

ARGUMENTACIÓN, DERECHO A LA SALUD Y PANDEMIA: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y UNA PROPUESTA

MARTÍN ZULETA*

Resumen. El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la estructura de los argumentos jurídicos presentes en la jurisprudencia de la CSJN y otros tribunales, respecto de los alcances del derecho a la salud en su dimensión constitucional-convencional, e investigar sus posibles límites frente a la excepcionalidad que implica la pandemia de covid-19. Para ello se propondrá una clasificación de los argumentos de acuerdo a su forma –subsunción, adecuación finalista y ponderación–, se analizarán algunos fallos emblemáticos sobre los alcances de la protección de ese derecho en la Argentina y se propondrá una alternativa que tome en cuenta las posibles tensiones entre interferencia judicial y deferencia, particularmente a partir de las perplejidades que generan las consecuencias de la pandemia en la República Argentina y en el mundo.

Palabras clave: argumentación, derecho a la salud, PIDESC, ponderación, activismo judicial.

ARGUMENTATION, RIGHT TO HEALTH AND PANDEMIC: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS AND A PROPOSAL

Abstract. The aim of this paper is to reflect upon the structure of legal arguments in the jurisprudence of the Argentinian Supreme Court and other courts about the scope of the right to health as defined in the constitution and the international human rights pacts, to inquire about its possible boundaries in the

* Abogado UBA. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli Studi di Palermo. Docente e investigador en el área Filosofía del Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de Avellaneda. Correo electrónico: martinzuleta@gmail.com

context of the covid-19 pandemic. To that end, I will propose a classification of different argument classes in view of their form and analyze some key rulings about the extent of the legal protection of health in Argentina, and I will propose an alternative that takes into account the possible tensions between jurisdictional interference and deference in view of the perplexities that the consequences of the pandemic in Argentina and in the world.

Keywords: Argumentation, right to health, ICESCR, proportionality, judicial activism.

ARGUMENTAÇÃO, DIREITO À SAÚDE E PANDÊMICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E UMA PROPOSTA

Resumo. O objetivo deste trabalho é refletir sobre a estrutura dos argumentos jurídicos presentes na jurisprudência da CSJN e demais tribunais a respeito do alcance do direito à saúde em sua dimensão constitucional-convencional, e investigar seus possíveis limites diante da excepcionalidade que envolve a pandemia de covid-19. Para tanto, será proposta uma classificação dos argumentos de acordo com sua forma –submissão, adequação finalista e ponderação–, serão analisadas algumas sentenças emblemáticas sobre o alcance da proteção deste direito na Argentina e será proposta uma alternativa que leve em consideração os possíveis tensões entre ingerência judicial e deferência, particularmente a partir das perplexidades geradas pelas consequências da pandemia na República Argentina e no mundo.

Palabras-chave: Argumentação, direito à saúde, PIDESC, ponderação, ativismo judicial.

§ 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud como derecho social, y, en particular, su acceso mediante los recursos del sistema de salud es materia habitual de controversias judiciales. Los ciudadanos solemos encontrarnos con que aquella prestación que los profesionales de la salud nos indican como la más conveniente para tratar nuestras dolencias o garantizar nuestro bienestar no está expresamente contemplada por la normativa específica, y nos vemos en la necesidad de iniciar reclamos administrativos y acciones judiciales para intentar que se reconozcan nuestros derechos.

La suerte de estos reclamos es variada, ya que existen buenos argumentos a favor del más amplio acceso a la salud entendida como bienestar físico y mental integral, pero también buenos argumentos a favor de administrar los recursos invertidos en cada ciudadano, a fin de que todos tengan la posibilidad de acceder a las mejores prestaciones compatibles con la universalidad del acceso.

Para este trabajo se han seleccionado una serie de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales de alzada (cámaras federales, tribunales superiores de justicia), con el fin de realizar un análisis de las argumentaciones a las que recurren nuestros más altos tribunales a la hora de fallar sobre esta clase de derechos.

Para el análisis partiremos de una clasificación de los argumentos de acuerdo a su estructura, entre argumentos de adjudicación por subsunción, de adjudicación por adecuación finalista y de adjudicación por ponderación, y explicaremos brevemente cuál es su forma típica. A continuación, presentaremos el material normativo relevante para la delimitación de los alcances del derecho a la salud en la República Argentina, teniendo en cuenta las particularidades que presentan los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales.

Delimitado el marco teórico y normativo, realizaremos un análisis y modelización de los argumentos que suelen utilizarse en la adjudicación por parte de los tribunales argentinos, y la clase de casos para cuya resolución se recurre a cada uno de ellos. Finalmente, incorporaremos al análisis las particularidades que surgen de la pandemia covid-19, que implican una demanda extraordinaria sobre los servicios de salud y la posibilidad de que ciertas personas se vean privadas de tratamiento a partir de dicha circunstancia.

