

## **La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La jurisprudencia en materia de derecho a la vivienda y derecho a la salud**

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dedica un artículo a la protección de los derechos de la vejez. En efecto, el art. 41 sostiene lo siguiente: “La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias. Para ello desarrolla políticas sociales que atienden sus necesidades específicas y elevan su calidad de vida; las ampara frente a situaciones de desprotección y brinda adecuado apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia; promueve alternativas a la institucionalización”.

Podría decirse que el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional sirvió de inspiración para este artículo, que constituye la plataforma normativa para el desarrollo del derecho de la vejez en el ámbito local<sup>1</sup>. Además, nuestro país se ha comprometido en virtud de diversos instrumentos internacionales a proteger los derechos de la vejez —entre otros instrumentos, a través de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>2</sup>—, cuestión que también gravita sobre la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la esfera de la Ciudad.

Ahora bien, ¿cuál es la implementación jurisprudencial de dicho artículo? A continuación, se estudiará la judicialización del art. 41 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en torno al derecho a la vivienda digna y al derecho a la salud.

Antes de pasar a analizar la jurisprudencia, conviene reseñar la ley local 4036, que tiene por objeto la protección integral de los derechos sociales para los ciudadanos de la CABA, priorizando el acceso de aquellos en estado de

---

<sup>1</sup> D. A. Sabsay, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición comentada*, Jusbaire, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 472.

<sup>2</sup> Por ejemplo, la Convención incluye artículos en materia de derecho a la vivienda (art. 24) y de derecho a la salud (arts. 19 y 12).

vulnerabilidad social<sup>3</sup> o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad (art. 1) (en adelante, GCBA). La ley dedica un capítulo a los adultos mayores, y contiene disposiciones tendientes a asegurar sus derechos, su atención integral, su integración social y comunitaria, y la promoción de su autonomía y de su bienestar físico y psíquico, bajo los principios rectores de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la resolución 46/91 de la ONU y la ley 81 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 16). A tal fin, el art. 17 detalla una serie de acciones que serán implementadas por el GCBA:

1. Facilitar el mantenimiento de la persona mayor en su medio, a través de medidas que posibiliten su permanencia en el hogar propio o familiar. A tal efecto, pondrá a disposición de los adultos mayores, recursos técnicos y materiales en forma de acompañantes terapéuticos o gerontológicos a fin de retrasar, en los casos que lo determine la evaluación técnica, la institucionalización temprana.
2. Disponer la prestación de cuidados personales, en centros de atención diurna o en centros residenciales, destinados a personas mayores en situación de dependencia.
3. Brindar orientación y asesoría jurídica a las personas mayores en desamparo, arbitrando los medios técnicos y materiales a fin de detectar y asistir a aquellos adultos mayores que padezcan situaciones de maltrato y/o violencia física o psicológica.
4. Garantizar el acceso a los servicios de salud y a la seguridad alimentaria;
5. Promover el envejecimiento activo y saludable.

Finalmente, el art. 18 sostiene que en el caso de los adultos mayores a 60 años de edad en situación de vulnerabilidad social, la autoridad de aplicación deberá asegurarles el acceso a un alojamiento y a la seguridad alimentaria a tal fin podrá destinar entregas dinerarias o disponer de otro mecanismo.

---

<sup>3</sup> El artículo 6 de la ley define a la vulnerabilidad social como la “condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos”, y considera “personas en situación de vulnerabilidad social” a aquellas que “*por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos*”.

## **El desarrollo jurisprudencial del art. 41 CCABA en algunas sentencias locales en materia de salud y de vivienda digna**

Se analizarán dos sentencias en materia de derecho a la vivienda y dos en materia de derecho a la salud. El artículo 41 de la CCABA fue utilizado en otros casos análogos relativos a las personas mayores, pero del relevamiento realizado se consideró que los casos seleccionados constituían un buen muestreo de los avances realizados en la CABA sobre ambos derechos, principalmente en virtud de la gravitación de los casos elegidos sobre otros posteriores resueltos en similar sentido.

