prohibido está permitido.

Dogmática y normativamente, en conclusión, el principio es que no existiendo norma legal razonable que autorice a realizar determinada actividad lesiva a la salud humana y al medio ambiente, ella se encuentra prohibida de pleno derecho por la Convención y la Constitución.

ANEXO I

El caso del deber de no fumar en público

VISTO:

Los informes de la O.M.S.;

Y CONSIDERANDO:

1°) Que no existe discrepancia alguna en el campo de la medicina sobre el efecto nocivo que el humo del cigarrillo tiene sobre la salud humana, tanto del que lo fuma como de aquellos que respiran el aire contaminado por otros fumadores;

2°) Que no existe hasta el presente norma expresa, de carácter legislativo o reglamentario, que prohíba específicamente fumar en público;

3°) Que, en consecuencia, podría *prima facie* sostenerse que dicha acción cae dentro de las acciones privadas de los hombres (art. 19 de la Constitución Nacional);

4°) Que, sin embargo, existe en la Convención de Costa Rica aprobada por ley 23.054 un derecho específico a la vida (art. 42) y a la integridad física (art. 5° inc. 1°), que puede considerarse razonablemente comprensivo de un derecho o no sufrir lesiones arbitrarias a la salud personal (argumento del art. 4° inc. 1° *in fine*);

5°) Que, así como el trabajo forzoso como condena penal no debe afectar la capacidad física del recluso (art. 6° inc. 2° *in fine*), a fortiori y con mayor razón aún no puede dis-

minuirse la capacidad física de las personas inocentes, no mediando siquiera condena penal a trabajos forzosos en su contra;

6°) Que cabe del mismo modo tener presente el derecho a la libertad y a la seguridad personales (art. 7° inc. 1°), el cual puede razonablemente ser interpretado en el sentido del derecho a no sufrir menoscabos arbitrarios a dicha seguridad o libertad (argumento del inc. 3° del mismo art. 7°);

7°) Que el reconocimiento del derecho a la dignidad humana, tutelado por el art. 11 inc. 1°, puede igualmente entenderse en el sentido que ampara el derecho de los no fumadores a que se respete su salud no ejerciendo sin su consentimiento menoscabos arbitrarios a ella; por extensión, que importa un tratamiento no acorde ni respetuoso a su condición de personalidad jurídica (art. 3°), que hasta importa en último análisis desconocerle su condición de sujeto de derecho y asimilarlo a un ser inanimado;

8°) Que, por ello, la libertad del fumador se transformaría en una ausencia de libertad correlativa del fumador pasivo, por tanto en un sometimiento coactivo que transformaría en autoridad ilimitada, en especial, la alegada libertad del fumador;

9°) Que, si bien en materia diversa, el art. 16 inc. 2° hace referencia a la salud pública y a los derechos de los demás, como posibles limitaciones al derecho allí mencionado, lo que si bien no directamente aplicable al caso, establece al menos un juicio de valor que cabe tener en cuenta en la interpretación del orden jurídico;

10°) Que el derecho a no sufrir lesiones arbitrarias a la salud puede también construirse interpretativamente en nuestra Constitución nacional, y en todo caso en modo alguno resulta contrapuesto a norma alguna de la misma;

11°) Que, por lo tanto, si bien el derecho de fumar en privado no resulta *prima facie* restringido por las normas y principios precedentemente expuestos, no ocurre lo mismo con el acto de fumar en público;

12°) Que fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el art. 19 de la Constitución nacional; que ésta, por lo demás, enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública;

13°) Que por ello, antes bien y a la inversa, sólo en virtud de ley expresa que tuviera razonable sustento fáctico podría obligarse a los individuos a sufrir lesiones a su salud personal por el ejercicio, por terceras personas, del acto de fumar en el mismo ámbito que ellas respiran;

14°) Que no existiendo norma alguna de esta naturaleza, cabe entonces concluir que no existe el derecho de fumar en público sino antes bien y al contrario el deber jurídico de no hacerlo;

15°) Que dicha prohibición o deber tiene sustento en las normas referidas al derecho a la vida e integridad personal y a la salud, de rango internacional e interno por la ley 23.054, e igualmente en la propia Constitución nacional, sin perjuicio de otras disposiciones ya mencionadas;