Sobre la base del estudio señalado, intentaremos responder si los modelos argumentales que se utilizan habitualmente otorgan las mejores respuestas posibles a las demandas de acceso a la salud, que surgen a partir del momento extraordinario que atraviesan los sistemas de salud.

§ 2. *UNA CLASIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS*

Como es sabido, la forma argumental que más habitualmente se asocia a la actividad judicial es el llamado “silogismo subsuntivo”, que

consiste en una suerte de argumento deductivo en el cual se sostiene que un caso particular sobre el que hay que resolver forma parte de la clase de casos que una norma del sistema jurídico asocia a una solución en forma de acción obligatoria, facultada o prohibida.

Siguiendo a ATIENZA¹ podemos proponer el siguiente modelo para el argumento subsuntivo: existe una *regla de acción* que se interpreta como: “Si se dan las circunstancias o condiciones X, entonces es debida la acción Y”. Una vez establecido –argumentado– que existe esa regla de acción, queda argumentar: “Se da la circunstancia o condición X”.

Estos casos no son necesariamente “casos fáciles”, ya que existe una gran variedad de problemas de interpretación y calificación que pueden –y suelen– aparecer tanto en la formulación de una regla de acción como en la subsunción de un determinado caso del mundo real, en el caso genérico “se da la circunstancia o condición X”.

Sin embargo, en ciertos casos en que el legislador no ha producido un material normativo que admita ser interpretado como regla de acción, sino que debe ser entendido como una *regla de fin* en el sentido de que ordena, prohíbe o faculta que alguien procure alcanzar ciertos objetivos. Para resolver casos concretos a partir de este material normativo, el juez no debe solo clasificarlo sino además realizar un razonamiento tendiente a argumentar que una determinada acción es la más adecuada, o la única adecuada, para la concreción de la finalidad debida.

El esquema modelo del *argumento de adecuación finalista* es: “si se dan las circunstancias X, el juez debe procurar alcanzar el fin F; se dan las circunstancias X; la acción M es un medio adecuado para obtener F (o bien, solo si M se producirá F); por lo tanto, el juez debe realizar M”².

Hay, finalmente, ciertas ocasiones en que los magistrados no disponen de reglas que aplicar para resolver un caso, o en que las reglas arrojan una solución no deseada por el juez o tribunal (laguna axiológica), o existen dudas respecto de cuál o cuáles reglas son las más adecuadas para la solución del caso o si está, efectivamente, resuelto por reglas. En esos casos suele recurrirse a “principios” y a *argumentos de ponderación*. Este argumento se caracteriza, en lo que

¹ ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, p. 183.

² ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, p. 184.

nos interesa resaltar, por la identificación de la aplicabilidad al caso de dos principios de significado contrapuesto, de acuerdo a uno de los cuales cierta acción es debida y de acuerdo al otro de los cuales la misma acción no es debida. Este argumento se da en dos pasos. Primer paso (ponderación): “Con relación a un caso son de aplicación dos principios con consecuencias contrapuestas: El que obliga la acción A y el que faculta o prohíbe la acción A. En el caso concreto X, dada la razón R, debe primar el principio que obliga la acción A. Por lo tanto, si ocurre X y se da R, es obligatorio A”. Segundo paso (subsunción): “Si se da X y R, es debido A; se dan X y R; por lo tanto, es debido A”.

Por supuesto, este tipo de razonamiento implica una serie de dificultades que le son propias y cada uno de sus pasos se debe argumentar. Particularmente, sostener que para un determinado caso y por determinada razón debe primar un principio sobre otro requiere alguna clase de argumentación adicional respecto de los principios en juego. ALEXY propone la formalización de este paso a través de su famosa “fórmula del peso”, que es una de las propuestas más interesantes y controvertidas en el mundo de la filosofía del derecho de los últimos años³. A los efectos de este trabajo, basta señalar que esa fórmula hace jugar, para decidir en un caso concreto a un principio sobre otro, los grados de afectación a cada uno de ellos que implicaría cada solución posible, la mayor o menor certeza que se tenga acerca de las cuestiones empíricas involucradas, y algo que llama “peso abstracto” de cada principio, lo que implica nuevamente la dificultad de justificar racionalmente dicha propiedad.

Esta clasificación, si bien esquemática, permite avanzar con el análisis de la legislación aplicable al problema del acceso a la salud y de la jurisprudencia relevante.