### 1. Derecho a la vivienda

#### a. "K.M.P. c. GCBA y otros s. amparo"<sup>4</sup>

En 2014, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, TSJ) se pronunció sobre el derecho constitucional a una vivienda digna (art. 14 CN y art. 31 CCABA) en un contexto de extrema vulnerabilidad social y económica. Se trataba de un hombre de 49 años de edad, desempleado, que padecía Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y que no contaba con familiares que pudieran proveerle ayuda. En 2004 obtuvo el certificado de discapacidad, expedido por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. En 2007 fue incluido en el Programa de Atención a Familias en Situación de Calle, y percibió el subsidio previsto por el decreto no. 690/06, hasta su finalización en septiembre de 2009, momento en el que solicitó al GCBA la renovación del subsidio, pero su petición fue denegada.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario condenó al GCBA a pagar el subsidio. El Gobierno recurrió la sentencia, invocando la afectación de su derecho de propiedad y que la imposición de efectuar ese pago sin monto ni límite temporal, que aumentaría indefinidamente, incidiría en el presupuesto de la Administración. De ese modo, el demandado adujo la violación del debido proceso, de los principios de legalidad y división de poderes. Y sostuvo

---

<sup>4</sup> TSJ, "GCBA s. queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", expte. no. 9205/12, 21 de marzo de 2014.

que partiendo del principio de mayor urgencia y necesidad, el GCBA prevé asistencia habitacional compatibilizando la ayuda social con los recursos económicos limitados con los que cuentan. Lo que planteaba el GCBA se fundaba en el art. 2 del PISDESC, que prescribe que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos, en este caso concreto la realización de los mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional en la jurisdicción de la CABA.

Sobre esto último, los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano manifestaron que (al momento de dictar la sentencia) no existía una ley que, cumpliendo con la manda del art. 31 de la CCBA, reglamente el derecho a la vivienda en términos tales que se pueda conocer cuáles son las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr una solución “progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”. El quid de la cuestión era la realización del mayor esfuerzo por parte del Estado —en cumplimiento con sus compromisos asumidos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional— en relación a las personas que se encuentren en estado de vulnerabilidad social.

En función de ello se resolvió revocar la sentencia que ordenaba al GCBA cubrir la necesidad de vivienda de la parte actora a través del subsidio previsto por el decreto 690/06 —que ya le había sido otorgado hasta su finalización en septiembre de 2009— u otro medio razonable que no sea parador ni hogar. En cambio, resolvió condenar al Gobierno de la CABA a que presente una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas a la situación de discapacidad del actor.

b. “Valdez, Mario Enrique c. GCBA”<sup>5</sup>

Tres meses después de expedirse en el caso “K.M.P”, el TSJ se pronunció nuevamente sobre el derecho constitucional a una vivienda digna. En esta ocasión, resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad deducido por el

---

<sup>5</sup> Tribunal Superior de Justicia de la CABA, “Valdez, Mario Enrique c. GCBA y otros s. amparo (art. 14 CCABA) s. recurso de inconstitucionalidad”, expte. no. 9903/13, 4 de junio de 2014.

GCBA contra la sentencia que hizo lugar al amparo deducido por el Sr. Valdez, y condenó al demandado a que presente una propuesta para asegurar a la parte actora el acceso a un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas a la situación del accionante, al igual que había dispuesto en el caso “K.M.P.”

Los jueces señalaron que la obligación estatal de prestar asistencia en materia habitacional a las personas en situación de emergencia puede satisfacerse mediante diversos cauces. Sin embargo, negaron la posibilidad de que el Gobierno de la CABA cumpliera aquel derecho alojando a la parte actora —argentino de sesenta años, sin contención familiar, en situación de calle, que padece una enfermedad obstructiva crónica, que le impiden salir de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra— en hogares o paradores.