16°) Que una interpretación dinámica de la Constitución tutela igualmente el medio ambiente en que vivimos, previniendo contra una de las causas de su creciente contaminación, lo cual parte de la doctrina al menos considera también posible aplicación directa

razonable del “normativismo supranacional” de la Convención, aún sin norma legislativa o administrativa expresa que prohíba la actividad nociva para la salud y el medio ambiente (PIGRETTI y BELLORIO, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Educa, 1985, pp. 14 y 15);

17°) Que también cabe merituar, a diferencia de otros casos de actividades industriales nocivas para el medio ambiente y la salud primigeniamente consideradas lícitas, que la interpretación de la ilicitud del hecho de fumar en público no lesiona el derecho de propiedad de los fabricantes ni les priva del ejercicio para el futuro del derecho de ejercer comercio o industria, ni supone el cercenamiento respecto de ellos de una empresa en marcha, lo cual excluye el eventual planteo de si tendrían o no derecho a una indemnización por el cese de su actividad hoy considerada antijurídica en el aspecto indicado;

18°) Que, no obstante ello y a mayor abundamiento, conviene recordar que ya existen en el país precedentes de actividades previamente consideradas “lícitas” que han sido consideradas antijurídicas *ex nunc* por el juez (caso de Ensenada), por lo cual menores dificultades de índole jurídica puede presentar la conclusión de que determinadas personas se abstengan, sin daño económico alguno para ellas y al contrario hasta con beneficio para su propia salud y economía, de realizar conductas perjudiciales para el medio ambiente y la salud ajena;

19°) Que algunos funcionarios y administrados, que constituyen una minoría, han expresado en algunas ocasiones su deseo de fumar en las oficinas de las administraciones públicas;

20°) Que la solución a que se arriba *ut supra* no es persecutoria respecto de la minoría de fumadores que solicitan fumar en público, ni resulta en su discriminación arbitraria, pues no puede interpretarse el orden jurídico como confiriendo a nadie el derecho a perjudicar la salud de terceras personas ajenas a sus actos;

21°) Que, por lo tanto, la solución mencionada tampoco transgrede el art. 1° de la Convención de Costa Rica, ni contiene una discriminación inversa.

22°) Que de igual modo no podría el fumador invocar un supuesto “derecho” a fumar en público, lesionando la salud ajena, atento el principio de que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común”, como determina el art. 32 inc. 2° de la Convención en otras palabras, a lo sumo tendrá el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad (art. 11 inc. 2°) y de las acciones privadas de los hombres (art. 19 de la Constitución Nacional).

23°) Que, sin perjuicio de lo todo expuesto, el Poder Ejecutivo nacional debe ponderar cuáles son sus deberes y atribuciones en cuanto autoridad administrativa frente al caso bajo análisis;

24°) Que en su calidad de funcionario responsable de la administración nacional tiene el deber de respetar y hacer respetar el derecho a la salud, a lo cual no obsta la inexistencia de norma legal estableciendo la prohibición de fumar, pues la ausencia de ley no excluye la vigencia del art. 2° de la Convención, en cuanto hace obligación de los Estados adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, lo que incluye tanto normas jurisdiccionales como administrativas;

25°) Que no sería razonable requerir el dictado de una ley del Congreso para resolver lo que no es sino un simple problema o caso de interpretación, que por lo demás carece

de complejidad jurídica alguna, aunque altere costumbres muy arraigadas en algunos sectores de la población;

26°) Que no vulnera, en la especie, el derecho de un pueblo a mantener sus tradiciones y costumbres, tales como nacionalidad (art. 20), lengua nativa (art. 8° inc. 2° apartado *a*), religión o creencia (art. 12), nombre (art. 18) ya que el hábito de fumar no es un aspecto del folklore, como puede serlo en algunas tribus norteamericanas ni constituye parte de un rito o conjunto de creencias el hacerlo en detrimento de los demás, ni lo es de pueblo o grupo social cultural alguno en particular, pues se trata de un hábito tan universal como el consumo de bebidas alcohólicas, café, y otras sustancias análogas por su leve potencial adictivo, que satisface gustos o necesidades personales pero no constituye verdaderamente una tradición comunitaria;

27°) Que no se trata en la especie de una limitación a los derechos ni a la libertad de los individuos, pues como se ha visto nadie tiene el derecho de perjudicar la salud de los demás fumando en público sino que antes bien y al contrario tiene el deber jurídico de no hacerlo;