§ 3. **LA FAZ NORMATIVA DEL ACCESO A LA SALUD EN ARGENTINA**

El derecho a la salud se inscribe entre los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Según la Organización de las Naciones Unidas, este incluye el derecho a acceder a las instalaciones, los bienes y los servicios relacionados con la salud, a condiciones la-

³ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*.

borales y ambientales saludables y a la protección contra las enfermedades epidémicas, así como los derechos pertinentes a la salud sexual y reproductiva (ACNUDH). Como otros derechos humanos, implica por un lado un derecho frente al Estado, y por el otro un derecho de acceso por medio del Estado. El contenido de los derechos de acceso por medio del Estado, como suele ocurrir con los derechos sociales, es materia permanente de controversia jurídica, y las herramientas para garantizar mayores niveles de acceso al derecho siguen en desarrollo. Como señala FERRAJOLI, en casos en que la satisfacción de los derechos sociales exige la intermediación burocrática y la creación de aparatos destinados a su satisfacción “nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal”⁴. Para el autor, el Estado social de derecho se ha desarrollado de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, generando un desorden normativo.

Esta particularidad implica que, cuando esta clase de derechos son judicializados, se torna esencial identificar cuáles deben ser los elementos objetivos que el juez debe valorar al momento de decidir si se está incumpliendo con la garantía de un derecho. Como señala UCÍN en su investigación sobre la judicialización de los DESC⁵, el control de proporcionalidad en estos casos recae en la revisión de las intervenciones legislativas en el ámbito de estos derechos fundamentales, a la luz de los estándares constitucionales y convencionales que conforman el núcleo protectorio de los derechos.

a) *LA NORMATIVA DE NIVEL CONSTITUCIONAL*. En la República Argentina no existía mención explícita en el texto constitucional al derecho a la salud hasta la reforma del año 1994. A partir de entonces se incorporaron como integrantes del sistema jurídico argentino con jerarquía constitucional una serie de convenciones de derechos humanos de las que el país era signataria, y se estableció un procedimiento para incorporar nuevos tratados con la misma jerarquía. En lo re-

⁴ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 30.

⁵ UCÍN, “La adjudicación de los DESC. Un aporte para su racionalidad”, presentado en II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, www.conpedi.org.br/wpcontent/uploads/2017/08/Maria-Carlota-Uc%C3%ADn-Argentina.pdf.

ferido al derecho a la salud, los tratados internacionales que forman parte del corpus constitucional desde 1994 son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño; y desde entonces ha sido incorporada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. Dichos instrumentos, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en ella (Constitución de la Nación Argentina).

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el derecho al disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental”. La observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de la interpretación que debe darse a la obligación referida, aclara que debe entenderse como garantía de disfrute una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud (punto 9). Los elementos esenciales del derecho (punto 12) son la disponibilidad, la accesibilidad (jurídica, física y económica) y el acceso a la información. Respecto de la asequibilidad económica, la observación general establece que los pagos por el servicio de salud deben basarse en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos; y se evite una carga desproporcionada en el costo de acceso para los hogares más pobres (punto 12.b.iii) (E/C.12/2000/4, CESCR observación general 14).

Como señala ARIZA CLÉRICI en su investigación sobre la jurisprudencia de la CSJN en materia de derecho a la salud, los principales obstáculos a la plena vigencia de este derecho son de carácter económico⁶. Ello, debido a que se trata de derechos que dependen de erogaciones por parte del Estado o de otras instituciones para asegurar su efectividad; y dependen de la articulación de una política sanitaria pública. El Poder Judicial se enfrenta asiduamente a conflictos entre los particulares que pretenden el acceso a una prestación médica y el Estado, o los prestadores privados o del subsistema de

⁶ ARIZA CLÉRICI, *El derecho a la salud en la CSJN*, “Lecciones y Ensayos”, n° 80, p. 285.

obras sociales, que niegan prestaciones con argumentos de índole presupuestaria.

A partir de la constitucionalización, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado jurisprudencia en torno a la exigibilidad frente a los prestadores que implican una toma de posición a favor de tomar en serio la jerarquía constitucional del derecho a la salud. Los rasgos salientes de esta doctrina de la CSJN son, siguiendo a ARIZA CLÉRICI, el reconocimiento de una obligación asumida por la autoridad pública de garantizar el derecho mediante acciones positivas; el reconocimiento del PIDESC como instrumento de aplicación obligatoria en el Estado argentino, en particular por cuanto garantiza el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental y el deber estatal de garantizarlo; el hecho de que se trata de una obligación "hasta el máximo de los recursos" de que disponga el Estado para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en el tratado, y que se trata de una obligación impostergable de inversión prioritaria.

b) *LA NORMATIVA DE NIVEL INFRACONSTITUCIONAL*. El sistema de salud en la Argentina se compone de tres subsistemas: el público, el privado y el sistema de obras sociales. Estas últimas son organismos públicos no estatales que agrupan trabajadores del mismo sector y prestan servicios de salud a los trabajadores y sus familias. Sus recursos provienen de los aportes de los trabajadores del sector, de los empleadores, y de recursos estatales.

