

SE PRESENTA COMO AMICUS CURIAE

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) representado en este acto por su Director Ejecutivo, **Gastón Chillier**, tal como surge de la copia del poder que se acompaña, domiciliado en la calle Piedras 547 de la ciudad de Buenos Aires; con el patrocinio Diego Morales (T° 69, F° 721 CPACF), con domicilio electrónico 20228877671 en la causa CSJ 118/2017/RH1, caratulada “Farmacity S .A. el Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, a VE nos presentamos y decimos

OBJETO

En el carácter invocado, conforme la resolución dictada por VE con fecha 19 de junio y a lo expuesto en este memorial, solicitamos ser tenidos como amicus curiae.

EL INTERÉS DEL CELS

El CELS es una organización no gubernamental fundada en 1979 dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en Argentina. Dentro del ámbito de trabajo de la organización, especial relevancia se la ha dedicado a la protección y garantía del derecho a la salud en la Argentina, tanto por medio de trabajos de incidencia en gestión, el impulso de legislaciones especiales y la intervención en causas judiciales.

Corresponde aclarar que el CELS se presenta en este proceso para sostener la constitucionalidad de la norma atacada, manifiesta que no ha recibido financiamiento ni ayuda económica de cualquier especie de las Partes en el proceso y que el resultado de éste tampoco representa para esta organizaron ningún tipo de beneficio patrimonial – directa o indirectamente.

CONTENIDO DEL MEMORIAL

En este memorial vamos a referirnos a la legitimidad de las regulaciones fijadas por la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires con relación, especialmente, a la ubicación y localización de farmacias en esa provincia, en tanto, aquella medida permite asegurar criterios de accesibilidad geográfica a los medicamentos y al derecho a la salud. Concluiremos que la regulación impugnada es ejercicio de competencia de aquellas que esta Corte Suprema a calificado como concurrentes, que la regulación no se presenta como irrazonable a la hora de salvaguardar el interés público para el que fue instituida y que, en definitiva, su articulado no es inconstitucional.

FACULTADES DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, DEL GOBIERNO FEDERAL Y EL DERECHO A LA SALUD

Más allá del debate sobre la correcta delimitación entre facultades provinciales y nacionales que esta Corte Suprema tiene que resolver, nos interesa destacar en función de los antecedentes del derecho internacional de los derechos humanos como antecedentes de otros tribunales internacionales, que aquellas reglas estatales que fijan condiciones de ubicación y localización de las farmacias en la Provincia de Buenos Aires (art. 3 de la ley 10.606) están vinculadas con el reconocimiento y acceso al derecho a la salud, en los términos fijados, por ejemplo, en el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

Antes de ingresar en esas consideraciones, conviene tener en cuenta que esta Corte Suprema tuvo ocasión de analizar cuestiones en las que debatía la correcta interpretación de facultades provinciales o federales. Y como regla de ponderación dijo, en el caso Artigué, de 1994, con cita a otro precedente: “Que cabe recordar que este Tribunal ha declarado que la interpretación constitucional ha de tender ante todo al desenvolvimiento

armonioso de la actuación de las autoridades federales y locales, y no al choque y oposición de ellas, pues su función más importante consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa. Del logro de ese equilibrio debe resultar la amalgama perfecta entre las tendencias unitaria y federal, que la CN propició mediante la coexistencia de dos órdenes de gobierno cuyos órganos actuaran en órbitas distintas, debiendo encontrarse sólo para ayudarse pero nunca para destruirse (Fallos: 307:360 y sus citas)”

En el año 2015, en el caso Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, agregó que

“Que todo ello se enmarca en la conformación del Estado Federal, el que "...se trata de un Estado en el que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supra y subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente" (García Pelayo, Manuel "Derecho Constitucional Comparado", Alianza Editores, Madrid, 1993). (...)

Los sujetos de esta relación, en nuestro medio, son "...Las unidades orgánicas e indestructibles con poderes inherentes, que componen la Nación" (González Calderón, Juan A. "Derecho Constitucional", Imprenta Buenos Aires, G. Kraft, 1943). y es la organización del gobierno autónomo de las provincias dentro del Estado Federal, lo que determina los objetos, formas y condiciones en el ejercicio de la autoridad local”.