28°) Que de manera incidental puede ser ilustrativo comparar el problema en análisis *a*) con el tema del consumo individual de alcohol, permitido salvo en cuanto el exceso de su ingesta inhabilita legalmente el ejercicio de algunas actividades (verbigracia, conducir), *b*) con el consumo excesivo de alimentos de alto nivel de lípidos, perjudicial a la salud pero no limitado por norma alguna, *c*) el consumo de drogas, discriminando penalmente en cuanto conducta privada, etc.; pues en todos estos casos y no obstante su manifiesta diversidad el factor común y la línea divisoria de conducta lo constituye siempre la existencia o no de trascendencia de la conducta individual y privada al ámbito compartido de la vida en sociedad; ya que en todos estos casos no aparece tutelado el derecho de obligar a los demás seres humanos a ser sujetos pasivos involuntarios de la ingesta de bebidas, drogas o alimentos nocivos, y no puede tampoco, por ende, aceptarse en el presente una supuesta obligación de ser sujetos pasivos involuntarios de la introducción compulsiva de agentes nocivos en sus vías respiratorias, ni puede reconocerse a nadie la potestad unilateral de imponérsela coactivamente sin sustento normativo expreso y razonable, con sustento fáctico suficiente, nada de lo cual ocurre en la especie;

29°) Que tratándose entonces, a la inversa, de la tutela de la salud individual y pública amenazada por conductas violatorias y atentatorias contra ellas, debe la autoridad administrativa, al igual que el Poder Judicial en su caso, adoptar las medidas “de otro carácter” (art. 29 *in fine*) que en el marco de su competencia sean conducentes a asegurar el respeto efectivo de los derechos tutelados en la Convención y en la Constitución;

30°) Que no parece razonable ni necesario, ni satisfaría los criterios interpretativos de los arts. 27 y 31 inc. 1° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, indicar que los eventuales lesionados deben necesariamente recurrir a los tribunales judiciales en procura de la defensa de sus derechos, pues ni aún la vía del recurso “sencillo y rápido” u “otro recurso efectivo” previsto en el art. 25 inc. 1°, satisfaría el criterio rector del art. 8° inc. 1° de una decisión “dentro de un plazo razonable”;

31°) Que, en efecto, tratándose de una lesión directa e inmediata, operativa perjudicial y definitiva e instantáneamente sobre la salud humana, sólo resguarda adecuadamente dicha salud un mecanismo de tutela del derecho afectado que evite la consumación del daño a la salud;

32°) Que, por lo tanto, cabe no sólo dentro de la competencia del Presidente, sino también dentro de sus obligaciones como funcionario público de hacer respetar las leyes del país, establecer lo conducente a que no se produzcan bajo su connivencia, complacencia o simple omisión, lesiones arbitrarias a la salud de los alumnos que asisten a clase;

33°) Que, por ello, corresponde declarar en forma expresa y en tutela de la salud de la totalidad de los asistentes, incluidos aquellos que fumen en su vida privada, la existencia de la prohibición razonablemente implícita en las normas mencionadas, de fumar en público en todas las oficinas públicas integrantes de la administración pública nacional centralizada y descentralizada, cualquiera sea su forma jurídica o denominación;

34°) Que lo expuesto no importa en la especie, por ende, declarar en sede administrativa la inconstitucionalidad de una norma legislativa expresa, lo que le estaría vedado a la administración y corresponde al ámbito judicial exclusivamente (C.S., *San Martín de Tabacal*, 269: 243, y opiniones contrarias citados en MILLER, GELLI, CAYUSO, t. I, pp. 59-65), ya que no existe norma legal alguna tutelando expresamente la mentada actividad Lesiva a los principios de la Convención y la Constitución Nacional.

Por ello y en virtud de las obligaciones que le impone el art. 2° del Tratado de Costa Rica.

El Poder Ejecutivo Nacional

DECRETA:

Art. 1°.— Infórmase a los Sres. funcionarios y particulares de la prohibición de fumar en toda clase de oficina pública de la administración nacional centralizada o descentralizada, como aplicación razonada de los derechos tutelados por los arts. 4° inc. 1°; 5° inc. 1°; 6° inc. 2° *in fine*, 7° inc. 1° y 3°, 11 inc. 1°, conforme a las restricciones valorativamente contempladas en el artículo 16 inc. 2°, 4° inc. 1° *in fine*, 6° inc. 2° *in fine*, 7° inc. 3°, y demás disposiciones de la Convención de Costa Rica aprobada como derecho internacional e interno por la ley 23.054 y demás disposiciones congruentes, que pueden considerarse razonablemente incluidas en las garantías nominadas e innominadas de la Constitución Nacional.