Las leyes 23.660 y 23.661, sus decretos reglamentarios, y las resoluciones de la Superintendencia de Servicios de Salud son el marco normativo que rige los subsistemas.

A los fines de garantizar un piso de acceso a prestaciones médicas, todos los afiliados a obras sociales tienen derecho a una serie de prácticas médicas, que las obras sociales y los otros dos subsistemas tienen obligación de proveer. El listado de prácticas cubiertas se actualiza periódicamente por parte del organismo regulador estatal (Superintendencia de Servicios de Salud) y se denomina Programa Médico Obligatorio (PMO).

Las prestaciones incluidas en el PMO deben ser ofrecidas por las obras sociales y empresas de medicina prepaga a través de sus prestadores o, de no ser posible, pagadas a precio de mercado con otros profesionales, pero se debe garantizar el acceso a ellas.

Por otra parte, existen leyes específicas que contemplan el acceso a las prestaciones de salud de determinados colectivos. La ley 22.431, de sistema de protección integral de las personas con discapacidad; la ley 24.901, de sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad; la ley 25.404, de epilepsia; la ley 26.746, de identidad de género; la ley 26.862, de reproducción médicamente asistida y la ley 26.914, de diabetes, son instrumentos legales de protección a diversos sectores que, a juicio del legislador, requieren resguardo especial, y que, entre otras cuestiones relacionadas con la finalidad de cada una de ellas, incorporan prestaciones específicas al PMO y garantizan “el más amplio acceso” o “acceso integral” a las prestaciones de salud, o fórmulas legales a esos fines.

§ 4. **LOS ARGUMENTOS EN LA JURISPRUDENCIA**

A los fines de ilustrar la clase de argumentos que suelen utilizarse a la hora de resolver reclamos judiciales iniciados contra alguno de los prestadores que integran los diversos subsistemas de salud mencionados, se ha seleccionado una serie de fallos de diversos tribunales de alzada.

Así, por ejemplo, en el caso “F. D. A. c/Swiss Medical s/amparo” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal⁷, en un conflicto sobre la prestación por parte de una empresa de medicina prepaga –seguro de salud– que se negaba a cubrir el costo de la rehabilitación de una persona con discapacidad, el tribunal consideró, entre otras cosas, lo siguiente:

a) La ley de seguro de salud 23.661 ordena la inclusión de todas las prestaciones de rehabilitación que requieran las personas con discapacidad.

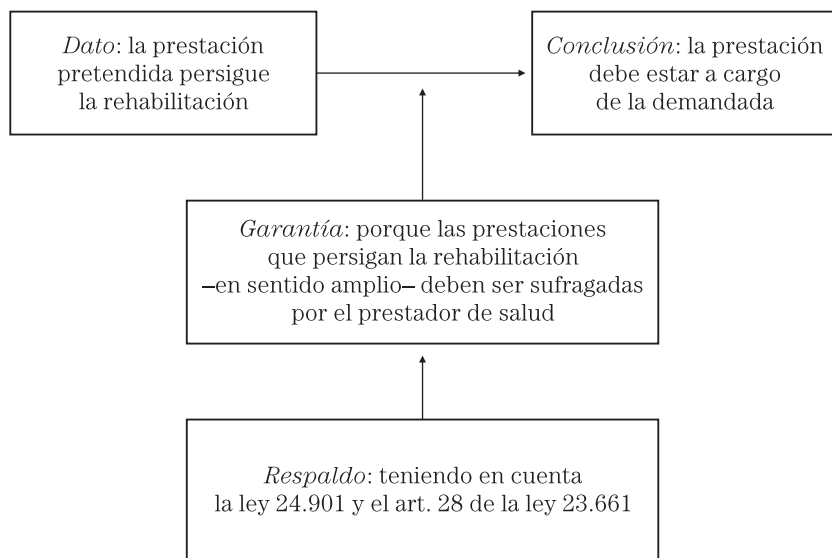
b) La ley 24.901 de rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad prevé “prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad”.

c) Por lo tanto, las prestaciones obligadas son de carácter “integral”, es decir que deben analizarse las necesidades en sentido amplio.

d) La prestación es debida.