En lo que aquí tal vez más interesa, en el citado caso, agregó “La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los arts. 41, 43,

75, incs. 17, 19 Y 30, 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación. de ninguna órbita del gobierno, sino que **importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la salud pública**, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias” (Cfr. CSJN, caso Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, el destacado nos pertenece).

Ahora bien, conviene también señalar y recordar que la propia Corte Suprema, ha dicho, ya en el año 2000, en el caso Benghalensis que “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud - comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga "Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley 16986" del 1/6/2000)

Por dicha razón esta Corte dijo en el 2015 que “En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos: 331:2135)” (CSJN, caso

Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad).

En todo caso, y tal como afirmó esta Corte en Nobleza, “En la dinámica de la distribución de competencias en este campo, entre ambas jurisdicciones, la tendencia que prevalece es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros -sus competencias exclusivas-, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes” (confr. CSJN, caso Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad)

Como sea, nos interesa ahora sí analizar los antecedentes del caso, referidos a la forma de regulación de la ubicación y distribución geográfica de las farmacias en la Provincia. Y en este sentido, conviene tener en cuenta la competencia de la Provincia de Buenos Aires para establecer aquellas condiciones de ubicación de las farmacias, a partir del mandato del art. 36 inc. 8° de la Constitución provincial establece que “[e]l medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización”.

Ahora bien, de esta norma de la constitución provincial se deriva el art. 3 de la ley 10.606, que establece, texto según ley 13.054, que:

“Las farmacias por ser una extensión del sistema de salud, estarán racionalmente distribuidas en el territorio provincial, a fin de asegurar la atención y calidad de su servicio. Se autorizará la habilitación de una farmacia por cada 3.000 habitantes por localidad, tomándose como base los datos arrojados por el último Censo Nacional de Población. En aquellas localidades de menos de 6.000 habitantes se podrá habilitar una

segunda farmacia cuando la población exceda los 4.000 habitantes. En todos los casos, deberá existir entre las farmacias una distancia no inferior a los 300 metros, medidos de puerta a puerta por camino peatonal.

Los traslados de farmacias podrán realizarse dentro de la misma localidad, y podrá solicitarse para farmacias que acrediten una antigüedad mínima de 3 años de funcionamiento en su lugar de origen.

Para traslados dentro del radio de 300 metros de ubicación original, la distancia no será inferior a los 200 metros de otra farmacia instalada, independientemente de la localidad a la que pertenece. Para traslados fuera del radio de 300 metros de la ubicación original, la distancia no será inferior a 300 metros de otra farmacia instalada”

De acuerdo a esta redacción, las farmacias en la provincia de Buenos Aires están definidas como parte integrante del sistema salud, en tanto constituyen una extensión de aquél. Asimismo, la ubicación y distribución geográfica de las farmacias en función de las reglas que introduce el artículo tienen como objetivo o finalidad “asegurar la atención y calidad de su servicio”.

Por su parte, el art. 12 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, establece que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha

contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

El órgano encargado de la interpretación y aplicación del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha dictado una observación general interpretativa del citado art. 12, en la que brindó distintos argumentos que permiten interpretar las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino.

En efecto, en la Observación general N° 14, del año 2000, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Comité señaló que “1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. **La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud**, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o **la adopción de instrumentos jurídicos concretos**. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley”.

Y agregó, en el apartado **8, que** “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. **El derecho a la salud entraña libertades y derechos**. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. **En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.**” (El destacado nos pertenece).

Como puede advertirse, a la definición del derecho a la salud contenida en el art. 12 del PIDESC, el Comité agregó que los Estados tienen diversas herramientas para darle efectividad, como la definición de políticas públicas en materia de salud, así como la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, entre los derechos que el reconocimiento del derecho a la salud genera se encuentra el de la creación de un sistema de protección de salud que brinde a las personas oportunidades iguales para alcanzar el más alto nivel posible de salud.

Además, el Comité entendió, en el apartado 9 de la Observación General nro. 14, que “El concepto del "más alto nivel posible de salud", a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. (...) Por lo tanto, **el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud**” (el destacado nos pertenece).

Para darle mayor precisión a las obligaciones internacionales que el art. 12 del PIDESC genera para los Estados, el Comité señaló que el derecho a la salud “en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:” y citó como elementos esenciales e interrelacionados: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. Nos interesa enfocarnos en el elemento de la accesibilidad, por su relación con el caso.