En cuanto al establecimiento de las políticas sociales y la reglamentación del derecho a la vivienda digna, los jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano mencionaron el párrafo 1 del art. 2 del PIDESC<sup>6</sup> y afirmaron que “[l]os estados, locales y el Nacional, tienen que realizar sus mayores esfuerzos para solucionar el problema habitacional”. En apoyo de sus argumentos, los jueces citan el caso “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia en 2012. Allí, la Corte sostuvo que los tratados como el PIDESC “no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”.

En su voto, el juez José Osvaldo Casás reflexiona sobre la posibilidad de satisfacer plenamente y sin limitaciones todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales a todos quienes los reclaman en el marco del estado constitucional social y democrático de derecho, teniendo en cuenta los compromisos que la Argentina ha asumido a raíz de la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional en 1994. Tiene en cuenta las debilidades financieras de la CABA y su limitada superficie, la incidencia en los contribuyentes locales, el impacto ambiental que representaría una política de construcción de viviendas a modo de dar respuesta al problema habitacional y la necesidad de privatizar espacios públicos. Así, sostiene que

---

<sup>6</sup> “Cada uno de los Estados partes (...) se compromete a adoptar medidas (...) *hasta el máximo de los recursos de que disponga* para lograr *progresivamente* (...) la plena efectividad de los derechos [allí] reconocidos”.

consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos, sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales —que, por definición, en tanto económicos, resultan escasos— y las limitaciones territoriales de la Ciudad, constituye una utopía, hasta la fecha malograda, a pesar de las más variadas experiencias transitadas e intentos que pretendieron concretar las igualmente dispares propuestas gubernamentales de quienes se encontraron al frente de las magistraturas nacionales y de la Ciudad, como también —por razones financieras— de los restantes Estados provinciales. (...) En razón de lo expuesto es que corresponde erogar la mayor cantidad de recursos públicos *disponibles* de manera *razonable*; como se señalara, otorgando prioridad en el acceso a los beneficios a aquellos que las normas asignen como destinatarios de una tutela especial y conjurando los supuestos en los que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona.

En ese contexto, los jueces sostuvieron que cada uno de los poderes estatales tiene una función principal y ejerce de manera secundaria la función de los otros poderes. Esto se traduce en que aquellos no son compartimentos estancos, sino que se vinculan entre sí; existe una interconexión entre ellos. Teniendo en cuenta la función para la que fueron concebidos, no corresponde al poder judicial ejecutar las políticas públicas, sino que es el poder legislativo el que las decide y es el poder ejecutivo el que debe ejecutarlas. Por ello, “[e]n estos casos, los jueces deberán cuidarse de no invadir las competencias que el Poder Legislativo ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente al derecho vulnerado en los supuestos particulares como el *sub examine*. En esos casos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que perentoriamente se pronuncie al respecto”. En consecuencia, el TSJ decide que el Gobierno de la Ciudad deberá presentar una propuesta en el plazo que indique el juez de grado para hacer frente a la obligación de otorgar el acceso a un alojamiento, que resulte adecuada a la situación particular del amparista.

## 2. Derecho a la salud

### a. “Tourriñan, Norma Susana y otros c. GCBA”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> TSJ, “Tourriñan, Norma Susana y otros c. GCBA s. amparo”, expte. no. 7889/11, 9 de mayo de 2012.