Art. 2°.— De forma.

Guía de reflexión

I. *Hechos*

1°) ¿Fumar daña a la persona que lo hace?

¿El humo del cigarrillo perjudica la salud de los no fumadores que lo aspiran, por ejemplo en una habitación donde otros fuman?

¿Es más perjudicial para la salud el humo del cigarrillo propio o de terceros?

¿Cuál es el *target* de la publicidad de cigarrillos?

¿Fuman más los hombres o las mujeres?

¿Es creciente o decreciente el hábito de fumar? ¿En qué proporción?

¿Existen cigarrillos con sabor frutal? ¿Por qué?

¿Alguna vez el fumar se publicitó como recomendado por los médicos, en las propagandas empresarias?

¿Qué efectos físicos produce el humo del cigarrillo?

- ¿Existe algún tipo de estrato social en que sea más o menos frecuente el hábito de fumar?
- ¿Las plantaciones de tabaco aumentan o disminuyen en los últimos años y cuál es la tendencia?
- ¿Tiene relación el hábito de fumar con el medio ambiente? En caso afirmativo, ¿cuál?
- ¿La decisión tutela parcial o totalmente la salud del fumador? ¿Lo hace en contra de su voluntad?
- 2º) ¿Qué tipo de profesional es indicado para efectuar una pericia sobre estos temas? ¿Qué tipo de organismos nacionales o internacionales pueden tener información recopilada y publicada sobre estos temas?
- ¿Conseguirla y conocerla permitirá apreciar más adecuadamente los hechos del caso, y su entorno social?
- 3º) ¿El acto tiene sustento fáctico suficiente?

II. Valoraciones

- 4º) ¿El acto es desproporcionado o arbitrario?
 - ¿Cuál es el grado de interés actual del caso?
 - ¿Es justa la solución del caso?
 - ¿Lo sería si se tratara de bebidas alcohólicas? ¿Alimentos nocivos?
 - ¿*Quid* drogas diversas?

III. Normas. Interpretación

- 5º) ¿Ha ponderado el acto todas las normas y principios jurídicos aplicables o ha omitido alguna norma o principio fundamental?
- 6º) ¿Fuerza las normas que invoca, u otras, o se ajusta a su texto y a su espíritu?
- 7º) ¿Excede las facultades regladas o discrecionales del funcionario?
- 8º) ¿Constituye un acto administrativo o un reglamento?
- 5º) En el segundo caso, ¿qué tipo de reglamento sería?
- 10º) En tal caso, ¿excede las facultades reglamentarias de la administración?
- 11º) Varía la solución del caso si el acto proviene: a) de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires b) del Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires?
- 12º) Cambiaría la solución si hubiera alguna ley expresa tutelando la actividad? ¿Cuál sería la obligación del funcionario en ese caso?
- 13º) ¿Es discriminatorio en sentido jurídico, sea de manera directa o inversa, contra el fumador?
- 14º) ¿Agravia la honra y dignidad humanas en sus considerandos al efectuar una comparación con bebidas, alimentos y drogas?
- 15º) ¿Agravia la honra y reputación de los fumadores?
- 16º) ¿Tutela el medio ambiente?