En este sentido, el Comité señaló que la accesibilidad está referida a que “Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”. La accesibilidad, agregó, presenta cuatro dimensiones superpuestas, de las que nos interesa destacar las tres dimensiones siguientes:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. (...)

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

Como puede advertirse, el alcance geográfico o la menor distancia de ubicación de las farmacias como extensión del sistema de salud, puede colaborar con estas tres dimensiones que señala el Comité.

Con relación a las medidas que debe adoptar el Estado, V.E. tiene que tomar en cuenta, en función de los ejemplos que figuran en el párrafo 2 del art. 12 del PIDESC, aquella prevista en el Apartado d) del párrafo 2 del artículo 12, sobre **“El derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud**

En efecto, el Comité señaló que con relación a esta obligación específica, los Estados tienen que crear las “condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (apartado d) del párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, **incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación**, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; **tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales**, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental. **Otro aspecto importante médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud**, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional.” (confr. observación general nro. 14, párrafo 17, el destacado nos pertenece).

Además, el Comité agregó que el derecho a la salud, al igual que todos los derechos humanos “33. (...) impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de cumplir requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de

carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud”.

Mientras que las obligaciones de respeto refieren entre otras, a las de abstenerse de “denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer”, **nos interesa en esta ocasión destacar las obligaciones en materia de protección del derecho a la salud**, que incluyen

“entre otras, las obligaciones de los Estados de **adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros**, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo por que terceros no limiten el

acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud”. (Comité DESC, obs. General nro. 14, ap. 35, el destacado nos pertenece).

Es en el marco de las obligaciones de protección que tienen los Estados, entendemos, donde puede cifrarse la necesidad de contar con leyes que aseguren un acceso igual a los medicamentos (en los términos y dimensiones de accesibilidad antes referidos), con relación a la ubicación y distribución geográfica de las farmacias.

A la vez, el Comité señaló que “Las violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 supra, constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud”. (Comité DESC, obs. general 14, párrafo 48).

Y en particular con relación a la obligación de “proteger”, dijo que “Las violaciones de las obligaciones de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas

perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos...” (Comité DESC, obs. general 14, párrafo 51).

Es en función de lo expuesto que consideramos que el proceso de ponderación que realiza esta Corte Suprema con relación al análisis de constitucionalidad del art. 3 de la ley 10.606 de la Provincia de Buenos Aires, debe incluir las obligaciones que en materia de derecho a la salud establece el art. 12 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y la interpretación de este artículo desarrollado por el órgano de aplicación del mencionado Pacto, el Comité de DESC.

LOS CRITERIOS DE POBLACIÓN, DISTANCIA Y PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Pues bien, en este punto interesa traer a colación las sentencias dictadas por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en mayo de 2009 y en junio de 2010, en el que se analizaron asuntos vinculados con el caso que tiene que resolver esta Corte Suprema, tanto en lo que respecta a las limitaciones para la propiedad de farmacias, como en materia de ubicación de los establecimientos.

En los asuntos “Comisión c. Italia” (caso C-531/06,) y Apothekerkammer des Saarlandes y otros (casos acumulados C-171/07 y C-172/07) fallados el 19 de mayo de 2009, el Tribunal Europeo sostuvo que los Estados comunitarios tienen un amplio margen para determinar un régimen especial para la propiedad de las farmacias en sus propios territorios. Atendiendo a las especiales características del medicamentos, el Tribunal estimó que existían diferencias tanto sanitarias como económicas en la comercialización al por menor del medicamento respecto de otros bienes, incluso de bienes similares, como podrían ser los productos de óptica (respecto de los cuales había fallado en forma distinta en el caso “Comisión c.Grecia ”).

En el caso de Italia, la legislación reserva el derecho a explotar una farmacia privada minorista exclusivamente a las personas físicas que dispongan de un título de farmacéutico y a las sociedades de explotación compuestas únicamente por socios farmacéuticos. Además, impide que empresas de distribución de productos farmacéuticos adquieran participaciones en las sociedades de explotación de farmacias municipales.