En 2012 el TSJ se pronunció sobre el derecho a la salud en el marco de una situación en que convergían diversas causas de vulnerabilidad. Se trataba de tres personas, afiliadas a la OBSBA en virtud del ámbito de trabajo en el que se habían desempeñado, que gozaban del beneficio de jubilatorio, y que en 2001 decidieron mudarse desde la CABA a Mar de Ajó, en el Partido de la Costa, en donde se encontraron con la total falta de cobertura médica y medicamentos necesarios a fin de paliar sus problemas de salud. Al formular sus respectivas quejas ante la OBSBA se les informó que dicha obra social no ofrecía cobertura en otro lugar que no sea la CABA. Desde ese momento hasta el 2005 implementaron el siguiente sistema: el pago de su propio peculio y el posterior reintegro de todas las consultas, estudios, internaciones e intervenciones quirúrgicas necesarias; el envío por vía correo fax de las recetas de los médicos que los trataban en su lugar de residencia; y la remisión de sus medicamentos a su domicilio a través del servicio de correos OCA. Dados sus cuadros clínicos y la falta de cobertura directa de la OBSBA, los actores pensaron en cambiarse de obra social. A tal efecto, recurrieron a distintas obras sociales para ver cómo podían afiliarse a una de ellas. Sin embargo, no pudieron ejercer la libertad de elección de su obra social, porque la OBSBA no había dado cumplimiento al artículo 37 de la ley 472 que la obligaba a adherir al Sistema Integrado Nacional regido por las leyes nacionales 23.660 y 23.661.

Frente a dicha situación, iniciaron una acción de amparo contra la OBSBA y el GCBA para que se ordene la inscripción de la obra social al Registro de Obras Sociales —que administra la Superintendencia de Servicios de Salud— y de ese modo quede adherida al sistema impuesto por las leyes 23.660 y 23.661. Así, podrían ejercitar su derecho de opción.

El GCBA planteó su falta de legitimación pasiva, ya que la OBSBA es una persona jurídica distinta del GCBA. Además, sostuvo que era imposible legal y fácticamente cumplir el artículo 37 de la ley 472, que establece como plazo máximo el 1 de enero de 2003 para que la OBSBA disponga su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional de las leyes 23.660 y 23.661, así como que a partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social. Ergo, solicita la declaración de su inconstitucionalidad.

Por su parte, la OBSBA solicitó que se declare abstracta la acción y manifestó que la ley 3021 permite la libre opción solamente a los afiliados activos; sin

embargo, los actores eran jubilados, por lo que se les aplicaba el artículo 3 de la ley. En efecto, la ley 3021, que había sido sancionada recientemente, sostenía en su artículo 1 que “[a] partir del 1° de abril de 2009 quedará asegurada la libre opción de obra social para todos los afiliados *activos* comprendidos en la Ley N° 472, a través de una decisión individual y escrita de quienes deseen ejercerla a favor de cualquiera de los agentes del seguro nacional de salud, de acuerdo a las condiciones y pautas que fije la reglamentación que dictará el Poder Ejecutivo con sujeción a los principios de esta Ley, dentro de los sesenta (60) días de su entrada en vigencia”. Mientras tanto, el artículo 3 sostenía que “[l]a afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 quedará a cargo de la ObSBA, la que percibirá a tal efecto los aportes y contribuciones previstos en los incisos b), d) y e) del Artículo 17 de dicha Ley”.

En la sentencia de primera instancia se rechazó la excepción de falta de legitimación y se desestimó la acción de amparo fundándose esta última en que el derecho de libre elección de obra social no es absoluto y no posee base constitucional sino legal.

La parte actora apeló dicha sentencia y la Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 3021, hizo lugar a la acción de amparo y ordenó a la ANSES que derive las retenciones que realizan a los accionantes a la empresa de medicina prepaga u obra social que elijan en el marco de los convenios celebrados por la OBSBA. Ante dicho pronunciamiento la OBSBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue rechazado por el TSJ.