- 17°) ¿Podría llegarse en el caso del deber de no fumar en público a la misma solución sin invocar la Convención?
- 18°) ¿La Convención a) facilita, b) dificulta, c) es neutra, para arribar a la decisión del caso?
- 19°) Establezca un orden de importancia de los argumentos invocados en el caso.
- 20°) Determine si ese orden cambia en otros casos de tutela de la salud y el medio ambiente. Diferencie los eventuales “derechos afectados” por la prohibición (derechos subjetivos, intereses legítimos, intereses simples).
- 21°) ¿Es razonable semejante invasión sobre su conducta personal? ¿Puede la administración, en el caso, sin ley expresa que la faculte a ello, imponer a los ciudadanos una prohibición de obrar?
- 22°) ¿Se relaciona el derecho a fumar:
- a) con el derecho a la vida del fumador,
 - b) la “obligación de vivir”,
 - c) el “derecho a morir”,
 - d) el derecho a la vida de los demás? En caso afirmativo, ¿cómo y por qué? ¿Los vincula expresa o implícitamente el caso? ¿Por qué? ¿Debiera haberlo hecho de algún modo distinto? ¿Cuál?
- 23°) ¿Están previstos expresamente esos derechos y obligaciones en la Convención? ¿Puede derivárselos razonablemente de ella? En caso afirmativo ¿a partir de qué normas? ¿Cómo se lo podría argumentar, en pro y en contra?
- 24°) ¿Tiene importancia el considerando 33°) o es puramente superfluo?
- 25°) Analice las preguntas de MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y poder político*, t. I, pp. 65-67, a la luz del art. 2° de la Convención.
- 26°) Redacte un acto por el que un abogado inicia un amparo, refutando todos y cada uno de los considerandos de éste.
- 27°) Acto seguido, redacte una sentencia en la cual recoge los principales argumentos de ambos criterios y resuelve fundadamente.
- 28°) El presente caso ¿tiene exclusivo interés metodológico por el análisis jurídico de los alumnos en el proceso de aprendizaje, o tiene también interés práctico que exceda el adquirir un método de razonamiento? En caso afirmativo, ¿cuál?
- 29°) ¿En qué se diferencia esta solución del caso de fábricas que producen desechos químicos nocivos a la salud?
- 30°) Identifique en la realidad local, preferiblemente en supuestos que Ud. conozca de manera personal, directa y actual, otros supuestos de daños a la salud y contaminación ambiental.
- 31°) Determine sus diferencias con el presente caso.
- 32°) Proyecte la solución del mismo en las siguientes hipótesis:
- a) Ud. es un ciudadano común;
 - b) Ud. es el funcionario administrativo competente;
 - c) Ud. es el Juez a cuyos estrados llega el problema;

d) Ud. es legislador.

33°) a) Resuelva el caso del fumador como si Ud. fuera TRUEPENNY.

b) Resuelva el mismo caso como si Ud. fuera HANDY.

c) Resuelva el mismo caso como si Ud. fuera FOSTER.

34°) Considere una serie sucesiva de casos en todos los cuales estamos en presencia de un funcionario o particular del curso que quiere saber si tiene derecho a consumir determinada sustancia en una oficina pública. El problema podría asemejarse en algunos aspectos al caso del fumador, con la diferencia que en cada caso varía el tipo de sustancia respecto de la cual se requiere una respuesta respecto a su derecho de consumirla:

1°) fumar (el caso ya visto), 2°) beber café, 3°) tomar una aspirina, 4°) tomar naltrexona recetada, 5°) tomar un medicamento no recetado, 6°) mascar tabaco, 7°) aspirar rapé, 8°) tener un acullico (bolo de hojas de coca que se mantiene en la boca), 9°) aspirar cocaína en polvo, 10°) tomar una pastilla de “crack”.

Tenga presente que en estos casos, a diferencia de la tarea de los puntos 26, 27 o 32, la pregunta no es “¿qué debe hacer el funcionario?”, ni “¿qué debe hacer el legislador?”, o “¿qué debe hacer el juez?” y ni siquiera “¿qué debo hacer yo?”, sino más específicamente:

“¿Tiene o no derecho, esa persona, a hacerlo?”

¿Conforme a qué filosofía jurídica da su respuesta?

¿Con qué fundamento concreto dentro de esa filosofía jurídica?

¿Cuáles son las consecuencias sociales —*lato sensu*— de una u otra solución?

35°) En los diez casos anteriores, identifique con precisión de qué modo la modificación de la situación de hecho —la sustancia ingerida— suscita cambios en las valoraciones y por consecuencia en la solución del caso. A los efectos de simplificar el análisis, prescinda de la existencia de una ley declarada inconstitucional en cuanto prohíbe el consumo individual de drogas.

36°) En una segunda etapa, analice el caso a la luz de la norma legal declarada inconstitucional.

37°) Identifique en los diez casos mencionados en el punto 34 cuáles son los más complejos. Fundamente distintas soluciones a los casos más complejos a) en el estilo de TRUEPENNY, b) de HANDY y c) de FOSTER.