En el caso de Alemania (acumulados C-171/07 y C-172/07) la legislación de farmacias exige que el titular sea alemán o de la comunidad europea y que esté habilitado para ejercer de farmacéutico de acuerdo con la legislación alemana, permitiendo que los titulares tengan participación en un máximo de tres sucursales. Además, establece que solo pueden intervenir personas jurídicas que revistan la forma de sociedad de Derecho civil o de sociedad colectiva, en cuyo caso todos los socios deberán obtener el permiso que requerirían si fueran titulares individuales. También prevé que los herederos del titular solo se pueden encargar la gerencia de la farmacia a un farmacéutico durante un plazo máximo de doce meses.

Pues bien, en sus sentencias de 2009 el Tribunal ratificó el margen de apreciación de los Estados nacionales para establecer especiales regulaciones para la propiedad de las farmacias, en atención al interés público de garantizar el derecho a la salud y en atención a las especiales características del expendio de medicamentos. Allí explicó que:

“En relación con los titulares de una farmacia que tienen la condición de farmacéutico, es innegable que, al igual que otras personas, su objetivo es la obtención de beneficios. No obstante, dada su condición de farmacéutico de profesión, se supone que no explotan la farmacia con un mero ánimo de lucro, sino que también atienden a un criterio profesional. Por lo tanto, **su interés privado en la obtención de beneficios está mitigado por su formación, su experiencia profesional y la responsabilidad que les corresponde, ya**

que una eventual infracción de las normas legales o deontológicas no sólo pondría en peligro el valor de su inversión, sino también su propia existencia profesional.

A diferencia de los farmacéuticos, las personas que no tienen dicha condición carecen, por definición, de una formación, experiencia y responsabilidad equivalentes a las de los farmacéuticos. Dadas las circunstancias, procede señalar que no ofrecen las mismas garantías que los farmacéuticos.

Por consiguiente, un Estado miembro puede considerar, en el marco de su margen de apreciación señalado en el apartado 19 de la presente sentencia, que, **a diferencia de las farmacias explotadas por farmacéuticos, la explotación de una farmacia por una persona que carezca de dicha condición puede suponer un riesgo para la salud pública, concretamente para la seguridad y la calidad de la distribución de medicamentos al por menor, dado que el ánimo de lucro en este tipo de explotaciones no dispone de elementos mitigadores** como los indicados en el apartado 37 de la presente sentencia, que caracterizan la actividad del farmacéutico” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), “Comisión c. Italia” (caso C-531/06), Párrafos 61, 62, y 63 y Apothekerkammer des Saarlandes y otros (caso C-171/07 y C-172/07), párrafos 37, 38 y 39. El destacado nos pertenece).

Por su parte, en sentencia del 1 de junio de 2010 en el caso “**Blanco Pérez y Chao Gómez (casos acumulados C-570/07 y C-571/07)**”, el Tribunal de Justicia Europeo ratificó la legalidad de los límites demográficos y geográficos para el establecimiento de farmacias.

La Comisión Europea ha criticado en diversas ocasiones las regulaciones nacionales de algunos países que, como España, Italia, Portugal y Francia, establecen criterios de población y distancias para la apertura de farmacias, considerando que debería ser el mercado el que determine el número y la ubicación del establecimiento de las farmacias.

Los Estados por su parte, han estimado que esta es una regulación imprescindible para garantizar la satisfacción del derecho a la salud en términos igualitarios en todo el territorio, de forma que los criterios de población y distancias impedirían una concentración de las farmacias en las zonas más rentables económicamente, que obligaría a los farmacéuticos a cubrir zonas rurales, remotas o marginales de las ciudades.

En su sentencia el Tribunal Europeo realiza un análisis de necesidad y proporcionalidad de los criterios de población y distancia para el establecimiento de farmacias, concluyendo finalmente que se trata de medidas no discriminatorias que se encuentran justificadas en el aseguramiento de un interés público superior que es el de garantizar igualitariamente el abastecimiento de medicamentos de manera segura y eficaz para toda la población.

Así, explica el Tribunal de Justicia Europeo que:

“En efecto, este requisito permite, por su propia naturaleza, evitar tal concentración y, así, distribuir las farmacias de una manera más equilibrada en el interior de una zona geográfica determinada.