Es interesante la opinión que expresó la jueza Ana María Conde en su voto, pues ella consideró que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad: en su parecer, el razonamiento de la Cámara sobre la violación del principio de igualdad en el caso era incorrecto. En efecto, la Cámara había considerado que la distinción que la ley hacía entre afiliados activos y pasivos era arbitraria, y que violaba el principio de igualdad. En cambio, Conde hizo foco en las circunstancias fácticas y normativas que, de acuerdo con su óptica, impiden tratar de manera igualitaria la situación de los afiliados activos y de los jubilados. Es decir, el sector pasivo suele demandar mayor cantidad de prestaciones médicas, de mayor complejidad y onerosidad que el sector activo, dado a que la situación un sector, en lo referente a la salud, no es idéntica a la del otro. No solo las necesidades son

distintas, sino que los recursos también lo son. Por todo ello, descartó que aquella distinción vulnera el principio de igualdad y, conforme con la jurisprudencia de la CSJN en la materia, sostuvo que la afiliación obligatoria de los jubilados a la OBSBA se fundamenta en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional —que se efectiviza a través del principio de solidaridad social—.

Por su parte, la jueza Ruiz opinó que correspondía rechazar el recurso de inconstitucionalidad, e hizo hincapié en que privar a los jubilados de ejercer su libre elección de obra social implicaba vulnerar sus derechos fundamentales. Se trataba del derecho a la salud de quienes gozan de una tutela especial —afirma Ruiz—, contemplada en el artículo 41 de la Constitución de la CABA. En sintonía con el voto de Ruiz se pronunció el juez Bacigalupo, quien planteó que la OBSBA en ningún momento indica la razón por la cual se reconoce la posibilidad de opción solamente a los afiliados activos.

Conforme a estos argumentos —sumado al del juez Casás, quien considera que el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido—, el TSJ resuelve rechazar tal recurso planteado por la OBSBA.

b. “Righetti Juan Pablo c. Obra Social de la CABA”<sup>8</sup>

El Juzgado no. 6 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA se pronunció recientemente sobre el derecho a la libre opción de obra social. El Sr. Righetti —quien ejercía sus funciones como agente de la CABA y había iniciado el trámite para obtener el beneficio jubilatorio— interpuso una acción de amparo y solicitó que se declare inconstitucional el artículo 3 de la ley 3021.

El actor se encontraba adherido a OSDE —en ejercicio del derecho a la libre opción de cobertura médica previsto en las leyes 472 y 3021— pero temía que al momento de concretizarse su situación pasiva, quedaría incluido en la OBSBA sin poder cambiar de obra social, en virtud del artículo 3 de la ley, arriba comentado. Por lo cual, según él, dos principios quedaban vulnerados: el de igualdad, consagrado en el artículo 16 de la CN, y el de igualdad de oportunidades, garantizado a personas mayores, que emana del artículo 41 de la CCABA.

---

<sup>8</sup> Juzgado 6 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, “Righetti Juan Pablo c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s. amparo”, expte. no. A3.830-2016/0, 24 de febrero de 2017.

¿Cómo negar el derecho a la libre opción de cobertura médica a una persona que ejerce el beneficio jubilatorio, cuando se presume que es en aquel periodo de su vida en que probablemente requerirá con mayor frecuencia de los servicios relacionados con la salud, derecho de raigambre constitucional? Al igual que en el caso anterior, aquí se entrecruzan el principio de igualdad y el derecho de la tercera edad a una asistencia particularizada, prevista en el art. 21 inciso 6<sup>9</sup>, como también de las políticas sociales, a las que se refiere el art. 41 de la CCABA.

El fallo sostiene que la distinción entre afiliados activos y pasivos indicaría que en el caso la edad es una categoría sospechosa, y esta distinción no correspondería en detrimento de las personas de edad, pues además de las normas de la CN que consagran la igualdad, el artículo 11 de la CCABA expresa que “todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo [...]”.

Así, el juez resuelve declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 3 de la ley 3021, y condenar a la OBSBA a cumplir el derecho de libre opción del amparista con idéntico alcance al que le es reconocido a sus afiliados activos.