⁷ CNCivComFed, Sala I, 16/10/2018, “F. D. A. c/Swiss Medical s/amparo de salud”, MJJ115567.

En consonancia con el esquema propuesto por TOULMIN⁸ (al que recurrimos por la simplicidad de sus elementos que garantizan una comprensión inmediata) se puede reconstruir los argumentos dados en primera instancia a favor de la pretesión de la actora del siguiente modo.



En similar sentido y con estructura argumental análoga se puede ver lo resuelto en “O. I. M. c/Swiss Medical s/amparo”⁹, en que una persona de 102 años con discapacidad requería asistencia permanente; en “D. I. M. c/OSDE s/amparo”, en que se solicitó la internación de una persona con discapacidad en un determinado centro de salud que cumplía con ciertos requisitos; en “I. J. M. c/OS Unión Personal s/amparo”¹⁰, en que se ordenó a la obra social que sufragara el costo de una escuela privada para un niño con discapacidad; todos ellos casos ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

⁸ TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, p.129 y siguientes.

⁹ CNCivComFed, Sala II, 17/8/2018, “D. I. M. c/OSDE s/amparo”, MJJ113909.

¹⁰ CNCivComFed, Sala I, 11/12/2014, “I. J. M. c/OS Unión Personal s/amparo”.

De similar forma han resuelto otros tribunales. En “Doval Ramírez c/OSFATLyF s/amparo”¹¹, verbigracia, la Cámara Federal de Paraná resolvió con similar argumento la prestación solicitada de cuidadores domiciliarios 24 horas para una persona con discapacidad.

Por otra parte, debe señalarse que el alcance que reconocen los tribunales en el acceso al derecho a la salud no es exclusivo de las situaciones contempladas por el régimen de protección a las personas con discapacidad. Así, en “T. F. J. c/OSPJN s/amparo”¹² se reconoció el derecho a recibir el 100 % de cobertura en el costo de un medicamento que necesitaba una persona con epilepsia, de acuerdo a la interpretación que se dio a la ley 25.404, que implica la “cobertura integral” de la medicación. La estructura del argumento es la misma.

En “E. A. C. c/UPCN s/amparo”¹³, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro interpretó, de la integración de la ley de identidad de género con el resto del sistema, que debía brindarse la prestación pretendida de implante capilar a una persona transgénero, una vez más con similar estructura argumental, referida a la integralidad del acceso a las prestaciones. Asimismo, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en “C. V. F.c/ObSBA s/amparo” –medida cautelar–¹⁴ entendió que, de la integración de la ley de reproducción médicamente asistida con el resto del sistema, surgía que la obra social demandada debía cubrir el costo de un determinado tratamiento de fertilidad pretendido por la actora.

Como podemos observar, en este pequeño grupo de casos que –en lo central– comparten la misma estructura argumental, nos encontramos ante supuestos de una forma de argumento “subsuntivo”, tal como se lo describió más arriba. Incorporando el contenido específico en el esquema presentado, podemos reconstruir los argumentos del siguiente modo.

“Si se da que una prestación médica es la adecuada –según la ciencia médica– para un determinado paciente, entonces es debida la cobertura por parte de su seguro médico/obra social/sistema público de salud”. Una vez establecido que existe esta regla de acción

¹¹ CFed Paraná, 6/2/2018, “Doval Ramírez c/OSFATLyF s/amparo”.

¹² CNCivComFed, Sala II, 8/4/2014, “T.F.J. c/OSPJN s/amparo”.

¹³ TSJ Río Negro, 12/6/2018, “E. A. C. c/UPCN s/amparo”.

¹⁴ CContAdmTrib CABA, Sala II, 26/2/2016, “F. C. V., y otro c/ObSBA s/amparo-medida cautelar”.

—a través de la selección e integración del material normativo considerado aplicable—, resta argumentar que efectivamente una prestación es la adecuada según la ciencia médica para un determinado paciente.

Como se dijo, estos casos no son necesariamente considerados como “fáciles”, ya que la obtención de esa regla de acción como enunciado normativo interpretado implica un trabajo argumentativo previo a partir del material legislativo y jurisprudencial existente, y que existen además las cuestiones de hecho y prueba que puedan surgir para cada caso respecto de la prestación más adecuada para una persona en su circunstancia particular.

En nuestros ejemplos, los argumentos de las demandadas atacan en general la idea de que existe una regla del tipo señalado, ya que interpretan que el sistema debe integrarse con otros materiales normativos, o que los materiales normativos relevantes deben ser interpretados con otro criterio.