Asimismo, en consecuencia, el requisito relativo a la distancia mínima aumenta la certidumbre de los pacientes de que dispondrán de una farmacia próxima y, por consiguiente, de un acceso fácil y rápido a una atención farmacéutica apropiada.

Podría considerarse que **tales requisitos son tanto más necesarios cuanto que, por un lado, la administración de medicamentos puede ser urgente, y, por otro, la clientela de las farmacias incluye a personas de movilidad reducida**, como las personas de avanzada edad o gravemente enfermas.

Así, el requisito relativo a la distancia mínima es complementario del referido a los módulos de población y, en consecuencia, **puede contribuir a la realización del**

objetivo que consiste en distribuir las farmacias de manera equilibrada en el territorio nacional, garantizar así a toda la población un acceso apropiado a la atención farmacéutica y, por consiguiente, aumentar la seguridad y la calidad del abastecimiento de medicamentos a la población.” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), caso “Blanco Pérez y Chao Gómez (casos acumulados C-570/07 y C-571/07), párrafos 81, 82, 83 y 84. El destacado nos pertenece).

De esta forma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ratificó las competencias de los Estados nacionales para establecer regulaciones específicas para el establecimiento y propiedad de las farmacias, que se encuentren destinadas a proteger y garantizar el derecho a la salud de la población de forma igualitaria en su territorio.

LA ESPECIAL INJERENCIA ESTATAL EN LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS PRESTADOS POR PRIVADOS.

Además, VE debe considerar que las especiales características del servicio de farmacia, como parte integral del sistema de salud, hace que las regulaciones gubernamentales deban ser evaluadas desde un prisma que no puede estar disociado del interés público al que apunta la norma en cuestión.

Como consecuencia de las normas citadas de la Constitución provincial y en consistencia de las obligaciones internacionales de derechos humanos asumidas por la Argentina, la provincia de Buenos Aires sancionó una norma legal en que se establecieron una serie de regulaciones más o menos estrictas para el ejercicio de la farmacia, entendiendo que el servicio de expendio de medicamentos es parte esencial del sistema de salud, constituye un servicio público, lo que justificaba una regulación más intensa.

Así, la especial injerencia de la regulación estatal sobre los establecimientos de farmacias, las condiciones respecto de quiénes pueden ser titulares de una farmacia, cómo deben ser

organizados esos establecimientos, dónde pueden y dónde no pueden estar ubicados, está directamente vinculada al carácter de bien social de los medicamentos, como parte integrante del derecho a una salud integral.

A su vez, se debe tener en cuenta que, al tratarse de un servicio público que hace a la esencia del derecho a la salud de las personas, la intervención de actores privados en la prestación de estos servicios exige una mayor regulación y control por parte de las autoridades públicas. No es admisible dejar librada estas funciones y servicios simplemente a la liberalidad de las partes y a los intereses y conveniencias de los actores relevantes del mercado.

Una mayor injerencia estatal en la regulación de los servicios de farmacia es permisible e, incluso, deseable, de forma de asegurar las condiciones mínimas para que las acciones de privados no interfieran u obstaculicen la realización del derecho a la salud de las personas. Esta es una característica intrínseca de la obligación de “proteger” el derecho a la salud, definida en los términos del Comité DESC (Comité DESC, OG 14, párrs. 33 y 35 y OG 22, párr. 42).

Así, para aquel que quiere declarar la invalidez constitucional de una norma que regula este tipo de servicios, esenciales para la salud de la población, no alcanza con argumentar la conveniencia o no de la regulación impugnada, sino que se debe acreditar fehacientemente de que se trata de una regulación irrazonable, que no cumple con un interés público y que genera distinciones que implican una discriminación arbitraria. Esta exigencia no puede ser cumplimentada simplemente desde una argumentación que alega la conveniencia o no del mantenimiento de una norma. Mucho menos si esa conveniencia se relaciona primordialmente con la libertad de ejercer una empresa y no con el interés público de asegurar un mejor y más amplio acceso al derecho a la salud, como la norma impugnada.

PETITORIO

Esperando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso a V.E. solicitamos:

- 1) Se tenga al CELS como Amicus Curiae en esta causa; y el cumplimiento de los requisitos de la acordada 7/13 de este tribunal
- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.
- 3) Se tengan por presentadas las copias acompañadas.

Proveer de conformidad que,

Será Justicia