### **Algunas reflexiones sobre las sentencias reseñadas**

De las sentencias reseñadas, se pueden resaltar algunas luces. Una es la solución integradora que da el TSJ a la cuestión de la satisfacción progresiva de los DESC según el máximo de los recursos y el respeto al principio de división de poderes, por un lado, y la situación de vulnerabilidad de aquellos que requieren con urgencia ver satisfechas sus necesidades en materia de, por ejemplo, vivienda o salud, por el otro. Son destacables los cuidadosos análisis del párrafo 1 del art. 2 del PIDESC, las remisiones a la sentencia de la CSJN “Q. C., S. Y.” en punto a la

---

<sup>9</sup> “La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos: [...] Reconoce a la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada”.

interpretación del significado de la operatividad de las normas, la advertencia de la utopía que significaría consagrar un catálogo interminable e ilusorio de derechos sin tener en cuenta la disponibilidad de los bienes materiales, sin dejar de resaltar que la forma razonable de erogar la mayor cantidad de recursos públicos disponibles es otorgando prioridad en el acceso a los beneficios a aquellos que las normas asignen como destinatarios de una tutela especial, así como en los casos en que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Ante esta situación, es importante que el poder judicial resuelva la controversia en un modo que atienda la situación de vulnerabilidad y urgencia, pero lo haga de un modo congruente con su rol dentro del principio de división de poderes. En este contexto, es prudente la decisión de condenar al GCBA a que presente una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas a la situación de los actores.

En materia de derecho a la salud, los dos fallos reseñados adoptaron la posición de que la distinción entre afiliados activos y pasivos —que repercutía en detrimento de las personas de edad— es arbitraria y por lo tanto viola el principio de igualdad, no solo contenido en la CN sino también en la constitución local en su artículo 11 (“todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de... edad”). La jueza Conde, sin embargo, presentó un argumento consistente en contra de ese razonamiento: hizo foco en las circunstancias fácticas y normativas que, de acuerdo con su óptica, impiden tratar de manera igualitaria la situación de los afiliados activos y los pasivos —principalmente, que el sector pasivo suele demandar mayor cantidad de prestaciones médicas, de mayor complejidad y onerosidad que el sector activo; y que las necesidades y los recursos disponibles a cada sector son diferentes—. A pesar de que ese dato fáctico es enteramente acertado, no necesariamente debe tener como consecuencia que se niegue el derecho a la libre opción de cobertura médica a una persona que ejerce el beneficio jubilatorio. Sobre todo, cuando se presume que es en aquel periodo de la vida en el que probablemente requerirá con mayor frecuencia de los servicios relacionados con la salud, derecho de raigambre constitucional. Aquí se entrecruzan el principio de igualdad y el derecho de la tercera

edad a una asistencia particularizada, prevista en el art. 21 inciso 6<sup>10</sup>, y en modo general, en el art. 41 de la CCABA. El dato fáctico que menciona la jueza Conde es justamente la razón por la cual se prevé en la constitución local la necesidad de una asistencia particularizada, pero al tener un fin tuitivo, la disposición nunca podría actuar en detrimento del grupo protegido, restringiendo el derecho a la libre opción de cobertura médica, sino todo lo contrario. Por último, en estos fallos no se observa la misma preocupación que en los anteriores en punto al respeto por la división de poderes, aunque en cierto modo podría decirse que no era tan necesario pues, a diferencia de los casos en materia de derecho de vivienda, no existía un abanico de opciones para proteger el derecho a la salud de los jubilados en cuestión: solo bastaba con permitirles ejercer el derecho de opción.

El análisis del tratamiento jurisprudencial del art. 41 de la CCBA revela un catálogo de reflexiones interesantes que han despertado en la justicia local diversos casos en materia de derecho a la salud y de derecho a la vivienda. Los jueces de la CABA han intentado apuntar a la tutela de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores y a su efectivo goce, así como a cimentar progresivamente bases para construir —siguiendo a María Isolina Dabove— la ciudadanía iusfundamental en la vejez<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> “La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos: [...] Reconoce a la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada”.

<sup>11</sup> Dabove, María Isolina, “Ciudadanía y derechos fundamentales de las personas mayores: de las políticas gerontológicas al derecho de la vejez”, Buenos Aires, La Ley, 2013.