Ahora bien, entre el universo de casos relevados existe otro grupo que no sigue este modelo argumental.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Duich Dusan, Federico c/CEMIC s/amparo”¹⁵, donde se había rechazado una práctica quirúrgica con el argumento de que no estaba incluida en el Programa Médico Obligatorio, entendió —remitiéndose al dictamen del procurador fiscal— lo siguiente.

a) El procedimiento solicitado es el más adecuado para alcanzar el mejor resultado posible en la salud del actor —este punto no está controvertido en el expediente—.

b) Existe una prestación —en este caso, la cirugía de endoprótesis— que no está incluida en el PMO.

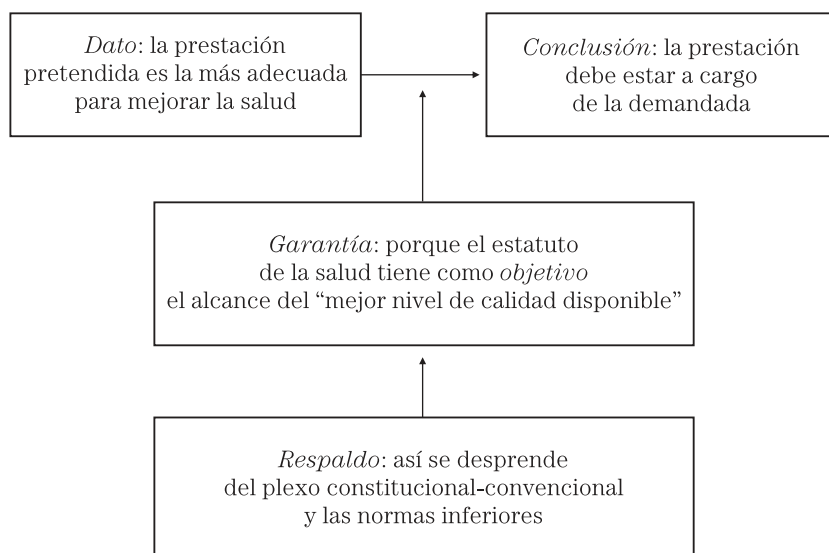
c) El estatuto de la salud tiene como objetivo el alcance del “mejor nivel de calidad disponible”.

d) La inteligencia de un precepto no puede conducir a resultados que no coincidan con las pautas rectoras en la materia.

e) Las especificaciones del PMO resultan complementarias y subsidiarias respecto de esas pautas bases.

Recurriendo una vez más al esquema de representación de TOULMIN, se puede presentar de este modo:

¹⁵ CSJN, 29/4/2014, “Duich Dusan, Federico c/CEMIC s/amparo”, *Fallos*, 337:471.



En idéntico sentido, en el fallo “G. M. E.”¹⁶ del año 2011, la Corte Suprema ordenó a la obra social demandada (INSSJP) que otorgara una suma de dinero mensual a una persona con discapacidad para sufragar el costo de un auxiliar domiciliario. Para así decidir, tuvo en cuenta que las personas con discapacidad y de edad avanzada tienen derecho a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental.

Con una estructura argumental similar, la Cámara Federal de Paraná, en “Crespo c/Swiss Medical s/amparo”¹⁷, entendió que un determinado tipo de radioterapia que no está incluida en el PMO pero estaba recomendada como mejor opción para la salud de la actora era debida, ya que es debido el “mejor nivel de calidad disponible”. Lo mismo entendió en “Arener c/Osde s/amparo”¹⁸, en que una paciente con diabetes solicitó prestaciones no previstas en el PMO.

De manera análoga, la Cámara Federal de Mar del Plata entendió que una terapia física, aunque no formaba parte del PMO, era

¹⁶ CSJN, 27/12/2011, “G. M. E. c/INSSJP s/amparo”, *Fallos*, 334:1869.

¹⁷ CFed Paraná, 6/12/2016, “Crespo c/Swiss Medical s/amparo”.

¹⁸ CFed Paraná, 12/7/2018, “Arener c/Osde s/amparo”.

parte indispensable de un tratamiento en atención a que “el enfoque restrictivo desnaturaliza el régimen propio de la salud –de anclaje constitucional–, uno de cuyos estándares es *el mejor nivel de calidad disponible*”¹⁹. Así también lo entendió la Cámara Federal de La Plata al sostener que existe una obligación de garantizar el derecho a la salud a través de una asistencia “preferente, oportuna y directa, sin excusas económicas de los prestadores de la salud”²⁰.

Reconstruyendo la estructura de los argumentos de adecuación finalista que se presentó más arriba para este tipo de casos, tenemos: “Si se da la circunstancia de que una persona requiere alguna clase de prestación médica, se debe procurar alcanzar el mejor nivel de calidad disponible”. Establecido ello, resta argumentar que “una persona necesita determinada prestación” y que “el medio pretendido es el adecuado, o el más adecuado, para garantizar el mejor nivel de calidad disponible” y, por lo tanto “es debida la prestación pretendida”.

Esta clase de argumentaciones implica una mayor injerencia del accionar judicial sobre las políticas públicas, ya que implica omitir para un caso concreto el deber de deferencia a las normas que está implícito en la actividad jurisdiccional, ya que la ausencia de una prestación en el programa médico obligatorio implica que el órgano competente para la actualización de dicho catálogo de prestaciones ha omitido su inclusión.

Como señala LOZADA al referirse a esta forma de argumentación en el marco de los derechos económicos sociales y culturales, toda interferencia jurisdiccional consistente en una adjudicación prestacional por adecuación restringida está *prima facie* prohibida, por lo que se justifica solamente “si el peso del derecho fundamental en juego [...] es suficientemente superior que el de los valores formales que operan en sentido contrario”. Para justificar esta clase de intervenciones, argumenta LOZADA, deben tenerse en cuenta dos elementos en conjunción: el grado de vulnerabilidad de la persona titular del derecho fundamental, por un lado, y el costo marginal inherente a la prestación²¹.

¹⁹ CFed Mar del Plata, 12/11/2018, “M. M. M. c/MediFe s/amparo”, MJJ115335.

²⁰ CFed La Plata, 21/8/2018, “L. C. N. c/ OSDE s/medida cautelar”, MJJ113782.

²¹ LOZADA, *Activismo judicial y derechos sociales. Un enfoque postpositivista*, “Doxa”, n° 41, p. 223.

§ 5. **LA FORMA ARGUMENTAL QUE NO HALLAMOS Y SU IMPORTANCIA**

Hasta aquí, el estado de la cuestión en nuestra investigación sobre materiales jurídicos producidos en diversos tribunales de la República Argentina. Existen casos donde se argumenta la subsumción de un caso concreto en uno genérico, y se le atribuye a ese caso genérico una solución normativa a través de una regla de acción –razonamiento subsuntivo–; y existen, por otro lado, casos donde se argumenta que se debe procurar alcanzar el fin de máxima calidad disponible en las prestaciones de salud, como regla de fin, y que entonces la discusión debe versar sobre cuál es el medio más adecuado, para juzgar como debida la prestación de ese medio más adecuado.

La clase de argumento que no hallamos en la jurisprudencia sobre el derecho a la salud es el argumento de ponderación en los términos indicados en el apdo B. Para el caso del tipo de fallos que presentemos en segundo término, en ellos no se ponderó la razón existente para la interferencia en el diseño de políticas públicas de salud –en este caso, el PMO– con(tra) motivos para la deferencia a la normativa vigente, ni tampoco con la idea de sostenibilidad del sistema de salud, es decir, que se proporcionen las mejores prestaciones posibles que sean compatibles con el mismo nivel de acceso para todos.

Siguiendo una vez más a LOZADA, la adjudicación a favor de las prestaciones, en estos casos, sería posible solo si el peso del derecho fundamental a la salud fuera suficientemente superior al peso de los principios que operan en sentido contrario. Las razones para la deferencia vienen dadas por el socavamiento hipotético de valores formales y por la sostenibilidad del sistema de salud en su conjunto, y las razones para la interferencia están sustentadas en derechos fundamentales de raigambre constitucional y convencional²².

Entendemos que las circunstancias impuestas por la pandemia que asuela la mayoría de los países del mundo y que pone en jaque la sostenibilidad de los sistemas de salud, aun en los países tradicionalmente considerados como desarrollados, impone una reflexión, si no sobre los alcances amplios de la protección al derecho a la salud

²² LOZADA, *Activismo judicial y derechos sociales. Un enfoque postpositivista*, "Doxa", n° 41, p. 221.

garantizados por el sistema judicial argentino, sí respecto de las argumentaciones utilizadas. Una situación como la que atraviesa el mundo en que todos los ciudadanos tienen la necesidad de recurrir al ejercicio de su derecho a las prestaciones de salud al mismo tiempo amerita, al menos, tener en cuenta las razones que pudiera tener el sistema de salud para oponerse a otorgar una determinada prestación pretendida.

Así, por ejemplo, en una causa iniciada ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se solicitó que se le ordenara al gobierno de la Ciudad que se le administrase a dos pacientes “plasma de personas curadas de covid-19”²³. Se trata de un recurso escaso que el Estado administra de acuerdo al criterio de sus funcionarios especializados, y que podría ser considerado, en algún caso concreto, el mejor nivel de acceso a la salud disponible. Sin embargo, tanto este como otros tratamientos, así como posibles vacunas en el futuro, implican el diseño estratégico y la selección por parte de las autoridades sanitarias del orden de prioridad con que se administrarán. Lo mismo ocurre cuando la escasez de camas de terapia intensiva, equipos de ventilación mecánica u otros elementos necesarios para el tratamiento implica que los equipos médicos deben seleccionar a quiénes tratarán y a quiénes dejarán morir.

En estos casos, las razones para la deferencia ya no están centradas en el socavamiento hipotético de valores formales, sino en el socavamiento de la posibilidad de desarrollar una política pública de maximización de la utilidad de los recursos disponibles por parte de los poderes del Estado que tienen esa función. Esta razón podría inclinar la balanza del juicio de ponderación en un sentido contrario al otorgamiento de las prestaciones pretendidas para ciertos casos.

Entendemos que el modelo de adecuación finalista resuelve satisfactoriamente todos los casos de prestaciones no incluidas en el PMO que se reseñaron porque en esos casos la interferencia en la política pública es de escasa o nula relevancia, pero que no serviría para los posibles casos que surgieran a partir de la pandemia. En cambio, el modelo de ponderación que proponemos serviría para los casos en que la interferencia está justificada porque las razones para la deferencia se consideran de menor peso, y que actualmente se resuelven mediante el modelo de adecuación finalista, y también serviría para

²³ CContAdmTrib CABA, Sala III, 9/7/2020, “Mendoza Narváez, Marianela c/ G.C.B.A. s/medida cautelar autónoma”.

casos como estos últimos en que hay mejores razones para la deferencia y, por lo tanto, las razones para la interferencia podrían perder su lugar privilegiado.

§ 6. **CONCLUSIÓN**

En el presente trabajo se intentó un análisis de una instanciación concreta del problema de los límites al derecho a la salud. Se trata de un derecho social que implica prestaciones concretas por parte del Estado y los subsistemas de salud no estatales, y el acceso a este debe ser armonizado con la necesidad de administrar prudentemente los recursos públicos.

A partir de un análisis de la jurisprudencia reciente con relación al derecho a la salud en los términos de la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos se detectó que, para una serie de casos, se recurre al esquema argumental clásico que se suele identificar con el silogismo judicial, al que se denominó argumento de subsunción; mientras que para otros casos se recurrió al argumento de adecuación finalista basándose en el derecho constitucional al más alto nivel de acceso a la salud disponible; y no se detectaron fallos que recurrieran al argumento de ponderación entre los motivos para la intervención judicial en el sistema de salud y los motivos para la no intervención.

Partiendo de la flexibilidad respecto de las circunstancias particulares del dictado de cada sentencia judicial que permitiría una argumentación de este último tipo, se propuso que los casos que actualmente se resuelven mediante el argumento de adecuación finalista pueden ser resueltos recurriendo al argumento de ponderación. Por su parte, este tipo de argumentos también permitirían dar respuesta a los casos que surgen cuando un grupo muy numeroso de personas requiere y necesita el acceso a una prestación que por su naturaleza es inevitablemente escasa, como ocurre en muchos países a partir de la pandemia de covid-19, en que hay buenas razones para que los tribunales sean deferentes con el diseño de las políticas públicas a cargo de las autoridades de salud.

En consecuencia, sostenemos que la argumentación por ponderación da una mejor respuesta a los requerimientos de la sociedad respecto del derecho constitucional a la salud, ya que permite resolver los casos que el sistema ya resuelve satisfactoriamente y también aquellos casos posibles que, postulamos, la argumentación de adecuación finalista no permite resolver.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *Argumentación, derechos humanos y justicia*, coords. J. P. ALONSO y R. RABBI-BALDI CABANILLAS, Buenos Aires, Astrea - Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2019.
- *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, CEC, 1989.
- ARIZA CLÉRICI, RODOLFO, *El derecho a la salud en la CSJN*, “Lecciones y Ensayos”, n° 80, 2005, p. 285.
- ATIENZA, MANUEL, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. IBÁÑEZ y A. GREPPI, Madrid, Trotta, 1999.
- LOZADA, ALÍ, *Activismo judicial y derechos sociales. Un enfoque postpositivista*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 41, año 2018, p. 223.
- TOULMIN, STEPHEN, *Los usos de la argumentación*, trad. M. MORRÁS y V. PINEDA, Barcelona, Ed. Península, 2007.
- UCÍN, MARÍA C., “La adjudicación de los DESC. Un aporte para su racionalidad”, presentado en II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, 11 a 13 de julio 2018, www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Maria-CarlotaUc%C3%ADn-Argentina.pdf.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS