

Capítulo 2. El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión*

2.1. INTRODUCCIÓN

En este libro se han trabajado casos o situaciones en los que la afectación a un derecho (p. ej., el derecho a la salud) se produce por acción insuficiente o por omisión. Esto habla de que los derechos, como el caso del derecho a la salud, tienen una función de derecho de prestación, lo que genera para el Estado —y otros sujetos obligados (efectores del sistema de salud público y/o privado, particulares, entre otros)—, diversas obligaciones que consisten en un hacer.¹ A su vez, ese hacer puede consistir en una obligación de organización y procedimiento —diseño, organización, implementación, cumplimiento, garantía, control, fiscalización, mejora—; de desarrollo o ejecución normativa, o en una obligación de dar. Insistimos, tomamos como material de trabajo el derecho a la salud, lo que sostenemos en este capítulo es aplicable a cualquier otro derecho.

El cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho a la salud implica, en caso de que:

* Agradezco la lectura y comentarios a Martín Aldao, Leticia Vita, Estefanía Giaccone, Mariana Pucciarello, Liliana Ronconi y Anabel Papa.

¹ Respecto de la violación a los derechos por intervención, véase cap. I de este libro, en el que también trabajamos, como ejemplo, el derecho a la salud en su función de no intervención o defensa.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

- nada se haya hecho, un empezar a hacer adecuado —fáctica o normativamente—;
- algo se haya empezado a hacer, una obligación de mejorar —obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente, “lo más rápidamente”,² posible hacia el disfrute pleno de los DESC— y, a su vez,
- algo se haya realizado y sigue siendo hecho, una obligación de abstenerse de retroceder, de regresar arbitrariamente —prohibición de regresividad o de retroceso—.

Así, el objeto de este capítulo es analizar y desplegar una estrategia argumentativa que nos permita examinar:

- a) si el accionar del Estado es violatorio del derecho a la salud por haber incumplido por insuficiencia o por omisión, y
- b) cuál es la conducta debida *suficiente*.³

Esta estrategia argumentativa está conformada por el examen de proporcionalidad en dos variantes:

- la prohibición de acción insuficiente u omisión (aps. III y IV), y
- la prohibición de regresión (cap. 3).⁴

En ambas variantes la justificación del Estado es sometida al subexamen de idoneidad, de medios alternativos y de proporcionalidad en sentido estricto.

² Comité DESC, El disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), observación general 12, párr. 14.

³ Sobre una comparación de la prohibición de exceso con la prohibición de insuficiencia en Clérico, Laura, “Verhältnismäßigkeit und Untermaßverbot”, en Sieckmann, Jan (coord.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 151-178; hay traducción al castellano, en Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponible en <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>

⁴ La variante del examen de proporcionalidad por acción excesiva fue trabajada en el cap. 1 de este libro.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

2.2. PREPARACIÓN DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

Como identificamos en el capítulo anterior, el *primer paso* es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Se trata de realizar una reconstrucción exhaustiva de la situación en la que se encuentra la persona afectada a causa de la restricción al derecho a la salud y en la que se encontraría de no haber ocurrido la restricción —por acción— o en la que se debería encontrar de haberse realizado la acción debida —restricción por omisión o insuficiencia—. Esta reconstrucción requiere determinar:

- a) el derecho afectado, en este caso el derecho a la salud, en algunos supuestos en conexión con el derecho a la vivienda digna, a la alimentación, entre otros;
- b) la restricción al derecho que surge por omisión o insuficiencia. Esta acción suele ser identificada como el medio establecido por el Estado, que en forma abreviada identificamos como M;
- c) luego se trata del derecho o bien colectivo que el Estado trata de promocionar con la acción estatal. Ese derecho o bien colectivo también suele ser llamado fin legítimo, y
- d) con todo, esta preparación puede incluir en forma separada o transversal referencias al contexto ampliado de producción de la afectación al derecho o a la reconstrucción del “patrón”⁵ que afecta los derechos.

Estos elementos conforman la base del examen de proporcionalidad a fin de determinar si la insuficiencia —u omisión— estatal implica una violación al derecho a la salud.

Se aplican así los tres subexámenes de la proporcionalidad en sentido amplio: de la idoneidad, del medio alternativo o de la necesidad y de la proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de los mismos tres subexámenes como en el examen de proporcionalidad por exceso, sin embargo, los de idoneidad y del medio alternativo serán complementados para examinar la —falta de justificación de la— insuficiencia o la omisión.

⁵ CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, párrs. 34 y 77.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

2.3. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: PROHIBICIÓN DE INSUFICIENCIA

Para el análisis y despliegue de esta herramienta argumentativa tomaremos en forma ejemplificada tres casos que ilustran las afectaciones que suele padecer el derecho a la salud por accionar estatal insuficiente u omisión:

1. Uno de los casos se refiere a si un seguro de salud público debe cubrir una terapia alternativa. Aquí la afectación al derecho se daría por un accionar insuficiente puntual. Este caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán en 2005 (más conocido como *Nikolaus-Beschluss*).⁶ Se presenta en el contexto de un sistema de salud que garantiza, en general, una cobertura muy por encima del llamado “mínimo existencial”. Los resultados de este análisis pueden ser aplicados en contextos similares. Estos casos son cada vez más frecuentes y se plantean en la instancia judicial⁷ no solo en contextos de sistemas

⁶ Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA, en alemán BVerfG o BVerfGE), BVerfGE 115, 25 sentencia de 6 de diciembre de 2005.

⁷ El contexto de litigio en estas sociedades está determinado por el nivel de desarrollo económico y social que condicionaría la naturaleza del conflicto social e interindividual, la propensión a litigar, el tipo de litigio y el acceso real a la justicia, véase Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009, cap. 3 sobre Sociología crítica de la justicia, p. 115. En este sentido, no es así casual que la mayor parte de los casos llegados a la Corte argentina fueran caracterizados como *casos urgentes que implican violaciones graves al derecho a la salud en los que está en juego también* la “subsistencia de la persona”, Clérico, Laura, “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en *La Corte y los derechos 2005/2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008, pp. 479-494. En este contexto de litigio, la mayor parte de los reclamos son por incumplimiento de lo que se podría llamar el piso del derecho a la salud conformado en Argentina, por ejemplo, a través del Plan Médico Obligatorio (PMO), entre otros indicadores. En menor medida, se registran reclamos sobre la cobertura de terapias alternativas no asimilables a algunas de las prestaciones del PMO. En el grupo reducido de estos últimos casos se encuentra el reciente de *Sureda*, sobre reclamo a la obra social del Poder Judicial de la Nación por una terapia no convencional no incluida en el PMO. Si bien la Corte argentina no se pronunció sobre el fondo de la cuestión ordenó a la Cámara que vuelva a dictar sentencia

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

- de salud consolidados, sino también en otros sistemas⁸ caracterizados por su fragmentación, complejidad e insuficiencia estructural.
2. El otro caso se produce en un contexto en el que el acceso a la vivienda digna no está garantizado en condiciones de igualdad. Aquí el accionar insuficiente se refiere a falta de cumplimiento de obligaciones de hacer que generen las condiciones materiales que permitan el ejercicio real de ese derecho. Esta insuficiencia impacta en forma directa en el derecho a la salud de niños y niñas en situación de discapacidad grave y de calle. En el caso concreto, la falta de acceso a la vivienda digna empeora la gravedad de su estado de salud. Nos interesa este caso porque pone de manifiesto el carácter inclusivo y de interdependencia del derecho a la salud y, a su vez, la dimensión estructural de algunas de las obligaciones que genera este derecho. Estos aspectos se ven reflejados en el caso *Q. C.* que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina.
 3. Por último, tomaremos el caso *Campodónico de Beviacqua* sobre interrupción de la entrega de un medicamento a

examinando la idoneidad del tratamiento ofrecido por la obra social para el caso del paciente reclamante, CSJN-26/03/2009. Por su parte, la Cámara dictó sentencia, concluyó que el tratamiento requerido por el afectado revestía carácter experimental —no aprobado por las autoridades sanitarias—, cuyos costos debían ser soportados por los investigadores o sus patrocinantes y que, según las conclusiones del Cuerpo Médico Forense, no resultaba indicado para su cuadro, debiéndose optar por los tratamientos convencionales. En la práctica esto significa que la obra social del Poder Judicial de la Nación no estaba obligada a cubrir en el caso este tratamiento sujeto a ensayo clínico. Otro caso difícil podría ser predicado de *Maldonado* trabajado en este mismo capítulo.

⁸ González Magaña, Ignacio y Medina, Graciela, “Derecho a la salud. Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados. Los medicamentos de uso compasivo, *Jurisprudencia Argentina*, 2012-IV, 28 de noviembre de 2012. En el trabajo se plantean dos interrogantes, si los pacientes tienen derecho a que se les suministren fármacos en vías de experimentación o a que se les otorguen medicamentos compasivos; y si tienen derecho a que se les suministren medicamentos no autorizados por la agencia estatal de control (en Argentina, ANMAT). Los autores trabajan en forma detallada las posibles respuestas a estos interrogantes a la luz de sentencias pronunciadas en diversos fueros en Argentina.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

un niño que padece una enfermedad grave y requiere la medicación en forma urgente. En este caso, el accionar insuficiente se configura por el incumplimiento de obligaciones estatales de hacer. Por un lado, se trata de una obligación estatal de dar —entrega del medicamento—; por el otro, de una obligación estatal de control y procedimiento, en concreto de controlar y garantizar el eficaz funcionamiento de las obras sociales (cap. 3).

En todos los casos, el derecho a la salud se ve afectado por insuficiencia en el cumplimiento de las obligaciones estatales. De ello se infiere, que el grado de realización del derecho afectado, no es indistinto, sino que el Estado deberá seleccionar un medio dentro de los *medios suficientes*.⁹ Así, del resultado del examen de proporcionalidad siempre debe surgir el accionar estatal suficiente. En algunos casos ese mandato definitivo puede tener un contenido alternativo pero suficiente —medio suficiente—,¹⁰ en

⁹ Suficiente no es igual a —contenido— mínimo. Los derechos a acciones positivas del Estado son principios como los derechos de no intervención. Es decir, elevan la pretensión de ser realizados en la mayor medida fáctica y jurídica posible. En este sentido, tanto la prohibición de insuficiencia como su par, la prohibición de exceso, son formas de determinación del contenido de los derechos fundamentales y más allá de su contenido mínimo que, por lo general, se determina —se aplica— como regla. Sobre la aplicación del derecho a la salud como regla, véase Ronconi, Liliana M., “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Salud colectiva*, vol. 8, núm. 2, may-ago, 2012.

¹⁰ En este sentido podría ser reconstruida la argumentación de la Corte Suprema de Justicia argentina en el fallo *Maldonado*, CSJN-23/11/2004, fallos 327:5210. En el caso la obra social —del personal de la Policía Federal argentina— a la que estaba afiliada la familia Maldonado debía seguir costeando el tratamiento de su hija. La niña sufría la enfermedad de *Werdnig-Hoffman*, que ocasiona una atrofia muscular espinal incurable y solo puede ser contrarrestada con cuidados paliativos. La obra social había solventado un tratamiento en Cuba con buenos resultados. Luego, lo reemplazó por la atención en un centro de rehabilitación de la provincia de Buenos Aires. Finalmente dio por terminadas las prestaciones. Mientras tanto el estado de salud de la niña se deterioraba progresivamente por lo que sus padres exigieron judicialmente que la obra social volviera a pagar el tratamiento apropiado en Rusia o en Cuba. La Corte no dudó en concluir que la obra debía realizar un accionar positivo idóneo y suficiente, sin embargo, interpretaron que el tratamiento en Cuba no era el único medio

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

otros para cumplir con ese mandato definitivo el medio es definitivo y definido —medio necesario—. ¹¹

En suma, la *determinación del grado de cumplimiento mandado u ordenado* se refleja en la prohibición de insuficiencia —con sus tres partes: mandato de idoneidad, mandato del medio alternativo como medio más adecuado o mejor medio, mandato de proporcionalidad en sentido estricto—. El examen de insuficiencia indica cuándo es violado un derecho en su faz de prestación positiva. ¹² Existe violación cuando el estado de partida —el estado

necesario y que la obra social cumplía con su obligación de hacer si garantizaba un tratamiento idóneo y suficiente similar al practicado en Cuba. En consecuencia, ordenó a la obra social que cubriera un tratamiento en Argentina que sería recomendado como el más conveniente por una junta de médicos especialmente convocada para ello por la Corte (los informes del Cuerpo Médico Forense establecieron que la evolución positiva de su salud no dependía de un tratamiento contingente fuera del país, sino de la posibilidad de contar con una estructura sanitaria continua y progresiva, que incluyera atención y seguimiento por parte de un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud).

¹¹ Este es el caso *Viceconte Mariela vs. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social*, resuelto el 2 de junio de 1998 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (argentina), en virtud de una acción de amparo de incidencia colectiva iniciada por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), véase *La Ley*, Buenos Aires, 5 nov 1998. También véase análisis reciente del impacto de este fallo, en Rey, Sebastián A., “El caso «Viceconte»: reflexiones a diez años de un amparo paradigmático en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. I, núm. 5, 2009.

¹² Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997 suministran ejemplos de violaciones por omisión a los DESC —entre otros, al derecho a la salud—: a) la no adopción de las medidas adecuadas estipuladas en el Pacto; b) la no modificación o revocación de cualquier legislación que sea claramente inconsistente con una obligación prevista en el Pacto; c) la no aplicación de legislaciones o ejecución de políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones en el Pacto; d) la no regulación de actividades de particulares o grupos para evitar que estos violen los DESC; e) la no utilización al máximo de los recursos disponibles para lograr la plena realización del Pacto; f) la falta de vigilancia de la efectividad de los DESC, incluyendo la elaboración y aplicación de criterios e indicadores para evaluar el acatamiento; g) la no eliminación inmediata de los obstáculos que debe eliminar para permitir la efectividad inmediata de un derecho garantizado en el Pacto; h) la no aplicación inmediata de un

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

de cosas que resulta de una omisión o una acción insuficiente por parte del Estado, atacado mediante una acción de amparo— no es suficiente en relación con la intensidad de interferencia (d) el derecho fundamental colisionante —ya sea derecho de defensa o derecho de prestación—. Es decir, el Estado podría hacer más para garantizar el derecho a una prestación positiva, dado que el derecho colisionante no es interferido injustificadamente, pero no se hizo algo suficiente.

2.3.1. El examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente: constelaciones, reglas y elementos

La justificación estatal respecto de la acción que es atacada por insuficiente u omisiva implica una primera alerta de violación al derecho, cuando:

- a) las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales quedan muy por detrás de lo obligado,¹³ en lenguaje común, el Estado se quedó corto, o
- b) el poder estatal permanezca totalmente inactivo.¹⁴

derecho que debe tener efectividad inmediata conforme al Pacto; i) el no cumplimiento de la norma mínima internacional de realización cuando dicho cumplimiento queda dentro de sus posibilidades; j) cuando el Estado, al celebrar convenios bilaterales o multilaterales con otro Estado y con organizaciones internacionales o empresas multinacionales, no tenga en cuenta sus obligaciones legales internacionales en la esfera de los DESC; p. 123, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>

¹³ Véase, por ejemplo, CSJN, 24/04/2003: en “B. V. L.”, se trata de un reclamo iniciado a favor de una niña D, que padecía un delicado estado de salud agravado por un cuadro de craneofaringioma. Desde entonces debía estar medicada permanente e ininterrumpidamente. Sus padres solicitaron la medicación prescrita a diversos organismos estatales. La administración respondió de forma insuficiente, le expidió a la niña un certificado de discapacidad de conformidad con lo previsto por la ley 22431. Sin embargo, no suministraron los medicamentos que eran imprescindibles para evitar un nuevo brote de enfermedad de D. La Corte Suprema constató la falta de idoneidad de ese accionar —insuficiente— y ordenó la entrega de los medicamentos prescritos.

¹⁴ TCFA, BVerfGE 77, 170 (214.); 88, 203 (251, 254); 92, 26 (46).

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

A primera vista, las constelaciones en juego son dos. A estas dos constelaciones se les aplica la siguiente *fórmula* del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente expresada en términos *positivos*:

Es necesaria una protección “adecuada” –bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan–; será decisivo que la protección sea como tal “eficaz”. Las medidas legislativas deben ser “suficientes” para alcanzar una protección “adecuada y eficaz”[...].¹⁵

En el caso de ambas constelaciones, el examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente supone una relación de medio-fin:

- a) en la *primera constelación*, el *medio atacado* es un hacer pero el problema radica en su insuficiencia¹⁶ o en su defecto, el fin es la promoción de un derecho fundamental de prestación —derecho a la salud— que además puede coincidir con el fin estatal perseguido por el legislador. En el caso, tanto el Estado como el afectado buscan promover el derecho a la salud. Por ejemplo, el Estado a través de la cobertura de los tratamientos estándares; el afectado reclamando el reintegro de las terapias alternativas.
- b) En la *segunda constelación*, el *medio* es una omisión.¹⁷ Este no hacer puede consistir en:

¹⁵ TCFA, BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262), caso Aborto. De este caso se extrae la fórmula de la prohibición por omisión o insuficiencia como estructura formal.

¹⁶ Por ejemplo, en *Reynoso, Parraga y Papa: CSJN, Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados; Parraga Alfredo vs. INSSJ y P (ex PAMI) s/amparo y Papa Estela Ángela vs. INSSJ y P. s/amparo*, todos de 16 de mayo de 2006, se reclamaba por la entrega de medicamentos al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. Nuevamente se trata de un reclamo por una accionar estatal insuficiente. El Programa Médico Obligatorio de fuente legal, solo preveía la cobertura de un porcentaje de los medicamentos e insumos necesarios para los pacientes. La Corte ordenó, sin embargo, que los remedios reclamados debían ser provistos íntegramente. En todos estos casos estaba acreditado que los asociados no podían afrontar el costo de los fármacos e insumos y que sus enfermedades eran graves.

¹⁷ Véase Bazán, Víctor, “Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión”, en *La Ley*, 2009-E, pp. 1240-1256.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

- una omisión a secas, por ejemplo,¹⁸ en caso de falta de acceso al agua potable la no adopción de las medidas adecuadas; en una omisión, aunque se haya discutido y reconocido la obligación estatal de hacer pero no se haya llegado a la decisión de hacer algo; ¹⁹ este podría ser el caso referido a la pregunta sobre si el sistema de salud debe o no cubrir los tratamientos de fecundación asistida en el ámbito nacional,²⁰ o

¹⁸ Véase CSJN, 24/04/2007: en “Defensor del Pueblo de la Nación” se trata de un reclamo colectivo iniciado por el defensor y, a su vez, por un habitante (F.H.) de la provincia de Buenos Aires, para que ese estado provincial y el nacional cumplieran su obligación de entrega de medicamentos para el tratamiento de quimioterapia para personas que padecen enfermedades oncológicas, en especial, *linfoma de hodgkin*. El estado provincial no estaba entregando el medicamento ni tampoco extendía el certificado en el que constaba dicha falta de suministro, a fin de que los afectados pudieran requerirlo al Estado nacional. El Tribunal ordenó en forma cautelar a la provincia que se suministrara al señor F.H. los medicamentos necesarios para continuar con su tratamiento oncológico.

¹⁹ Véase CSJN, 18/12/2003: en “Asociación Esclerosis Múltiple de Salta” una asociación constituida para proteger los derechos de las personas que padecen esa enfermedad presentó un reclamo contra una disposición del Ministerio de Salud nacional que interrumpía la provisión de remedios a cierta clase de estos enfermos. Se atacó a este accionar por insuficiente y defectuoso. Según la ley los enfermos debían tener cubierta la provisión en 100%. El Ministerio cuando reglamentó la norma excluyó a estas personas del referido suministro, ya que entendía que producían serios efectos colaterales y, en ocasiones, eran aplicados incorrectamente a personas que en realidad sufrían otras enfermedades. El Tribunal constató la relación fáctica entre este accionar defectuoso del Ministerio y la violación al derecho. Consideraron que si el tratamiento era el indicado o no correspondía al juicio de los médicos en cada caso particular, y que el Ministerio no había podido justificar por qué dejaba sin protección a quienes padecían esa enfermedad discapacitante, que tenía por ley el 100% de cobertura en medicamentos. La sentencia del Tribunal implicó en la práctica que todos los enfermos de esclerosis múltiple que residían en Salta volvieran a recibir la medicación con una cobertura de 100%. Asimismo, sobre reclamos individuales similares, véase CSJN 4/4/2002, fallos 325:519; *Albarracín, Esther vs. Provincia de Buenos Aires y otro*, 14 de diciembre de 2004.

²⁰ Véase Ronconi, Liliana, “¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de fertilización asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad”.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

- en una omisión frente a la cual se haya reconocido la obligación estatal de hacer, se hayan establecido los medios pero no se implementaron, entre otras. Por ejemplo, este podría ser el caso del Plan de la Hormona del Crecimiento creado por la provincia de Buenos Aires, establecido pero no ejecutado; o el caso de la falta de construcción de un hospital público a pesar de haber sido aprobada su creación por ley.²¹

Sea cual fuere la modalidad de la omisión, el problema es determinar si un hacer es obligatorio en forma definitiva y, además, las características de ese accionar, para que sea suficiente.²²

lidad”, en *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2010, pp. 17-28.

²¹ “Comisión de Vecinos de Lugano en marcha y otros contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)”, exp. 16120/0, en trámite ante el Juzgado CAyT núm. 4, sentencia de 25 julio 2005, confirmada por la Sala II de la Cámara del fuero, disponible en www.basefuero-cayt.gov.ar

²² Aquí se supone una teoría del supuesto de hecho y alcance del derecho fundamental amplia. Basta con que se pueda alegar algún argumento a favor de la relación entre la omisión y la afectación del derecho de prestación en el caso concreto para realizar el examen de la proporcionalidad en sentido amplio. Justamente este examen —y de acuerdo con el mandato de la prohibición por omisión o insuficiencia— arrojará si la omisión está o no justificada a la luz del derecho y si un accionar es obligatorio en forma definitiva. Por lo demás, frente a una omisión en sentido estricto, es decir, un no hacer a secas, se suele hablar de la dificultad de determinar cuándo esa omisión se encuentra en relación con la violación al derecho fundamental en su función de prestación. Se han realizado varios análisis acerca de las razones de esta dificultad, por ejemplo, véase Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, cap. 9. Arango sostiene que se viola un derecho fundamental social a través de una omisión estatal absoluta, cuando la no consideración de criterios de diferenciación relevantes lleva a un tratamiento desigualitario que, en atención a los efectos fácticos que produce, dañan al afectado sin justificación. Los criterios para la determinación de cuándo es obligatorio un tratamiento diferenciado surgen, según el autor, del uso de argumentos contrafácticos (argumento *ad absurdum* y argumento *ad contrarium*). *Para ello se requiere tener en cuenta cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar omisivo del Estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad, el Estado no actúa a través de un accionar positivo que es posible fácticamente.* Véase Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, pp. 152-153, 138, 216, 224-225, Arango, Rodolfo, *El concep-*

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

Así, en el examen de prohibición por omisión o insuficiencia, *el medio puede ser indeterminado en el comienzo del examen*. Para el reclamante, el medio que hay que someter a examen es la omisión o acción estatal insuficiente, y el medio ordenado sería una acción suficiente o adecuada. El Estado suele entender, por el contrario, que la selección del medio forma parte de su margen de apreciación²³ y que, incluso, no existiría la obligación de elegir algún medio determinado que implique un hacer. De este modo, *el medio —la acción estatal suficiente— surge —en el marco— como resultado del examen del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente*.

to de los derechos sociales fundamentales, 2ª ed., Bogotá, Themis, 2012. Lo propuesto por el autor sirve también para determinar la intensidad a la limitación al derecho de prestación del afectado en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto.

²³ Sobre márgenes de apreciación y similar, véase Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...*, cit., cap. 10, III.2; Sieckmann, Jan, “Das System richterlicher Bindungen und Kontrollkompetenzen”, en Mellinghoff, R. y Trute, H.H. (ed.), *Die Leistungsfähigkeit des Rechts*, Heidelberg 1988, pp. 39-60; Sieckmann, Jan, “Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen”, en *DVBl*, 1997, pp. 101-107; Sieckmann, Jan, “Principios formales”, en Portocarrero Quispe, A. (ed.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016; Raabe, M., “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum”, en Grabenwarter, C. et al. (eds.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Stuttgart, Boorberg, 1994, pp. 83-100; Raabe, M., *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, Nomos, 1998; véase Afonso da Silva, Virgílio, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003; Klatt, M. y Schmidt, J., “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10, 2012, pp. 69 y 74; Portocarrero Quispe, J. A., “Zu Begriff und Struktur der formellen Prinzipien”, pp. 200-235; y Borowski, M., “Formelle Prinzipien und Gewichtsformel”, en: *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, en Klatt, M. (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr Siebeck, 2013, pp. 151-199; Klatt, M., “Positive rights: Who decides? Judicial review in balance”, en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 13, 2015, pp. 354-382, sostiene desde una perspectiva reconstructiva que la intensidad del control judicial depende de las circunstancias del caso evaluadas bajo los siguientes factores: calidad de la sentencia combatida; la confiabilidad de las premisas empíricas y normativas, la legitimidad democrática, los principios materias en juego, entre otros, y últimamente, García Jaramillo, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

Respecto del fin, en esta constelación, el reclamo gira en torno a la promoción de un derecho de prestación —el derecho a la salud— que está dado por la Constitución, que puede o no coincidir con el fin estatal. En varios de los casos referidos, el derecho reclamado, salud, coincide con el fin estatal perseguido. Así, el punto en debate no es a dónde se quiere llegar sino qué tan lejos o cerca se quiere llegar en la realización de ese derecho.²⁴ Es el derecho fundamental del afectado que se requiere precisar de acuerdo con las circunstancias particulares del caso; es decir:

- a) de acuerdo con el estado de cosas —de insuficiente realización del derecho— que de hecho se alcanzó a través de la omisión o acción insuficiente o defectuosa reclamada —estado de inicio—, y
- b) el estado de cosas que se persigue alcanzar o lograr a través de una acción suficiente —estado final—.

En el examen de idoneidad, el fin estatal puede *coincidir* en todo o en parte con el fin de realización del derecho de prestación; este es el caso del ejemplo de la cobertura o no de una terapia alternativa. En ambos casos, el fin es la promoción del derecho a la salud.

Cuando el medio es una omisión, el fin estatal puede coincidir con el fin de realización del derecho de prestación; si no es el caso, entonces, el examen de idoneidad se aplica en relación con, por lo menos, dos fines —independientes, si es que no coinciden—: a) el fin estatal expreso o implícito, y b) el fin relacionado con la realización del derecho fundamental.

En cuanto a la relación de *fomento* entre medio y fin(es), cuando se trata del mandato de prohibición por exceso, basta con

²⁴ Una particularidad se puede presentar cuando el medio reclamado sea una omisión. Nos parece que es indiferente que el Estado persiga o no, además, un fin estatal con la omisión. Si llega a perseguir un fin estatal, esto aligera solo la búsqueda de los argumentos, pero la ausencia del fin estatal no imposibilita el examen, ya que lo importante es que el derecho fundamental de prestación está dado por la Constitución. En este caso hay que reconstruir el fin estatal, por ejemplo, a partir de la argumentación del Estado en el procedimiento en el que se discute la omisión.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

que el medio promueva el fin en algún sentido para que el medio establecido quede como idóneo. Sin embargo, ¿alcanza con esta exigencia de *fomento* en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente? A primera vista se diría que no, por lo menos, respecto del fin relacionado con la promoción del derecho fundamental de prestación. *Para que el examen de idoneidad tenga algún sentido se requiere una vuelta de tuerca en relación con la exigencia de fomento.*

Una versión *muy fuerte* de fomento implicaría, sin embargo, resolver el examen de proporcionalidad en sentido amplio en el primer escalón de la argumentación. Se opone a ello un argumento de racionalidad que requiere que se agote la consideración de todos los argumentos relevantes para la resolución del caso. El segundo se refiere al problema de la tensión entre las competencias del legislador legitimado democráticamente, por un lado, y el tribunal que controla, por el otro.²⁵ Ahora bien, si se atienden todos los argumentos a favor de una versión débil y de una versión fuerte de la exigencia de fomento, entonces ambas deberían conformar el examen de idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia. Así al finalizar el examen de la idoneidad surge:

- a) *la medida del fomento, en abstracto y en general, del fin estatal y de la realización del derecho a la salud —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido— a través del medio atacado —omisión o acción insuficiente o defectuosa—;*
- b) *la medida del fomento en concreto y en el caso individual, del fin estatal y de la realización del derecho de prestación positiva —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido— a través del medio reclamado —omisión o acción insuficiente o defectuosa—.*

²⁵ Uprimy también propone transitar el camino de la solución intermedia para posibilitar la consideración de todos los argumentos relevantes en el examen de prohibición regresión arbitraria, Uprimy, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

Esto permite distinguir los siguientes resultados relevantes del examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia,²⁶

1. cuando el medio no fomenta el fin estatal perseguido ni la realización del derecho de prestación positiva —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido—, en el supuesto *a* y *b*, entonces estamos frente a *un caso claro de falta de idoneidad del medio*; es decir, la acción es insuficiente o, en su caso, la omisión está injustificada y no es proporcional en sentido amplio;²⁷

²⁶ Aquí solo se enumeran cuatro resultados que se consideran de relevancia práctica. Sin embargo, de la combinación de la versión débil y fuerte de idoneidad y de los tipos de fines identificados en este apartado, surgen otros resultados posibles.

²⁷ No hay que subestimar la importancia de esta fórmula si se consideran las proyecciones de aplicación del mandato por omisión o acción insuficiente en el contexto de prácticas constitucionales caracterizadas por un alto grado de exclusión social y por violaciones reiteradas a los derechos sociales en su función de derecho de prestación. Así, esta versión del examen de idoneidad sirve para reconstruir la argumentación en el caso *Viceconte Mariela vs. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social*, resuelto el 2 de junio de 1998 por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (argentina), en virtud de una acción de amparo de incidencia colectiva iniciada por el CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales). Véase *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 5 nov 1998. Los hechos del caso son los siguientes: alrededor de 3 500 000 habitantes de la pampa argentina se encontraban amenazados —según datos del año— por la presencia de un virus altamente nocivo para la salud llamado “mal de los rastrojos”. Sin embargo, la enfermedad consecuencia del virus podía —y puede— ser prevenida a través de la aplicación de una vacuna. Así, el Estado argentino compró desde 1991 hasta 1995 la vacuna, a un instituto estadounidense que la producía, para realizar campañas de prevención contra el virus. Este programa se interrumpió, porque el instituto dejó de producir la vacuna. No le era rentable, ya que este tipo de enfermedad solo se da en la pampa argentina. En 1996 mueren habitantes de la pampa a causa de esta enfermedad. El Estado decide producirla a través de un instituto público; sin embargo, no de forma inmediata ya que debían realizarse algunas modificaciones para poder producir la vacuna en la cantidad suficiente —medio atacado: en adelante, M1—, que no realizó, por lo menos, hasta el momento de resolución del caso en 1998. Esta acción estatal es insuficiente y constituye un caso claro de falta de idoneidad de acuerdo con la siguiente reconstrucción del

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

2. cuando el medio fomenta el fin estatal y la realización del derecho de prestación positiva —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido—, en el supuesto *a* y en el supuesto *b* estamos en presencia de un *caso claro de idoneidad del medio*, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto;
3. cuando el medio fomenta el fin estatal y la realización del derecho de prestación positiva —que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido— en el supuesto *a*, pero no en el supuesto *b*, el medio es idóneo en un sentido débil, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto. La falta —o insuficiencia— de idoneidad del medio en el supuesto *b* es de un argumento de peso en contra de la proporcionalidad del medio reclamado y es un argumento a favor de una protección adecuada y suficiente del derecho de prestación en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, y

caso. El fin es la protección del derecho a la salud —en adelante, P1— de las personas afectadas —en forma actual o potencial— por el virus —aquí el fin estatal coincide con la realización del derecho de prestación—. M1 claramente no puede fomentar en abstracto, en general, en concreto ni en el caso particular de cada uno de los afectados el derecho a la salud. No lo es ni en abstracto ni en general, porque aun aquellas personas que poseen una obra social o los medios para adquirir la vacuna, no pueden acceder al medicamento porque se interrumpió su producción. Menos aún pueden hacerlo aquellos que no poseen medios, ya que estos no lo podrían adquirir en el mercado ni tampoco están en condiciones de recibirla del Estado, ya que si bien el Estado decidió producirla se quedó a mitad de camino por no haber realizado las modificaciones edilicias para que el instituto público la produjera. Esta reconstrucción explica la condena en el fallo de la Cámara al Estado argentino —Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación— a realizar todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la vacuna “Candid 1” contra la fiebre hemorrágica argentina o “mal de los rastrojos” y asegurar su inmediato suministro a la totalidad de la población afectada por el virus. El Estado recién produjo la vacuna en 2003 y fue autorizada para su aplicación en 2006. Este caso se ha convertido en un caso paradigmático, ha migrado muy bien a contextos de recepción académica y judicial fuera del latinoamericano, véase Suárez Franco, Ana María, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2009; Krennerich, Michael, *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach/Ts, Wochenschau Verlag, 2013.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

- cuando el medio no fomenta el fin —cualesquiera de los dos— en el supuesto *a*, pero sí en el supuesto *b*, el medio es idóneo en un sentido débil, hay que pasar al examen del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto.

La *doble exigencia de idoneidad* permite llegar en un caso a la conclusión de la falta clara de idoneidad del medio. Los restantes casos preestructuran los exámenes del medio alternativo y de la proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con la siguiente regla:

Cuanto menos idóneos sean los medios reclamados, y en comparación con medios alternativos, tanto menos adecuado serán para la satisfacción del derecho de prestación en cuestión, y más grave será la justificación que exigen en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

2.3.1.1. El examen de idoneidad aplicado al caso de la falta de cobertura de terapias alternativas

Veamos cómo se podría aplicar el examen de idoneidad para reconstruir la argumentación del caso *Nikolaus-Beschluss*. Hay que determinar si un seguro público de salud tenía la obligación de cubrir nuevos tratamientos —en estado experimental— en los casos de una enfermedad con riesgo de muerte o con un desarrollo generalmente fatal para la salud.

El *estado de partida atacado* judicialmente por el afectado consistía en una acción insuficiente —o desacertada—. El afectado padecía de distrofia muscular de Duchenne y estaba asegurado como familiar —durante el tiempo en cuestión desde 1992 hasta 1994— en una caja de salud pública. Por lo general, en estos casos *solo* se aplica un tratamiento médico orientado según los síntomas y que implican solo medidas de apoyo.²⁸ Sin embargo,

²⁸ Es decir, con preparados de cortisona, con cirugía, con fisioterapia. Se supondría que, hasta la fecha de la sentencia, no había tratamiento aceptado científicamente que pudiera provocar la cura o un retraso frente al avance sostenido de esa enfermedad.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

desde septiembre de 1992 el afectado había recibido tratamientos nuevos, experimentales.²⁹ Incluso algunos médicos consideraban que el desarrollo de la cura era favorable.³⁰ A pesar de ello, la caja de salud pública correspondiente rechazó la solicitud de asumir los gastos de la terapia alternativa. Veamos los elementos del examen de idoneidad:

- El derecho afectado por falta de realización es, según el Tribunal, la libertad de acción (art. 2.I. Ley Fundamental —LF—) —desarrollo de la personalidad— en combinación con el principio del Estado social de derecho (art. 20 LF —P1—) y aplicó además el artículo 2.II LF —derecho a la integridad física como derecho a la salud, el derecho promovido, en adelante P1—.³¹ Con respecto al derecho fundamental de prestación positiva deberá destacarse la distinción entre grado de interferencia por un lado e in-

²⁹ Estaba en tratamiento con un médico general que utilizaba péptidos del timo (*Thymuspeptiden*), citoplasma, medios homeopáticos y “biorresonancia”.

³⁰ Un médico supervisor evaluó su estado de salud como bueno en comparación con otros pacientes con una enfermedad similar y a pesar de que el reclamante hubiera perdido movilidad. Desde el otoño de 2000 el reclamante, que asistía a una escuela pública, empezó a depender de una silla de ruedas para transitar en la vía pública; sin embargo, desde la primavera de 2001 la requirió para hacerlo en la casa.

³¹ Resulta curioso que la cuestión fuera examinada por el Tribunal como una intervención en el derecho a la libertad general de acción, aunque exista un derecho más específico en la ley fundamental. Desde la perspectiva de los asegurados, la cuestión del reembolso para continuar un tratamiento se relaciona de varias maneras con los probables efectos positivos sobre su salud. Es decir, es una pregunta directa del artículo 2, fracción II LF —derecho a la integridad física como derecho a la salud—. En su lugar, el Tribunal Constitucional Federal utiliza el artículo 2, fracción II LF no directamente, sino más bien como una pauta adicional. Otros trabajos sobre este fallo, también encuadran la cuestión como una referida al derecho a la salud, aunque no la examinan bajo el prisma de la proporcionalidad como prohibición de acción insuficiente, véase Plagemann, Hermann y Radtke-Schwenzer, Kerstin, “Grundrecht auf Gesundheit. Der Nikolaus-Beschluss des BVerfG und seine Folgen”, en *ZAP Fach 18*, pp. 1067-1080; Ramm, Thilo, “Sozialstaatsprinzip und Recht auf Gesundheit—Deutsches Gesundheitsrecht am Scheideweg-?”, en *VSSR*, 2008, pp. 203-219; Steiner, Udo, “Das Bundesverfassungsgericht und die Gesundheit der Deutschen”, en *Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs*, Berlín, Springer, 2008, pp. 129-145.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

tensidad de promoción por el otro —grado o intensidad de protección—. El grado de interferencia del derecho de prestación positiva se deriva de los efectos de una omisión o de un medio insuficiente —la falta de cobertura de los costos de la terapia—. La intensidad, el grado o la medida de la efectiva promoción es el grado de fomento del derecho que se alcanza con el medio empleado.

- Con la negativa de asumir los costos, la obra social persigue la finalidad de “Aseguramiento y calidad de la prestación, *en interés de un trato igualitario de los asegurados* y con el fin de que las prestaciones estén orientadas por el punto de vista de la *rentabilidad (o eficiencia)*” —P2: el fin estatal—.
- El medio reclamado (en adelante, M1) es la negativa de asumir los costos. Esto deviene de la aplicación del artículo 135, inciso 1 del Código de Derecho Social (en adelante, SGB V),³² así como fue interpretado por el Tribunal Federal Social preopinante (BSG). Esta norma contendría una especie de prohibición con una reserva de autorización: los nuevos métodos de investigación y de tratamiento están excluidos de los gastos que debe asumir la obra social hasta que un comité técnico, el Comité Federal Conjunto de Alemania, los considere idóneos para cumplir con la finalidad.³³

³² SGB V es el Código Social, lib. V, sobre seguro por enfermedad.

³³ El método aplicado, el tratamiento, no cumpliría con estos requisitos, porque a) el método de tratamiento solicitado no correspondería con el estado generalmente reconocido de la investigación médica, y b) no habría ninguna experiencia que lo identifique como método eficaz. Este último requisito parece haber sido el relevante para la Corte argentina en 1987, cuando no hizo lugar a un reclamo para que un niño fuera incluido en un grupo de personas enfermas de cáncer que eran tratados con un tratamiento en estado experimental (Complejo Crotoxina A y B) para el cáncer. Se trata del fallo de 27 de enero de 1987, *Baricalla de Sicilotto, María del Carmen vs. Gobierno Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social*. La Corte no hace lugar a la acción de amparo y sostuvo, entre otros argumentos, que: “...es razonable afirmar que es condición inexcusable del ejercicio legítimo de ese derecho, que el tratamiento reclamado *tenga eficiencia para el fin que lo motiva*. En el caso tal objetivo es el de combatir el cáncer”... (cursivas agregadas). Como no se habría probado esa eficiencia, entonces la Corte no

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

Si el medio (la exclusión de cobertura: M1) puede promover el fin estatal (P2), también constituye una cuestión de idoneidad.³⁴ En este ejemplo, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no examina si el medio (M1) es idóneo en general para alcanzar el interés estatal (P2). Deja la cuestión abierta, dado que ella sería irrelevante para la resolución del caso puntual. Solamente puede especularse acerca de por qué este examen no fue realizado. *Es posible también que el resultado del examen fuere que el medio (M1) no es idóneo para la promoción del fin estatal (P2); después de todo, la evaluación del comité técnico implica una suerte de pronunciamiento sobre el reconocimiento que determinado método encuentra en las investigaciones en medicina y afines, pero no sobre la idoneidad del tratamiento o medicamento para el caso en particular.*³⁵

La otra cara de la idoneidad³⁶ se relaciona con la pregunta acerca de si el reembolso —que es omitido por la caja pública de salud y es atacado por el afectado— podría promover la realización del derecho fundamental a la salud. Aquí se bifurca la argumentación según la perspectiva desde la que se presente. El afectado deberá alegar que el accionar del Estado no promueve el derecho en forma suficiente. Por ejemplo, en el caso, contar con un seguro de salud promueve en general el derecho a la salud del afectado; sin embargo, deberá sostener el afectado que no lo promueve en forma suficiente por falta de cobertura de la terapia

considera que se esté en presencia de una obligación estatal de suministro de la droga reclamada.

³⁴ Véase Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 198-199.

³⁵ El Tribunal Constitucional Federal entiende que no debe pronunciarse para la resolución del caso, si el cumplimiento de la función, prevista en el párr. 135, SGB V, método de la sentencia por el Comité Federal Conjunto, cumple con las exigencias constitucionales. TCFA, sentencia de 6 diciembre de 2005; *cfr. BVerfG*, NJW 2004, 3100 [3101].

³⁶ *Cfr. Calliess, Christian*, “Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpögen Verfassungsrechtsverhältnis”, *JZ*, 2006, pp. 321-330; *Cremer, Wolfram*, “Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht”, en *DÖV*, 2008, p. 107; *Kleiber, Martin*, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, p. 107; *Barbosa de Oliveira, Flávio Beicker*, *Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção*, São Paulo, Faculdade de Direito-University de São Paulo, 2013.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

concreta que impacta en su estado de salud. El seguro de salud insistirá en la idoneidad de los criterios para determinar qué forma parte de la cobertura y qué no, y continuará argumentando que así promueve no solo el derecho a la salud puntual de los afectados, sino la solvencia del sistema en clave de acceso igualitario al seguro de salud. Ambas argumentaciones se mueven de manera diferente respecto de los que antes identificamos como examen de idoneidad, en particular, y examen de idoneidad, en general.

Vemos así que en el examen de idoneidad por insuficiencia *cobran especial* importancia las consideraciones sobre la *eficacia* del medio para la promoción del derecho fundamental de prestación (en este caso, derecho a la salud, P1). Si esto es así, en la prohibición de insuficiencia deberá observarse la relación entre el medio seleccionado (M1) y el fin del derecho fundamental en *el caso individual concreto*. Recordemos que la fórmula de la prohibición de insuficiencia dice, por ejemplo, que es necesaria una protección “adecuada” —bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan—; *será decisivo que la protección sea como tal “eficaz”*. Las medidas legislativas deben ser “suficientes” para alcanzar una protección “adecuada y eficaz”.³⁷

Lo que deberá determinarse en la idoneidad durante el examen de la prohibición de insuficiencia es la capacidad del medio para promover el fin en un doble sentido —dos variantes del examen de idoneidad—:

- a) para la promoción en abstracto y en general del fin estatal por el medio seleccionado —en el caso sometido a discusión la respuesta a esta cuestión queda abierta; sin embargo, no significa que no tenga sentido de ser formulada—, y
- b) para la promoción en concreto del derecho fundamental en el caso individual concreto —en el ejemplo, la falta de cumplimiento, alto grado de interferencia del derecho a la salud—.

Con ello interpretamos que en el examen de idoneidad por prohibición por insuficiencia, el foco de interés reside más en el grado de idoneidad en los sentidos identificados que en el re-

³⁷ TCFA, BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262).

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

sultado en sí del examen. Si el medio promueve el fin estatal solamente en abstracto y en general, entonces probablemente se continuará argumentando, aunque esto no quiera decir que haya aprobado el examen de proporcionalidad en sentido amplio. El incumplimiento parcial del fin estatal deberá tenerse en cuenta como motivo para una realización adicional del derecho fundamental de prestación en la proporcionalidad en sentido estricto. Aquí se manifiesta una particularidad del examen de la prohibición de insuficiencia: como resultado del examen de idoneidad también deberá determinarse *la medida de la realización que alcanzó el fin del derecho fundamental*. En la práctica, lo más importante de este examen es determinar el grado de promoción/intervención de cada uno de los principios en juego.

Esto puede ser ilustrado por medio de un cuadro de varias entradas y con ayuda de escalas de intensidad de promoción (*ninguna, baja, mediana, alta, máxima*) y de interferencia (*ninguna, baja, mediana, alta, máxima*).³⁸ Veamos el cuadro 1.

CUADRO 1.

<i>Intensidad de interferencia</i> <i>P1 (derecho a la salud)</i>	<i>Medida de promoción</i> <i>P1 (derecho a la salud)</i>	<i>Medio</i> <i>(M1, M2)</i>	<i>Medida de promoción</i> <i>P2 (fin estatal)</i>	<i>Intensidad de interferencia</i> <i>P2 (fin estatal)</i>
Alta	<i>Ninguna</i>	Negativa del reembolso gastos de la terapia alternativa (el medio seleccionado M1)	Mediana	Ninguna
Ninguna	<i>Alta</i>	Reintegro de gastos (M2)	Baja	Alta

FUENTE: Elaboración propia.

³⁸ Por ejemplo, M es idóneo; pero más aún interesa determinar si la promoción del fin es igual a cero, baja, media, alta o máxima. Esta escala puede ser aún más precisa si se agregan los pares abstracto/concreto y parcial/completo. Esa precisión puede ser aún mayor si se incluyen los aspectos cuantitativos, cualitativos y epistémicos; véase Clérico, Laura, *Die Struktur...*, cit., pp. 36 y ss., 78-85, 340.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

El Tribunal Constitucional Federal parece realizar este examen en forma implícita cuando afirma, *considerando particularmente las circunstancias del caso concreto*, “que la sentencia del Tribunal Social Federal [...] atacada *no cumple con las exigencias* tanto del art. 2, inc. 1 LF en combinación con el principio del Estado social, como del art. 2, inc. 2, apdo. 1 LF y viola el derecho de la actora al cumplimiento de la prestación por parte de la obra social (prestación), que satisface (el deber de) protección de su salud”. Sin embargo, esto podrá ser aclarado de mejor manera en el examen del medio alternativo más idóneo y en el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Veamos.

2.3.2. Examen del medio alternativo más idóneo

Una omisión o una acción estatal atacada por insuficiencia o defecto —el medio combatido— puede haber quedado como idónea —según el caso en un sentido débil y/o fuerte—. Sin embargo, la limitación al derecho de prestación afectado que deviene del medio atacado puede ser *insuficiente o defectuosa*, si pudo haberse evitado a través de la implementación de un *medio alternativo más idóneo*. Es decir, un medio que permita una mayor realización del derecho de prestación.

El primer paso del examen del medio alternativo menos lesivo en el contexto del mandato de prohibición por exceso se llama subexamen *de igual idoneidad*. Aquí reside otra *diferencia* entre ambos mandatos. En el mandato de prohibición por omisión, el medio alternativo tiene que ser *suficiente* en relación con el medio atacado y, por lo menos, *suficiente* para lograr un fomento eficaz del fin, que es la realización del derecho de prestación. El segundo paso está conformado por el examen de la menor lesividad de los medios alternativos.³⁹

El examen del medio alternativo debe ser llamado, en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia, *examen del medio alternativo suficiente*, si es que quiere examinarse si la funda-

³⁹ Véase Clérico, Laura, *Die Struktur...*, cit., cap. 2. III.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

mentación del accionar insuficiente es injustificada porque algo mejor pudo haberse realizado. Este examen de medios alternativos supone también una relación de medio-fin y una comparación del medio establecido con los medios alternativos. Este procedimiento implica *tres criterios comparativos*:

- a) los medios alternativos deberán promover la realización del derecho fundamental (P1) de mejor manera o en mayor medida —y al mismo tiempo limitarlo en menor medida— que el medio establecido (M1: omisión o acción insuficiente, negativa de reembolso de los costos de la terapia alternativa);
- b) los medios examinados deberán además ser lo suficientemente idóneos —precisamente en este punto deberá discutirse el grado de eficacia de los medios examinados en comparación con el seleccionado por el Estado—. En este punto de la argumentación, el afectado deberá explicar las circunstancias que junto con los medios necesarios den como resultado un nivel o medio suficiente para promover el derecho fundamental (P1). Por el contrario, si el Estado tiene la carga de la discusión, él debería explicar por qué su accionar es suficiente, y
- c) los medios alternativos (M2, M3, M4, ... Mn) deberán ser examinados en relación con el grado de afectación de los principios contrarios (P2) en comparación con el medio dado.

Para quedarnos con el ejemplo del reembolso de gastos en los tratamientos alternativos, pueden ser objeto de examen tres medios: M1, el medio elegido; M2, un medio alternativo que requiere un examen de la suficiencia del tratamiento propuesto por el reclamante, y M3, la autoayuda.

2.3.2.1. El medio estatal elegido: no responde al problema concreto planteado en el caso

M1, es decir, el artículo 135, inciso 1 SGB V, es insuficiente para promover el derecho a la salud, es decir, en una situación de grave riesgo de vida o de enfermedad generalmente de desenlace fatal. *M1 no es idóneo para la promoción de P1, dado que no constituye un*

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

procedimiento adecuado para evaluar si el tratamiento tiene efectos de algún modo positivos para la salud del afectado en el caso concreto. Por ello, no es suficiente en comparación con el medio alternativo (M2).

2.3.2.2. El medio alternativo que requiere un examen de eficacia en concreto del nuevo tratamiento: un medio flexible frente a la gravedad de la enfermedad y la falta de alternativas de tratamientos convencionales

Si bien M2 no reemplaza del todo el sistema de prohibición y excepciones, promueve un examen de eficacia del tratamiento alternativo en el caso concreto desde una perspectiva flexible. Para el Tribunal Constitucional Federal, en “tales casos”, es decir, en los casos de:

- a) una enfermedad grave con riesgo de vida o con un desarrollo de desenlace generalmente fatal;
- b) respecto de la cual no existe un tratamiento médico convencional. Aquí reaparece con toda su fuerza la tesis de la alternatividad. Justamente la falta de medios alternativos⁴⁰ convencionales⁴¹ demuestra que el medio que mejor

⁴⁰ Esta argumentación, incluso bajo la aplicación de la reducción de la alternatividad, surge, por ejemplo, respecto de los tratamientos cubiertos por las obras sociales en comparación con los alternativos convencionales pero no reembolsables, y puede verse, en el caso del tratamiento de la obesidad mórbida, en una sentencia de un tribunal local que resuelve en un contexto de litigio de una sociedad semiperiférica. Véase *Cabrera, Javier M. vs. Galeno Argentina S.A.*, resuelto por el Juzgado Civil y Comercial de Rosario (Argentina), en el exp. 10, 23/4/2007, sobre cobertura de tratamiento de *by pass* bariátrico en el caso de una persona que padecía obesidad mórbida: “El tratamiento que debe practicársele a la paciente deja de ser alternativo [para convertirse en el medio necesario] a poco que se repare en las consecuencias que otras prácticas pueden aparejar y la posibilidad de que la intervención pueda ser realizada con éxito en beneficio de (su) salud [...] derecho este de raigambre constitucional”.

⁴¹ Esta tesis de la falta de alternatividad de terapias médicas convencionales puede reconocer una variante tal como lo identifica el Tribunal Federal Social cuando interpretó la pauta elaborada por el Tribunal Constitucional Federal. En efecto la falta de alternativa se puede dar porque no existe un método de tratamiento convencional reconocido o porque el existente no se puede aplicar en el caso y a la luz del diagnóstico del afectado, véase TSF, Tribunal Social Federal (del alemán Bundessozialgericht, BSG), *Tomudex*,

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

promociona el derecho a la salud es la evaluación de la terapia no convencional; con lo que convierte a M2 en un *medio suficiente*;

- c) los tribunales sociales tienen que examinar, con ayuda técnica, si el tratamiento no convencional propuesto por el médico y/o reclamado por el afectado/asegurado arroja;
- d) una posibilidad no del todo remota de sanación, o
- e) de efectos sensiblemente positivos en el desarrollo de la enfermedad en casos individuales.⁴²

M2 —cobertura de la terapia alternativa— es en este sentido mejor que M1 (la no cobertura), el grado de promoción del derecho a la salud del afectado (P1) puede ser calificado como “alto”. M2 permite examinar en el caso concreto si el tratamiento sometido a discusión posee algún efecto positivo en el desarrollo de la enfermedad. En relación con el fin estatal (P2), M2 puede considerarse como idóneo de la misma manera que M1. M2 no excluye la posibilidad de un examen de eficacia en concreto —véanse puntos *c* y *d* identificados en este mismo apartado— del tratamiento cuyos gastos deben ser reintegrados. En este caso, M2 —cobertura— no parece afectar en mayor grado el fin estatal —“aseguramiento de la calidad de la prestación, en interés de un trato igualitario de los asegurados y con el fin de que las prestaciones estén orientadas por el punto de vista de la rentabilidad (o eficiencia)” — que M1. El grado o medida de promoción del fin estatal P2 puede considerarse “medio”, toda vez que no desatien- de la promoción de asegurar la eficacia de la prestación, aunque deje sin considerar en concreto la parte de la rentabilidad o eficiencia del sistema, tal vez por las consideraciones que a continuación siguen respecto del medio alternativo M3.

B 1 KR 7/05 R, sentencia de 4 de abril de 2006 y *Permanent Seeds*, B 1 KR 12/05 R, sentencia de 4 de abril de 2006.

⁴² TCFA, sentencia de 6 de diciembre de 2005. Analizan los efectos de esta sentencia por la oleada de sentencias que produjo en instancias inferiores en el fuero social por causa de la supuesta imprecisión de la pauta de evaluación que surge del texto, Andreas Penner/André Bohmeier, *Entscheidungen der Sozialgerichte mit Bezugnahme auf den Nikolaus-Beschluss des BVerfG* (Az.: 1 BvR 347/98, sentencia de 6 diciembre de 2005), disponible en <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ifs/Nikolaus.html>

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

2.3.2.3. *La autoayuda como medio alternativo excluido*

Otro medio alternativo sería la autoayuda (M3), es decir, buscar financiación para el tratamiento fuera del ámbito de la obra social. M3 restringiría el fin estatal con menor intensidad. Sin embargo, la autoayuda (M3) es excluida desde un principio como mejor medio. M3 no promueve P1, el derecho a la salud, (*i. e.*, afecta gravemente a P1). Aquí entran en juego dos argumentos: uno orientado hacia el grado de tolerancia exigida a los asegurados y la prohibición de exigir lo insoportable⁴³ y otro sobre la pertenencia del titular del derecho fundamental a un grupo que el legislador ha querido proteger en particular.⁴⁴

El primer argumento se basa en la acumulación de dos principios constitucionales, el artículo 2, apartado 1 LF —libertad general de acción— y el principio del Estado social de derecho (art. 20 LF). En particular, el argumento aduce que sería insoportable, por un lado, exigirle a las personas que —bajo determinadas condiciones— se afilien al seguro obligatorio de salud y que por sus contribuciones pueden esperar estar cubiertos para el tratamiento necesario de su enfermedad; pero, por otro lado, justo en la situación de grave enfermedad —que amenaza su vida y para la cual no existe aún un tratamiento médico convencional— excluyan la posibilidad de cobertura de una terapia alternativa y esperen que la asegurada busque en ese contexto de vulnerabilidad un financiamiento fuera del seguro de salud obligatorio. Aún más, cuando es el propio legislador quien supone —en el contexto de creación de este tipo de seguros— que los afiliados al seguro

⁴³ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005. Véase sobre la prohibición de exigir lo insoportable en general en el marco de un examen de proporcionalidad, véase Clérico, Laura, *Die Struktur...*, *cit.*, pp. 223-246 [Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, *cit.*, pp. 171-185]; y trabajado para la evaluación constitucional de normas de derecho penal, véase Beade, Gustavo, “El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana”, en *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁴⁴ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005; *cfr.* BVerfGE 103, 172 (185); 102, 68 (89); 103, 172 (185).

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

de salud obligatorio por lo general no contarán con importantes recursos financieros para la cobertura adicional y por separado de la enfermedad y, en particular, para la adquisición de servicios necesarios para el tratamiento médico fuera del sistema del seguro obligatorio de salud.⁴⁵

De esta forma, se encadena el segundo argumento que es un desprendimiento del principio de igualdad como medida de acción positiva para la protección de un grupo vulnerable. En el caso, el seguro de salud obligatorio alcanza, de acuerdo con la tipificación que realiza la propia ley, a grupos de personas —empleados con ingresos medios a bajos, jubilados, pensionados— que por sus bajos ingresos requieren de una protección para los casos de enfermedad en los que se establece una autoprotección mediante la coacción [obligación de asegurarse]. Con esta modalidad de seguro se permitiría a los sectores de ingresos bajos acceder a una cobertura completa con importes/primas moderadas.⁴⁶

Por todo ello, M3 como autoayuda, es un medio alternativo, sin embargo, lo vemos excluido en el contexto de un Estado que presenta un fuerte desarrollo social legislativo con base en la Constitución.

2.3.2.4. La doble comparación expresada en escalas

Nuevamente la comparación en términos de intensidad de interferencia y de promoción puede ser ilustrada en el cuadro 2 con ayuda de escalas. Veamos.

La reconstrucción del examen del medio alternativo suficiente lleva en este caso a una sentencia. La falta de cobertura (M1) viola el derecho fundamental a la libertad de acción en combinación con el principio del Estado social de derecho (arts. 2, fraccs. I y II y 20, fracc. I LF). La cobertura de la terapia en el caso concreto (M2) es más idóneo que la acción atacada por insuficiente

⁴⁵ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005.

⁴⁶ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005, *cfr.* BVerfGE 102, 68 (89); 103, 172 (185).

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

CUADRO 2.

<i>Intensidad de interferencia</i> <i>P1 (derecho a la salud)</i>	<i>Medida de promoción</i> <i>P1 (derecho a la salud)</i>	<i>Medio de promoción</i>	<i>Medida de promoción</i> <i>P2 (fin estatal)</i>	<i>Intensidad de interferencia</i> <i>P2 (fin estatal)</i>
Alta	Ninguna	M1	Mediana	Baja
Ninguna	Alta	M2	Mediana	Baja
Alta	Ninguna	M3	Alta	Ninguna

Intensidad de promoción: ninguna, baja, mediana, alta, máxima.
Intensidad de interferencia: ninguna, baja, mediana, alta, máxima
FUENTE: Elaboración propia.

(M1). El resultado en este caso es sencillo, dado que desde un comienzo se relativiza la importancia del fin estatal (P2). Si este no hubiera sido el caso, la pregunta conduciría al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Veamos.

2.3.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia

El examen de proporcionalidad en sentido estricto —aplicado a la prohibición de insuficiencia— aborda la relación, por un lado, entre la intensidad y el peso de la negativa a reintegrar los gastos —es decir, la no realización del derecho a la salud—, la importancia de la satisfacción del derecho a la salud mediante una acción que sea más eficaz que la omisión y, por otro lado, los motivos que fundamentan la denegación de la prestación.⁴⁷ Para

⁴⁷ Esta relación supone una colisión entre dos principios. La solución de esta colisión podría ocurrir sin ponderación, sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal no parece haber encontrado una regla-resultado que pudiera resolver la tensión sin ponderación. Empero, desde el comienzo la ponderación del Tribunal en el caso estaba fuertemente orientada por reglas que determinaron la intensidad de la restricción y el peso de la libertad de acción en relación con el principio del Estado social de derecho, léase más específicamente, derecho a la salud e independientemente de las particularidades del caso concreto —lado abstracto de la ponderación—. Por

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

continuar con el caso de la terapia alternativa, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto se requiere argumentar:

- a) *el grado o intensidad de la no satisfacción (o de intervención) del derecho de prestación.* En el ejemplo el grado es muy intenso y el grado de no satisfacción, alto, para ello se pueden tener en cuenta varios argumentos referidos a: el estado grave de la enfermedad, el estado de especial vulnerabilidad justamente en el momento en el que se padece la enfermedad, el argumento de la exigencia de lo insoportable anteriormente desarrollado, entre otros;
- b) *la medida de la satisfacción o promoción del derecho a la salud por el medio seleccionado por el Estado en comparación con el medio alternativo.* Aquí es aplicable la fórmula que dice que cuanto más baja es la medida de la promoción a través del medio empleado (M1) y cuanto más pueda ser promovido a través de medios alternativos (M2), tanto más importante se torna el derecho a la salud y tanto más difícil puede tornarse la justificación de su interferencia debido a —o argumentando— la importancia de la realización del principio colisionante. La medida de promoción del derecho a la salud en el caso por el medio alternativo (M2) es así alta, de acuerdo con lo trabajado en el apartado anterior;

ello, se requiere volver sobre los otros pasos de la argumentación para la solución de la colisión, que en el caso ocurrió fundamentalmente porque existía una solución alternativa que mejor protegía el derecho a la salud. *En el marco de la argumentación surgirá la determinación de la intensidad de la restricción del derecho afectado en abstracto, el peso abstracto del principio afectado —la libertad de acción, más el principio del Estado social de derecho y el derecho a la salud—, el peso abstracto del principio que se busca proteger por medio de la medida estatal —“Aseguramiento y calidad de la prestación, en interés de un trato igualitario de los asegurados y con el fin de que las prestaciones estén orientadas por el punto de vista de la rentabilidad (o eficiencia)”—, la ponderación propiamente dicha en la que se enfrentan el peso abstracto y la intensidad de restricción del principio afectado con el peso abstracto del principio que se busca promover, por un lado, y el peso concreto y la intensidad de restricción de ambos, por el otro lado. Por último, se requiere de la reconstrucción del resultado de la ponderación como una regla. Véase Clérico, Laura, *Die Struktur...*, cit., [Clérico, L., *El examen de proporcionalidad...*, cit].*

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

- c) *la importancia de la promoción del derecho a la salud en un plazo dentro del cual deba ocurrir su realización concreta —argumento de la urgencia—;*⁴⁸
- d) *la determinación del peso abstracto del derecho a la salud.* Aquí juega un papel importante la relación con los casos de tratamientos de una enfermedad con riesgo de vida o con un desarrollo generalmente fatal, dado que la subsistencia tiene un valor especial dentro del ordenamiento de los derechos fundamentales;⁴⁹ asimismo, es importante determinar cómo se relaciona con una cuestión central del plan de vida del afectado; además, cuando lo reclamado se acerque más estrechamente al contenido básico del derecho a la salud, mayor será su peso;
- e) *la pertenencia del afectado a un grupo de personas* que, conforme a la Constitución o la ley, deba ser protegido mediante acciones positivas del Estado. En el ejemplo, “la obra social (legal) abarca, conforme a la tipificación legal, a los grupos de personas (empleados con ingresos medios a bajos y jubilados) que por sus bajos ingresos requieren de una protección para los casos de enfermedad en los que se pretende una autoprotección mediante la coacción [obligación de asegurarse]. Con esta modalidad de seguro se permite a los sectores de ingresos bajos acceder a una cobertura completa con importes/primas moderadas.”;⁵⁰
- f) *la determinación de la importancia de la realización/cumplimiento del principio colisionante (P2),* y
- g) *la determinación de si la importancia de cumplimiento del principio colisionante puede justificar el no cumplimiento del otro —ponderación en sentido estricto—. Aquí entran en consideración especificaciones adicionales de*

⁴⁸ Véase este argumento en Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001, pp. 226, 227, 238, 239 [Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Themis, 2012]; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, p. 466; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, pp. 121, 172, 277, 280, 304-305, 314.

⁴⁹ Véase TCFA, BVerfGE 39, 1 (42); BVerfG, NJW 1999, 3399 (3401); BVerfG, NJW 2004, 3100 (3101); BVerfGE 53, 30 (65).

⁵⁰ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005, *cfr.* BVerfGE 102, 68 (89); 103, 172 (185).

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

las reglas de ponderación, en el ejemplo: “Si con el sistema de cobertura médica social el Estado asume la responsabilidad por la vida y la integridad física de los asegurados, entonces la prevención en los casos de una enfermedad que presenta riesgo de vida o que tiene un desarrollo generalmente fatal, conforme a los requisitos mencionados, pertenece al ámbito fundamental de la obligación de prestación y de la atención mínima exigida por el art. 2.II-1 LF”.⁵¹ Esto significa: “Debido a ello se requerirá de una *justificación especial* ante el art. 2.I LF en combinación con el principio de Estado de derecho social en los casos en los que, mediante disposiciones legales o interpretación y aplicación técnico-judicial de las mismas, el asegurado es privado de prestaciones para el tratamiento de una enfermedad, en especial de una que conlleva riesgo de vida o presenta un desenlace generalmente fatal”.⁵²

En suma: *a)* al derecho a la salud afectado le corresponde un peso abstracto considerable debido a su estrecha relación con el derecho a la vida; *b)* la intensidad de interferencia es grave, debido a que los déficits en la prestación pueden ser evitados a través de un medio más idóneo (es decir, M2); *c)* la promoción a través de M2 es importante debido a que el afectado depende de la prestación en forma apremiante, y *d)* el afectado pertenece a un grupo que debe ser protegido incluso por mandato legislativo —exclusión del recurso a la autoayuda—. La intensidad de interferencia sufrida por el fin estatal (P2) por parte de M2 no parece ser particularmente significativa porque aquello que es perseguido por el fin estatal es obtenido, en el caso individual concreto, mediante el examen de eficacia del tratamiento, bajo una perspectiva flexible. Esto significa que una interferencia leve de P2 no es suficiente para justificar la grave interferencia de P1. Existe entonces una violación del derecho a la salud. Se ordena así garantizar una medida de promoción/satisfacción suficiente, por lo menos mediante M2. En este caso, la prohibición de insuficiencia ordena la implementación del medio necesario ante la urgencia de la situación concreta del afectado, es decir, *un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible* —medio necesario—.

⁵¹ TCFA, BVerfGE 115, 25, sentencia de 6 de diciembre de 2005, *supra*.

⁵² *Idem*.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

2.3.4. Consideraciones intermedias

Hasta aquí tratamos de desarmar —para luego aplicar— la herramienta argumentativa de la proporcionalidad cuando la afectación al derecho proviene de una omisión o acción insuficiente. Para determinar si el accionar estatal está o no justificado, sometimos las razones o sinrazones estatales a tres exámenes: el examen de idoneidad; el examen del medio alternativo más benigno o más idóneo y el de proporcionalidad en sentido estricto. El contexto de aplicación de esta estrategia se vio ejemplificada por el caso de falta de cobertura de una terapia alternativa a una persona que contaba con un seguro público de salud en un contexto en el que el derecho a la salud en general se encuentra muy por encima del mínimo existencial. Sin embargo, el examen de proporcionalidad también puede ser aplicado para evaluar las razones o sinrazones del comportamiento estatal reclamado cuando la falta de acceso al derecho a la salud se produce por insuficiencia en el cumplimiento de obligaciones estatales que hace a las condiciones materiales de existencia digna. Así, este examen se puede aplicar para evaluar la insuficiencia estructural. Veamos.

2.4. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD POR INSUFICIENCIA EN UN CASO DE INTERDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA SALUD Y EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA PARA GRUPOS DESAVENTAJADOS

El derecho a la salud es interpretado como un derecho clave, pues “es indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”.⁵³ Pero a su vez, el derecho a la salud es interdependiente de otros derechos y de factores socioeconómicos —condiciones materiales— que posibiliten el ejercicio del derecho, entre esos factores está el acceso a una vivienda adecuada.⁵⁴ La falta o insu-

⁵³ Observación general 14, párrs. 1 y 3.

⁵⁴ Esto se ve reflejado en la observación general 14, párr. 4: “[e]l derecho a la salud abarca una amplia gama de *factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable*

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

ficiencia de este factor impacta en forma directa en el derecho a la salud, y con mayor intensidad en el caso de grupos desaventajados, por ejemplo, niños y niñas en situación de discapacidad grave que habitan en las calles. Así, nos interesa trabajar el examen de proporcionalidad en un caso de interdependencia del derecho a la salud y el derecho a la vivienda porque pone de manifiesto el carácter inclusivo⁵⁵ del derecho a la salud y, a su vez, la dimensión estructural de algunas de las obligaciones que genera este derecho.

Estos aspectos se ven reflejados en el caso *Q. C. vs. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* que fue resuelto recientemente por la Corte argentina en el año 2012.⁵⁶ La Corte ordenó,

y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano". (las cursiva son nuestras)

⁵⁵ En este sentido la observación general 14, párr. 11, sostiene: “[d]erecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los *principales factores determinantes de la salud*, como el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, *una vivienda adecuada*, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”.

⁵⁶ En primera instancia se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora y se ordenó la inclusión de los peticionarios “en un programa de emergencia habitacional que asegure la unidad del grupo familiar”. Luego se hizo lugar a la acción, y se ordenó al estado local que “mientras subsista la situación actual de la amparista y su hijo, les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el decreto 690/06, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos”. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia y condenó al gobierno de la ciudad a “proveer un subsidio que asegure a la parte actora un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad [...] hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”. El Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por mayoría, revocó el fallo de la instancia anterior. La mayoría consideró que la cuestión era “similar” a la que había juzgado, en *Alba Quintana, Pablo vs. GCBA y otros s/amparo* (art. 14 CCABA) *s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*; y se remitió a este. Sostuvo que el derecho a la vivienda “[n]o brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

con matices,⁵⁷ al gobierno local que garantizara a la actora y su hijo en situación de discapacidad, que se encontraban en “situación de calle”, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Agregó que el gobierno porteño deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la actora el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional. Por último, resolvió mantener una medida cautelar que exige otorgar al grupo familiar un subsidio que le permita abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad. La fundamentación de la sentencia de la Corte estuvo conformada por tres votos, el voto conjunto de Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; el voto de Petracchi y, por último, el de Argibay. Todos coincidieron en el fallo, aunque lo hicieron por diferentes caminos argumentativos.

A los efectos del propósito de este capítulo propondremos una reconstrucción del voto que mayor riqueza argumentativa

parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar «abrigo» como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC). La mayoría del Tribunal local procedió a revocar la sentencia impugnada y a devolver la causa a fin de que fuese nuevamente fallada de acuerdo con su pronunciamiento. Una de las mejores críticas al voto de la mayoría en *Alba Quintana* puede encontrarse en ese mismo fallo en el voto en disidencia de la jueza Alicia Ruiz, TSJ, exp. 6754/09, 12 de mayo de 2010. Véase, asimismo, Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, en: *El Derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, EUDEBA-Ministerio Público Tutelar, 2011, pp. 67-84; Cardinaux, Nancy; Vita, Leticia; Aldao, Martín y Clérico, Laura, “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, núm. 5, 2013, pp. 33-74.

⁵⁷ Aquí citamos la parte resolutive del voto de la mayoría (aparece luego del cdo. 17), aps. 1 y 2.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

presenta para el tratamiento de la prohibición por acción insuficiente: el del juez Petracchi. En forma complementaria, nos referiremos al desarrollo argumentativo zigzagueante del voto de la mayoría.⁵⁸ No nos detendremos en el voto de Argibay, que podría

⁵⁸ El voto de la mayoría sostiene que tanto en la Constitución nacional y en distintos tratados internacionales a los que la República Argentina se ha adherido, y también como en la propia Constitución de la ciudad, se reconoce el derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables, como lo son las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo. Enfatiza que esos derechos y deberes son normas jurídicas operativas. Sin embargo, este voto parece relativizar esa operatividad cuando afirma en forma confusa que “[l]a mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado”. Esto significaría que, en principio, su implementación requeriría de una ley del Congreso o de una decisión del poder ejecutivo que provoque su implementación. Este punto es criticable pues la operatividad implica la exigibilidad del derecho, existan o no acciones estatales tendentes a implementarlo. Así, en la argumentación de este voto se estaría generando lo que se llama “derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada”, lenguaje extraño al de los derechos sociales como derechos operativos (salvo que a través del uso de eufemismos —“operatividad derivada”— este voto esté moviéndose en la trastienda en el marco del enfoque de la programaticidad del derecho a la vivienda). El carácter de derivado no implicaría para este voto la exclusión de un examen de razonabilidad, con lo que algo sería exigible; aunque para este voto se reduce a atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Así, en principio los poderes legislativos y ejecutivos tendrían un amplio margen de discrecionalidad; sin embargo, la garantía mínima del derecho fundamental constituiría una frontera a esa discrecionalidad. El afectado debe acreditar una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Para este voto, en el caso, hay violación de la garantía mínima y del deber estatal de tuición de “los sectores excluidos”. Por un lado, es claro para la Corte que nos encontramos frente a una situación de extrema vulnerabilidad, “ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle”. Por el otro lado, es evidente que la respuesta brindada por el estado local resulta inadecuada para garantizar, “siquiera mínimamente”, los derechos de S.Y.Q.C. y su hijo. En el voto mayoritario de la Corte se evalúa la insuficiencia de las tres alternativas que aparecen en el “menú de soluciones” brindado por el estado local. Algunas no cuentan como alternativas porque no existe un plan de vivienda definitiva y es imposible para la actora acceder a las líneas de crédito previstas en la ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$2 000. Las alternativas para el caso

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

ser mejor reconstruido utilizando la técnica de la comparación de casos —precedentes—.⁵⁹

En fin, nos interesa trabajar con este caso por lo siguiente: se refiere a la jurisprudencia de la Corte, que con anterioridad había tratado de evitar pronunciarse sobre reclamos referidos al derecho a la vivienda digna⁶⁰ relacionados con el dere-

son igualmente insuficientes, ya sea que se trate del alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios o de la entrega del beneficio previsto en el decreto 690/06, por razones semejantes a las trabajadas en el cuerpo del presente trabajo. ¿Cuál es el saldo argumentativo que queda de este voto? El saldo es “zigzagueante”. Por un lado, habla de la operatividad derivada del derecho a la vivienda, incluso llega a sostener que no hay un derecho a que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial. Ello sería así porque la Constitución asigna esa facultad a los poderes ejecutivos y legislativos, los que deben valorar de modo general este y otros derechos así como los recursos necesarios. Por otro lado, afirma que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer, a cargo del Estado, están sujetos al control de razonabilidad por parte del poder judicial y, en especial, para ver si se desplegaron acciones suficientes para proteger a los sectores que se encuentran en estado de extrema vulnerabilidad. En suma, en el caso y entiendo en todos los casos que sean semejantes, según información proveniente de informantes clave de la Defensoría General local, 40 casos, información que coincide con los dichos de la actora cuando fuera entrevistada por diversos medios masivos de comunicación —Página 12, TN, entre otros—, se evaluó el accionar estatal a la luz del derecho a la vivienda y el mandato de especial consideración de la situación de los grupos del art. 75, inc. 23 CN. El voto mayoritario de la Corte pudo así haber evitado la argumentación vidriosa del llamado —y confuso— enfoque de la operatividad derivada.

⁵⁹ La jueza Argibay interpretó que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) no era correcta pues había aplicado el precedente *Alba Quintana*. Así, el TSJ no consideró que la Ciudad, frente al pedido de una vivienda digna, debió haber dado a la madre y a su hijo un trato distinto al establecido en el régimen general, en atención a la grave situación de discapacidad padecida por el niño que además se encontraba con su madre en situación de calle.

⁶⁰ Esta actitud parece persistir. Luego de dictada la sentencia en el caso *Q. C.*, la Corte Suprema de Justicia resolvió en *A.P.L.V. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Otros /s Amparo*, 11 de diciembre de 2012, desestimó la queja presentada por la actora contra varias sentencias del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad sobre el derecho a la vivienda incluidas en el expediente. La Corte sostiene que “las cuestiones suscitadas en estas actuaciones no guardan sustancial analogía con el precedente *Q 64 XLVI, Q.C.,S.Y vs. Gob. de la CABA s/ Amparo*”, sentencia de 24 de abril de 2012. En *A.P.L.V.* se encuentran comprendidas más de 40 causas sobre acceso a

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

cho a la salud,⁶¹ de ahí la relevancia del reciente pronunciamiento.⁶²

la vivienda. Entonces queda como tarea pendiente revisar cada una de las cuestiones de esas causas para analizar críticamente el fallo reciente de la Corte para ver si guardan o no “sustancial analogía” con *Q. C.* Sin embargo, se le puede criticar al fallo de la Corte en *A.P.L.V.*, que no haya fundamentado su sentencia en relación con las cuestiones de cada una de las 46 causas. Es claro que no basta con afirmar que no guardan sustancial relación con otra causa, nos debe la Corte la justificación de su sentencia.

⁶¹ Véase CSJN, *Urán, Roberto E. y otros vs. Provincia de Buenos Aires y otros*, sentencia de 30 de mayo de 2006. El caso *Urán* se encuadra en el contexto de una familia compuesta por la pareja y sus diez hijos menores de edad. La familia vivía hacinada en una pequeña habitación de una casa tomada en el partido de Boulogne, San Isidro, provincia de Buenos Aires. El padre de la familia, el señor Urán, padecía una discapacidad congénita que requería una nueva intervención quirúrgica y le impedía trabajar. La esposa trabajaba como personal de limpieza en casas de familia. Sin embargo, para la fecha de la presentación del reclamo, ya no podía desempeñarse fuera del hogar luego de la pérdida de visión de uno de sus ojos y del nacimiento prematuro de sus hijos mellizos. El señor Urán era titular de una pensión por invalidez y percibía un salario familiar; sin embargo, le resultaban insuficientes para cubrir las necesidades mínimas de alimentación de sus hijos. Por todo ello, iniciaron directamente en la Corte Suprema de la Nación, una acción de amparo contra la municipalidad de San Isidro, la provincia de Buenos Aires, el Estado nacional y contra el Instituto Provincial de la Vivienda. La acción tenía por objeto que dichos organismos le suministraran lo necesario para acceder a una vivienda digna y alimentación, y también pedía ser incluido en el Plan Federal de Vivienda o en otro alternativo. A su vez, interpusieron una medida cautelar para que temporalmente —hasta obtener un trabajo—, se le otorgaran dos subsidios: uno de aproximadamente \$800, equivalente al alquiler mensual de una vivienda y otro de \$630, también mensual, como salario mínimo vital y móvil. Previo a la presentación judicial, Urán había realizado los reclamos correspondientes ante las reparticiones municipales y provinciales que no le dieron respuesta; pero no pudo acreditar que hubiera efectuado reclamo alguno frente a alguna repartición del Estado nacional. Por esto último, la Corte declaró inadmisibles el reclamo y tampoco se pronunció sobre la cautelar como lo había realizado en casos levemente similares ante situaciones iusfundamentales de gravedad y urgencia. Se analiza y critica la jurisprudencia de la Corte en Urán, en Clérico, Laura, “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. *Rodríguez, Comunidad toba del Chaco y la sombra de Ramos*”, en *Jurisprudencia Argentina*, 7 nov 2007.

⁶² Sin embargo, si se analiza el fallo desde la perspectiva de la interdependencia del derecho al acceso a una vivienda digna y el derecho a la salud de

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

La reconstrucción de la argumentación del caso presenta dos particularidades:

- a) la acción estatal es insuficiente por *no haberse considerado adecuadamente las posiciones de las personas que se encuentran en situación de desventaja estructural*⁶³ (argumento del art. 75, inc. 23 de la Constitución nacional argentina —CN—) respecto del ejercicio real del derecho a la salud y la vivienda. Aquí pesa sobre el Estado una obligación de priorización de los derechos de los grupos desaventajados.⁶⁴ Este mandato surge no solo del argumento del artículo 75, inciso 23, sino también del desarrollo interpretativo realizado por el Comité DESC en reiteradas observaciones, entre las que interesan, en especial, la referida al derecho a la salud y a la vivienda,⁶⁵ y
- b) el contenido de los derechos afectados por el accionar estatal insuficiente afecta *el contenido básico* de estos derechos, que no puede ser restringido. Nuevamente aquí es relevante el desarrollo interpretativo del Comité DESC en las observaciones pertinentes.⁶⁶

las personas en situación de discapacidad, entonces el pronunciamiento se podría inscribir en la línea jurisprudencial de la Corte sobre derecho a la salud de las personas con discapacidad, véase Clérico, Laura, “¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad”, en *Revista Jurídica de Palermo*, año 11, núm. 1, oct, 2010, pp. 93-118, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a11n1.html

- ⁶³ Se trata del incumplimiento de una obligación estatal de “cumplir” de acuerdo con la clasificación propuesta por la observación general 14, párr. 37: “La obligación de cumplir (facilitar) requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados partes también tienen la obligación de cumplir (facilitar) un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición”.
- ⁶⁴ CSJN 24/4/2012, Q. C. vs. *Gob. de la Ciudad*, cdos. 8 del voto de la mayoría; 8 y 10 del voto de Petracchi; 9 de Argibay.
- ⁶⁵ Observación general 14, párr. 43; observación general 4, párr. 8.e.
- ⁶⁶ Sobre el contenido básico del derecho a la salud, véase en esta obra: Parra, Ronconi, Piovesán, entre otros.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

Así, la reconstrucción de las estrategias argumentativas de la Corte en la fundamentación del fallo nos permitirán enfatizar aquella que consideramos otorga *mejores pistas* para realizar el mandato de prohibición de insuficiencia y de esa manera evitar una violación del derecho a la salud y el derecho a la vivienda para posibilitar condiciones de existencia digna.

2.4.1. Preparación del examen de proporcionalidad

Como ya señalamos, el primer paso es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Se trata de realizar una reconstrucción lo más exhaustiva posible de la situación⁶⁷ en que se encuentran los afectados a causa de la restricción del derecho a la vivienda y el derecho a la salud. Esta reconstrucción incluye, como reiteramos en anteriores apartados:

- a) Los derechos afectados, en este caso, el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad grave, el derecho al acceso a una vivienda digna para él y su grupo familiar —compuesto por su madre—, y el derecho a la integridad familiar.
- b) La restricción al derecho que surge por omisión o acción insuficiente y la acción que la actora considera suficiente. En este caso, la restricción se produce por falta de acción suficiente frente al pedido de la señora S.Y.Q.C. y de su hijo al gobierno local para que se los incluyera en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y les proporcionara alguna alternativa para salir de la “situación de calle” en la que se encontraban. El niño, de seis

⁶⁷ Cuando la causa llegó a la instancia de la Corte, este Tribunal convocó a una audiencia pública de carácter informativo (acordada 30/2007); la audiencia permitió escuchar en forma directa las alegaciones de cada una de las partes. En su sentencia, la Corte se refiere en más de diez oportunidades a lo que surgió de la audiencia. Por un lado, para comprender la situación desesperante en que se encontraban la mujer y el niño y, por otro lado, también para sostener la debilidad de las razones esgrimidas por los representantes del gobierno local, véase voto de la mayoría, cdos. 1, 5, 13, 14, 15; Petracchi, cdos. 12, 13, 14; Argibay, cdo. 6.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

años, sufre una situación de discapacidad motriz, visual y auditiva grave, producida por una encefalopatía crónica no evolutiva. Requiere atención constante para movilizarse, para alimentarse, para vestirse y para comunicarse con los demás. El niño vive con su madre, quien lo cuida y asiste en forma continua.⁶⁸ Ambos se alojaron en diversos paradores, hogares y hoteles de la ciudad⁶⁹ hasta que finalmente quedaron en situación de calle, motivo por el cual la señora S.Y.Q.C. acudió al gobierno de la ciudad y logró su inclusión en el Programa de Subsidios.⁷⁰ Alcanzadas las diez cuotas mensuales previstas por el Programa en forma improrrogable, solicitó la continuación del subsidio. El gobierno local le denegó el pedido, alegando que no podía exceder el tope normativo de diez meses (arts. 5 y 6 del decreto local 690/06), lo que los devolvió a la situación de indigencia. Ante esta situación, inició la acción de amparo contra el estado local. Solicitó “una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar”. Solicitó que en el caso de que se les incorporara a algún plan habitacional, por ejemplo, por medio de un subsidio, que el importe les permitiera abonar íntegramente el costo de un lugar de alojamiento.⁷¹

c) Luego, se trata del derecho o bien colectivo que el Estado trata de promocionar con la acción estatal. En este caso,

⁶⁸ La madre del niño carece de empleo y aunque hubiera tenido oportunidad de acceder a un empleo remunerado, la falta de acciones integrales por el estado local no le garantizaban que el niño quedaría en lugares de cuidado adecuados, mientras ella se encontrara fuera del hogar (véase cdo. 16 del voto de la mayoría en Q. C.). Volvemos sobre este punto cuando analicemos la falta de idoneidad de uno de los medios alegados por el Estado.

⁶⁹ Viven en la ciudad, pues los establecimientos sanitarios en donde se trata al niño están ubicados en esta localidad. Debido a la situación de discapacidad severa que padece el niño, la cuestión de la cercanía respecto de los lugares de atención es de fundamental importancia. Sobre el elemento de accesibilidad como contenido del derecho a la salud, véase observación general 14 de la ONU, párr. 12.b.

⁷⁰ Este programa se encuentra regulado por los decretos 690/06, 960/08 y 167/11.

⁷¹ Cdo. 1, del voto de la mayoría.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

el gobierno local había implementado algunos medios para la promoción del acceso a la vivienda de las personas que se encontraban en emergencia habitacional. Por ello, el gobierno local parecería querer promover el derecho al acceso a la vivienda para personas en situación de vulnerabilidad. Posteriormente surgirá que el gobierno local, a su vez, alegará la falta de recursos suficientes para dar otra respuesta al problema.

- d) Con toda esta preparación podría hacer referencia en forma separada o transversal al contexto ampliado de producción de la afectación al derecho. En el caso, se trata de referencia a informes,⁷² datos estadísticos, historias de vida sobre la falta de acceso a la vivienda digna. Estas circunstancias ampliadas del caso pueden incluir referencias a informes sobre la (falta de) ejecución presupuestaria,⁷³ notas periodísticas, entre otras.

Estos elementos nos permiten aplicar la estrategia de la proporcionalidad por acción insuficiente con sus tres exámenes: idoneidad, medios alternativos suficientes, proporcionalidad en sentido estricto. Esto será el objeto del subsiguiente apartado, en el siguiente reconstruiremos la estrategia en la secuencia en la que es presentada en el voto de Petracchi. Este secuencia será reconstruida en los siguientes apartados a la luz de los tres exámenes

⁷² Véase, por ejemplo, entre muchos Arcidiacono, Pilar. *et al.*, “Déficit habitacional y desalojos forzosos en la Ciudad de Buenos Aires: apuntes sobre una política de expulsión y desresponsabilización”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2009*, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI Editores, 2009; Cardinaux, Nancy; Vita, Leticia; Aldao, Martín y Clérico, Laura, “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2012; Pautassi, Laura; Balardini, Lorena y Royo, Laura, “Derechos en la mira. Indicadores de medición en salud y vivienda”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldo, Martín (coords.), *Salud: sobre desigualdades y derechos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

⁷³ Véase Pucciarello, Mariana, El derecho a la salud en la Ciudad de Buenos Aires, referencias al presupuesto de gastos para el año 2012 y referencias a datos del Informe Anual del Observatorio de Derechos Humanos de la CABA que consignó la subejecución presupuestaria en áreas como salud, educación y vivienda, con cita de “No estuvo bueno Buenos Aires”, diario *Página 12*, 16 dic 12, disponible en www.pagina12.com.ar

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

para dar mejor pistas de cómo evaluar en concreto la —falta— de justificación estatal del accionar insuficiente.

2.4.2. Sobre cómo evaluar un accionar estatal que *prima facie* se revela como insuficiente: tres pasos argumentativos

Si se trata de evaluar un accionar estatal insuficiente, entonces esto presupone que existe un deber de hacer estatal suficiente. Nótese que esta afirmación incluye dos pasos:

- a) *la obligación de hacer, y*
- b) *el contenido de ese hacer debe ser suficiente.*⁷⁴

Según propusimos en varios lugares, este último es el punto central de la prohibición de insuficiencia o, mejor dicho, del accionar insuficiente. Este punto coincide con la argumentación de Petracchi. Veamos qué supone.

1. El *primer paso* es determinar las razones en general de por qué es debido un accionar estatal suficiente. Estas

⁷⁴ Véase Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en *La Ley*, suplemento de derecho constitucional, Buenos Aires, 25 ago 2010 [en una versión ampliada, en Clérico, Laura, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en Beade, Gustavo y Clérico, Laura (eds.), *Desafíos de la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 385-428]: La prohibición de insuficiencia abarca dos mandatos definitivos cuyo desconocimiento lleva a la vulneración del derecho prestacional: el mandato de hacer definitivo con un contenido definido indiscutible —medio necesario y eficaz—; el mandato de hacer definitivo con un contenido alternativo pero a la vez suficiente —medio suficiente—, se puede seleccionar un medio eficaz para realizar el derecho entre los muchos alternativos existentes, pero no por debajo de la medida de realización del mejor medio alternativo; Falcón, Juan Pablo, “El examen de proporcionalidad por acción insuficiente”, en *aDACiudad*, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo, núm. 5, 2013, Buenos Aires, p. 133; Florián, Felipe J. León, “La eficacia de los derechos sociales entre particulares”, en *Pensamiento Constitucional*, vol. 18, núm. 18, 2013, PUCP, p. 403; Matricardi, Luís Fernando, *A Proibição de Insuficiência e o STF: O Controle de Proporcionalidade da Omissão Estatal*, São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009; Catib de Laurentiis (n 5); Fazio, Federico de, *Teoría jurídica de los derechos sociales*, Buenos Aires, 2017.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

razones pueden surgir de un deber estatal objetivo o de un deber estatal como contenido de un derecho.⁷⁵ Esta última es la línea argumentativa de Petracchi. Ese deber estatal surge a partir de varios argumentos:

- a) del amplio reconocimiento normativo del derecho a la vivienda —en el bloque de constitucionalidad y en el derecho constitucional provincial y local—;
- b) de la especial importancia que tiene por su interdependencia con otros derechos —dignidad, salud—,⁷⁶ y
- c) de otros dos argumentos más relacionados con la igualdad:⁷⁷ c.1) quien carece de vivienda no se encuentra en igualdad⁷⁸ de condiciones para crear y desarrollar un proyecto de vida —léase como parte de la autonomía—⁷⁹ y, además, c.2) en el caso se trata de una situación de partida de desigualdad de hecho que requiere especial atención (en virtud de tres mandatos de fuentes diversas: c.2.1) el art. 75, inc. 23 CN y c.2.2) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que reconocen la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las per-

⁷⁵ Sobre esta discusión véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, cap. 9.

⁷⁶ Cdo, 8, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

⁷⁷ Varios pasos de esta argumentación se encuentran resumidos en el siguiente párr. del cdo. 8, del voto de Petracchi en Q. C., 2012: “Asimismo, corresponde señalar que el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no solo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes”. (cursiva agregadas)

⁷⁸ En este punto la argumentación pudo haber entrado en diálogo con la observación general 14 del Comité DESC, párr. 36, cuando establece respecto del contenido de las obligaciones de “cumplir” que “[l]os Estados deben garantizar la atención de la salud, [...] y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como [...] vivienda y condiciones de vida adecuadas”.

⁷⁹ Esta argumentación pudo haber entrado en diálogo con el caso de la Corte argentina *Reyes Aguilera* y el caso de la Corte IDH *Villagrán Morales*.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

sonas por la situación de discapacidad (en este caso severa y de pobreza, c.2.3) por tratarse de un niño, el Estado tiene un deber de especial protección, según surge también del art. 19 de la CADH).⁸⁰ En suma, el derecho es exigible y de él emanan deberes de hacer.⁸¹

2. El *segundo paso* que se deja reconstruir a partir del trabajo con el fallo, es la determinación de las exigencias a ese deber estatal para que sea adecuado y posibilite el ejercicio del derecho a la vivienda *en concreto*. Estas exigencias están dadas además por la *urgencia* que se requiere en la prestación para que ese accionar en el caso concreto sea adecuado. Ese deber presupone uno más general, que se refiere a una obligación de desarrollo normativo y de ejecución, no como condición de validez del derecho. Es claro que en la argumentación de Petracchi el derecho es exigible. Así, la obligación general de desarrollo normativo es para garantizar el *goce efectivo del derecho*: “En tales condiciones, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el *deber concreto e inmediato* del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad”.⁸² Se trata del deber de desarrollar políticas públicas, pero no como un accionar discrecional del Estado; ese empezar a andar es regulado, en el sentido de que lo viola si no hace algo, si no sigue

⁸⁰ Sobre el enfoque de la “discriminación interseccional”, véase Góngora Mera, Manuel, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en: Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013; y en relación con el caso de la Corte IDH, *Gonzales Lluy vs. Ecuador* sobre derecho a la salud, en especial, el voto concurrente del juez Ferrer Mc-Gregor.

⁸¹ Sobre la relación entre derechos sociales y Estado social de derecho, véase Vita, Leticia, “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina: descubriendo los presupuestos políticos de un sistema estructuralmente desigualitario”, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I.

⁸² Véase, el trabajo de Arango, Rodolfo, “El concepto de goce efectivo de derecho”, en *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 109-165.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

avanzando o si lo deja arbitrariamente de hacer. Sin embargo, no solo eso, ese hacer debe ser suficiente y surge del mandato de proporcionalidad en concreto:

- a) *Mandato de proporcionalidad como adecuación*: “las medidas adoptadas deben ser [...] adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la ley fundamental”. Pero esa adecuación requiere tener en cuenta las diferencias de partida relevantes, justamente para que aquellos que se encuentran en desigualdad de hecho (art. 75, inc. 23) puedan acceder al goce efectivo del derecho.⁸³

La adecuación en concreto implica en el caso evaluar la conducencia de las acciones del estado local para garantizar el goce efectivo del derecho a la vivienda de los niños y niñas en situación de discapacidad. El examen de adecuación en concreto implica, a su vez, igualdad como reconocimiento:⁸⁴ “que el Estado

⁸³ Cdo. 10, ap. a, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

⁸⁴ Interpretamos que la argumentación aquí se acerca a un discurso de la igualdad como reconocimiento. El discurso de reconocimiento se pronuncia a favor de la ampliación de los lugares para el ejercicio de los derechos; por ejemplo, en este punto la sentencia es clara cuando habla de tener en cuenta las “capacidades” diversas de las personas para el diseño de las políticas públicas que permiten el acceso a la vivienda digna. En este caso, se trata de tener en cuenta las necesidades de los niños en situación de discapacidad para el acceso a la vivienda, sobre reconocimiento, véase Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid-Coruña, Morata-Padeia, 2006, pp. 36-37. En otro lugar explicamos que la idea de igualdad como reconocimiento busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas, en este caso las identidades dominadas serían las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de estatus dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales. En este sentido, proponen la revaluación de subjetividades no

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas *apropiadas y conducentes* para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna”.⁸⁵ Ese reconocimiento exige el:

- a) *Deber de respetar las prioridades que la Constitución asigna a los grupos desaventajados*: así, se evaluará si en el diseño de esas acciones estatales —las políticas públicas— se respetaron las “prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población”.⁸⁶ Nuevamente aquí marca una pauta para el examen de proporcionalidad desde la perspectiva de la igualdad real del artículo 75, inciso 23 CN.⁸⁷ Por ello, si del primer paso argumentativo —es decir en a— surge que no ha implementado acciones o estas son insuficientes, a renglón seguido hay que analizar cómo impactan en las posiciones de los que se encuentran en peores condiciones, en este caso, la del niño en situación de discapacidad grave y de indigencia. Y el resultado de esto puede convertir el paso de a) a b) en una *presunción de inconstitucionalidad* de la omisión

respetadas, en nuestro caso, la de los colectivos de las personas con diversidad. Es claro que la Corte, en su sentencia, analiza el caso de la discriminación por discapacidad desde la perspectiva de la falta de reconocimiento cuando le advierte, por ejemplo, al estado local que no tuvo en cuenta la situación de las personas con discapacidad en sus acciones sobre acceso a la vivienda. Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Revista Estudios Constitucionales*, jul, 2011, Facultad de Derecho-Universidad de Talca, Chile, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art06.pdf>

⁸⁵ Cdo. 10, ap. a, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

⁸⁶ Cdos. 10, ap. b, y 8; 15, último párr. del voto de Petracchi; en Q. C., 2012.

⁸⁷ Véase este argumento en Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001 [Arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, 2ª ed., Bogotá, Themis, 2012]; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad...*, cit, cap. 4; Vandenhoe, Wouter, “Conflicting Economic and Social Rights: The Proportionality Plus Test”, en Brems, Eva, *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, pp. 559-586.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

o accionar insuficiente estatal.⁸⁸ Así, cuando se demuestra que el Estado ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el artículo 2 del PIDESC.⁸⁹ Por ello, es el Estado quien tiene la carga⁹⁰ de la justificación agravada de.

- b) *Demostrar que ha cumplido con la obligación de desarrollo progresivo, de avanzar sostenidamente en el sentido de garantizar derecho a la vivienda*: “El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes”.⁹¹ Es el Estado “quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no

⁸⁸ Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, disponible en <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec2008> y Ronconi, Liliana, “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?”, en Clérico, Laura; Liliana Ronconi y Aldao, Martín (coord.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuter, 2013.

⁸⁹ En el ap. IV.e de este trabajo fue reconstruida a través de la ley de la ponderación progresiva.

⁹⁰ Caramelo Díaz, Gustavo D., El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina, SJA-2012/08/01-44; JA-2012-III, identifica acertadamente como un punto central de este voto la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba para la acreditación de las carencias presupuestarias. Así, continúa, se rewertió “la exigencia de *prueba cuasi diabólica exigida por la mayoría del Trib. Sup. Just. de la Ciudad a quien, por su condición de vulnerabilidad, se encuentra en la práctica imposibilidad de acceder a la información necesaria para sustentar tal aspecto del debate*”. (cursivas agregadas)

⁹¹ Cdo. 10, lit. c, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

el afectado que ve sus derechos insatisfechos” (párr. 2).⁹² La carga de la prueba y de la argumentación en cabeza del Estado se justifica además porque es este quien genera la información presupuestaria y quien tiene acceso privilegiado a ella —para el “[h]abitante, [...] el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso”— (párr. 3).

Hasta aquí el desarrollo de las pautas para evaluar si la omisión o el accionar estatal insuficiente implica una violación al derecho a la vivienda y a la salud de un niño en situación de discapacidad severa y de indigencia. El tercer paso implica la aplicación de este dispositivo argumentativo al caso concreto, que proponemos reconstruirlo a través de los exámenes de idoneidad, medios alternativos y proporcionalidad en sentido estricto.

2.4.3. La evaluación de la insuficiencia del accionar en concreto: haciendo el examen de proporcionalidad manejable

Se trata entonces de evaluar por qué el gobierno local violó sus obligaciones por no haber implementado medios⁹³ adecuados y suficientes para permitir el goce efectivo del derecho a la vivienda del niño y de su madre. Entonces, ¿la ciudad de Buenos Aires ha cumplido con sus deberes constitucionales respecto de la actora y su hijo menor?⁹⁴

⁹² Cdo. 17, del voto de Petracchi en *Q. C.*, 2012.

⁹³ El voto de Petracchi realiza un guiño pero seguido de una advertencia a los poderes estatales encargados de cumplir con las obligaciones de hacer que surjan del derecho. El guiño está conformado por el reconocimiento de “un amplio margen de discrecionalidad con respecto a qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficientes para implementar el derecho de acceso a una vivienda digna” (véase cdo. 11 de su voto). La advertencia sigue en forma inmediata. La selección de medios tiene límites. Si se trata del acceso a la vivienda de grupos vulnerables en situación de discapacidad severa y de calle: esa selección de medios se reduce en forma considerable, solo puede elegir entre los *medios adecuados y suficientes* para satisfacer el derecho.

⁹⁴ Esta pregunta se desprende del cdo. 12 del voto de Petracchi. Advierte así que no se trata de evaluar los medios en general sino en concreto. En este

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

2.4.3.1. Examen de idoneidad

¿Son los medios implementados por el estado (local) proporcionados, es decir, *adecuados, apropiados y conducentes* para lograr que el niño en situación de discapacidad severa —y junto con su madre— en situación de calle tengan acceso al derecho a una vivienda digna?

Claramente, la respuesta es negativa. Para ello se evalúan en su —falta de— idoneidad en concreto todos los medios que el estado local alega haber implementado para concluir que: “si bien la demandada ha implementado varias políticas públicas en materia habitacional, dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle, [...]”.⁹⁵ Veamos una estrategia de reconstrucción pormenorizada del examen de idoneidad en concreto. Los medios (M) serían cuatro:

1. créditos hipotecarios (M1),
2. subsidios por no más de 10 meses (M2),
3. pernoctar en paradores o albergues (M3),
4. falta de programa para el acceso a la vivienda de las personas en situación de discapacidad, es decir, una omisión (M4).

Desde el comienzo, uno de ellos (es decir, M1) queda excluido por su falta de idoneidad a la luz de la situación concreta del niño y su madre. Los otros tres son claramente insuficientes e inadecuados.

M1: está conformado por los *créditos* ofrecidos en el marco de la ley local 341 para adquirir inmuebles.⁹⁶ Sin embargo, no es idóneo —desde el punto de vista cuantitativo— para el caso —ni

punto el voto de Petracchi difiere expresamente con la argumentación de la solución dada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el caso Q. C. cuando se remite a la aplicación del caso *Alba Quintana*, véase nota 59 de este trabajo.

⁹⁵ Cdo. 12, del voto de Petracchi en Q. C., 2012.

⁹⁶ Además, tampoco serían idóneos para el segmento de la población para la que fueron pensados. De acuerdo con testimonios de informantes clave, el IVC no estaría tampoco otorgando estos créditos alegando falta de fondos.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

para otros similares—, pues exige entre sus requisitos, acreditar un ingreso mínimo de 2 000 pesos mensuales. Recordemos, la mujer y el niño se encontraban en situación de calle, el niño requería —y requiere— asistencia continua debido a su situación de discapacidad severa. Se podría agregar que en la ciudad no existe un sistema de educación y asistencia integral para las personas con discapacidad que permita a la madre dejar al niño en un lugar adecuado durante el tiempo que requiere para conseguir un empleo.

M2: se trata de la entrega de un *subsidio* en dinero por un plazo máximo de diez meses —seis meses, prorrogable excepcionalmente por cuatro meses más, al cabo de los cuales no puede ser renovado bajo ningún concepto, según decreto local 690/06, sus modificatorios y decreto 167/2011—. Este tampoco es un medio adecuado, ni apropiado —desde el punto de vista cuantitativo—, ya que finalizados los diez meses, los destinatarios vuelven seguramente a la situación de calle y no se prevé otro medio alternativo para salir de esta situación, quedan “desamparados”.⁹⁷ Aquí, M2 se muestra como no idóneo desde el punto de vista probabilístico: no es probable que los grupos desaventajados salgan de la situación de desigualdad estructural⁹⁸ en la que se encuentran

⁹⁷ Este era el destino casi obligado de la reclamante y el niño que pudo evitarse gracias a la medida cautelar judicial que ordenó que se continuara otorgando el subsidio, véase cdo. 7, del voto de la mayoría y de Petracchi.

⁹⁸ Las medidas estatales para otorgar una “solución definitiva” al acceso a la vivienda digna para personas en situación de discapacidad requeriría de remedios estructurales. Véase Caramelo Díaz, Gustavo D., “El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema...”, *cit.*, 2012-III, quien sostiene que “el carácter socioestructural de una desventaja es relevante tanto para definir la extensión de la obligación social de paliarla como para entender el tipo de remedios necesarios para hacerlo. Si la sociedad tiene una mayor responsabilidad frente a aquellas desventajas que pueden atribuirse más directamente a su estructura, esto quiere decir que los remedios deben enfocarse específicamente en tal estructura. El remedio debe ajustarse a la fuente de desigualdad, enervando los factores que afectan en forma desigual la capacidad de competir de los integrantes del grupo”. Véase además, Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 163-197; Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, “Hacia la reconstrucción de las

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

respecto del acceso a la vivienda digna con un subsidio que solo alcanza para pernoctar en un hotel familiar.

M2 es evaluado también en cuanto a su contenido desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo —el monto del subsidio, que va desde los 700 a los 1 200 pesos mensuales—. Nuevamente es insuficiente e inadecuado para lograr el fin que supuestamente debería perseguir: la vivienda digna —un lugar “para vivir con condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad”—. Es insuficiente: en el voto de Petracchi se tienen en cuenta “las reales condiciones que exige el mercado a quienes carecen de garantías e ingresos comprobables”. Por ejemplo, la habitación en “un hotel familiar, que acepta menores de edad (dimensiones de la habitación de 3 metros x 3 metros, sin ventanas, baño y cocina compartidos, primer piso por escalera)”,⁹⁹ tendría un costo mensual de 1 700 pesos,¹⁰⁰ con lo que el subsidio de 1 200 pesos no alcanzaría a la actora.¹⁰¹

tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Direito GV Law Review*, São Paulo, 2013, disponible en www.scielo.br/pdf/rdqv/v9n1/a06v9n1.pdf y en relación con la jurisprudencia de la Corte IDH, véase el caso paradigmático *Hacienda Verde vs. Brasil*, 2016, sobre prohibición absoluta de esclavitud, trata de personas y trabajo forzado. Aldao, Martín; Clérico, Laura y Ronconi, Liliana, “A Multidimensional Approach to Equality in the Inter-American Context: Redistribution, Recognition, and Participatory Parity”, en Bogdandy, Armin von y Morales Antoniazzi, Mariela, *Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 83-96.

⁹⁹ Cdo. 13, de Petracchi y cdo. 15, del voto de la mayoría en *Q. C.*, 2012, con cita expresa de los dichos del defensor oficial en la audiencia pública cuando relató las condiciones edilicias del hotel Casona Solé, del barrio de Floresta, donde la actora y el niño se encontraban alojados.

¹⁰⁰ Por lo demás, los montos no se modificaron desde el decreto 167/11, lo que demuestra que están por demás desactualizados. Agradezco a Anabel Papa el haberme indicado este punto.

¹⁰¹ Por lo demás, no es fácil encontrar plazas en este tipo de hoteles que alberguen a mujeres con chicos; este déficit se agrava aún más en contextos de desalojo. Agradezco a Martín Aldao el haberme advertido sobre este punto. Además, sobre el punto de la cercanía del lugar de residencia con la accesibilidad física a los centros de atención en los que es atendido el niño, véase en este trabajo nota al pie 73.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

Además, M2 es inadecuado en otros sentidos. Si es que M2 solo permitiría conseguir albergue en una habitación en un hotel familiar, por sus condiciones edilicias —carecen de baños privados y alojan a más de una familia—, “no resultan adecuadas para la patología del niño”. Las condiciones edilicias han implicado incluso un empeoramiento del estado de salud del niño.¹⁰² Por no contar con servicios sanitarios adecuados contrajo hepatitis A y por falta de acceso a una cocina, en donde su madre pueda cocinar los alimentos apropiados para su edad, ha sufrido falta de desarrollo de la capacidad de masticar.¹⁰³

M3 consiste en la posibilidad de dormir en alguno de los *paradores y albergues* que provee la ciudad, siempre y cuando existan plazas disponibles. Esta alternativa —“exigua contención”—¹⁰⁴ es también inadecuada por tres consideraciones.

Primero, se recurre a la propia producción normativa del estado local. La ley local 3706 interpreta “*en situación de calle* a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno” (art. 2).

Segundo, los paradores son además insuficientes: no pueden cobijar, siquiera transitoriamente, al total de las personas sin techo de la ciudad, ya que cuentan aproximadamente, con un total de 1 600 plazas.¹⁰⁵ Sin embargo, serían 7 000 personas por año las que solicitan el subsidio, de las que actualmente 4 500 estarían

¹⁰² Sobre la relación estrecha entre derecho a la salud y vivienda, véase el punto 11 de la observación general 14, entre otros, el Comité DESC interpreta que el derecho a la salud no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como, una vivienda adecuada.

¹⁰³ Cdo. 13, del voto de mayoría en Q. C. Aquí el Tribunal pudo haber realizado una referencia expresa a la observación general 12 sobre derecho a la alimentación que cuando se refiere al acceso a una alimentación adecuada subraya a la vivienda digna como uno de los elementos imprescindibles para poder acceder a una dieta razonable.

¹⁰⁴ Cdo. 14, del voto de Petracchi en Q. C.

¹⁰⁵ Según el gobierno local, existen siete paradores estatales, más otros tantos privados con los que el estado local tiene convenio.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

cobrando el beneficio por haber acreditado carecer de ingresos suficientes para costear una vivienda.

Tercero, los albergues son lugares de permanencia transitoria. Las personas deben, generalmente, solicitar una plaza en forma diaria y en horarios determinados. Esto no parece propicio para cuidar y criar a un niño. Pero tampoco permiten mantener la unidad familiar, ya que en su mayoría no admitirían varones, mujeres y niños en el mismo establecimiento. Es claro que M3 es “especialmente” inadecuado para funcionar como vivienda digna de un niño que requiere especial atención y cuidados.¹⁰⁶

M4 es una omisión: “dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para persona en calle” y que atienda “suficientemente” a “la situación de este grupo familiar en extrema vulnerabilidad”.¹⁰⁷ Es decir, no hay un medio específico que permita al grupo familiar lograr una “solución definitiva” al problema de falta de vivienda.

En suma, ni M1, M2, M3, ni M4 son medios adecuados y suficientes para realizar el derecho a la vivienda digna de una persona que se encuentra en una situación de desigualdad de hecho de partida. Por ello, se habla de una clara y “grave omisión inconstitucional”: el gobierno local “no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social —como la actora y su hijo— tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones míni-

¹⁰⁶ De la jurisprudencia de instancias inferiores de la CABA sobre acceso a la vivienda surge una línea jurisprudencial clara que habla del carácter inadecuado de los paradores para considerarlos vivienda digna sea cual fuere la persona que reclama por vivienda, véase Fazio, Federico de; Aldao, Martín y Vita, Letecia, *op. cit.*; y M. Puciarello, en Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de derecho a la salud...*, cit. Anabel Papa me advierte que además de los paradores están los hogares de tránsito. Si bien estos hogares parecerían estar en mejores condiciones edilicias que los paradores, las personas solo pueden permanecer en esos lugares por un plazo determinado; con lo que tampoco sería un medio adecuado para posibilitar el ejercicio del derecho al acceso a la vivienda digna del niño en situación de discapacidad y su madre.

¹⁰⁷ Cdo. 13, del voto de mayoría en Q. C.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

mas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. En otras palabras, quienes carecen de un ingreso mínimo comprobable de 2 000 pesos no tienen la oportunidad de acceder a ningún programa que les permita, ni inmediata ni progresivamente, acceder a una vivienda digna. *Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad*¹⁰⁸ (de acuerdo con el art. 75, incs. 23 y 22 CN).

Ahora bien, si la omisión es gravemente inconstitucional, queda claro que no puede ser justificada. Sin embargo, la argumentación continúa. Incluso, tal vez, para dar pistas a posibles futuros reclamantes acerca de cómo desarmar el manido argumento de los costos¹⁰⁹ y otros argumentos recurrentes. A su vez,

¹⁰⁸ Cdo. 15, del voto de Petracchi en Q. C.

¹⁰⁹ Respecto de este punto, también se ha sostenido que “lo fundamental es, en el régimen legal, que [el Estado nacional] debe asistirlo sin que pueda servir de excusa para incumplir con el mandato legal la pretendida alegación de falta presupuestaria”. CSJN, fallos, 324: 3527, punto 6 del dictamen del procurador general de la Nación. Véase, además, en sentido similar, Comité DESC, observación general 14, párrs. 43, 47-48, 53-55 y observación general 15, párr. 42; observación general 17, párr. 27; *cfr.* observación general 3, párr. 10; en especial, observación general 14, párr. 47: “Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones [básicas] señaladas *supra*. Cabe señalar sin embargo que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43, que son inderogables”. Las obligaciones básicas son (párr. 43): “a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial de los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial [...]; c) garantizar el acceso a una vivienda; d) facilitar medicamentos esenciales, [...]; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar, [...] una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población [...]” (cursivas agregadas). Aho-

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

sirve para desarrollar reglas jurisprudenciales en un ámbito donde aún no hay precedentes suficientes.

2.4.3.2. Examen de medios alternativos

El Estado claramente no cumplió con su obligación de garantizar el derecho a la vivienda digna, si pudo haber realizado algo suficiente. El estado local trató de demostrar que no pudo hacer algo suficiente o mejor, pues su “tarea en casos como este está ceñida a un presupuesto «inelástico», y que por esa razón cada uno de los casos va chocando contra la limitación que establece la ley local”.¹¹⁰ La Corte sometió esta justificación a un examen que puede ser reconstruido como un examen de medios alternativos: si el Estado “pudo encontrar la solución más eficiente y de «bajo costo»”,¹¹¹ entonces el Estado no realizó el mayor esfuerzo posible para garantizar el derecho afectado.

Existía un medio alternativo idóneo e incluso menos lesivo para los intereses estatales. Ese medio alternativo (M5) requiere de un “análisis integral” y de una “planificación coordinada y adecuada”. En este punto la estrategia argumentativa se bifurca en los dos caminos: idoneidad e igual o menor lesividad para los intereses estatales. El medio alternativo consiste en la ar-

ra bien, si se trata de “obligaciones de desarrollo progresivo”, se aplica el estándar que surge de la observación general 3, párr. 10 del Comité DESC: “el párrafo 1 del artículo 2 [del PIDESC] obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones [...]”, no basta con que simplemente lo alegue, debe demostrar en concreto que ha agotado todos los medios disponibles “para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. Esta exigencia implica someter las razones justificatorias a una pauta de control bien estricta y agravada en el caso concreto. No es muy probable que, por ejemplo, un Estado pueda demostrar que para satisfacer el derecho a la alimentación de los niños ha agotado todos los recursos disponibles, ya que como advierte el Comité en la observación general 12, el problema no es la falta de alimentos sino “la falta de acceso a los alimentos disponibles” (párr. 5).

¹¹⁰ Voto de la mayoría, cdo. 14.

¹¹¹ Voto de la mayoría, cdo. 15, párr. 8.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

ticulación de los distintos programas públicos que corresponden actuar para que la mujer y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad. Esto implica intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que precisa, sin que implique una internación u otra medida similar que interrumpa la relación materno-filial. A su vez, requiere que el estado local implemente los servicios sociales de los que ya dispone para otorgar a la mujer el asesoramiento y orientación necesarios en materia laboral, ya que la mujer tiene el “elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral”. Para el voto mayoritario, ese medio alternativo requiere de un accionar estatal integral para superar la situación de extrema vulnerabilidad.¹¹²

La segunda parte del examen en concreto establece incluso que M5 “no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria”, “incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor”.¹¹³ Esto surge de la comparación de lo que eroga por M2 —subsidio— y es otra forma de evaluar que el argumento de los recursos era endeble.¹¹⁴ Los recursos disponibles fueron incluso

¹¹² Caramelo, Gustavo, El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina, SJA-2012/08/01-44; JA-2012-III, identifica un déficit de la sentencia cuando sostiene que la Corte no habría desarrollado los distintos elementos que se han considerado requisitos para la calificación de una vivienda como adecuada de acuerdo con las pautas que surgirían de la observación general 4 del Comité PIDESC. Concluye que este desarrollo “hubiera constituido una determinación valiosa para el encuadre de futuras decisiones en la materia por los distintos poderes de los Estados que conforman el sistema federal argentino”. En efecto el punto central de cada uno de los votos es enfatizar y justificar por qué las medidas estatales del gobierno local no fueron las adecuadas ni las suficientes para garantizar al niño en situación de discapacidad y a su madre, una vivienda digna. Se diría que el Tribunal —por lo menos, el voto mayoritario y el de Petracchi— realiza un examen de razonabilidad/proporcionalidad crítico; la faz constructiva del examen queda opacada; sin embargo, si se lee con atención el voto mayoritario surgen algunas pistas de cómo pensar la adecuación desde la perspectiva de la integralidad de las acciones estatales.

¹¹³ Voto de la mayoría, cdo. 16, párr. 2; cdo. 15, párr. 9.

¹¹⁴ Cdo. 18, voto de Petracchi. Véase, asimismo, Fazio, Federico de; Aldao, Martín y Vita, Letecia, *op. cit.*, en nota 3 de este trabajo.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

utilizados por el Estado de forma irrazonable: “*la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, solo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados*”. (párr. 2). Quienes “*no tienen ingresos comprobables y carecen de garantías no reúnen los requisitos exigidos por el mercado para alquilar una vivienda. Por ese motivo, no tienen otra opción que acudir a la renta de habitaciones en hoteles familiares que, frente a la necesidad de estas personas, exigen el pago de sumas excesivas por habitaciones pequeñas y precarias*” (párr. 3).¹¹⁵ En suma, M5 es más adecuado para promover el acceso a la vivienda digna del niño y, a su vez, es menos lesivo para los alegados intereses estatales.

Por último, y esto es un presupuesto del examen de medios alternativos, la argumentación del Estado debe ser seria. La falta de acciones públicas adecuadas en materia de vivienda tampoco puede ser justificada por la carencia de recursos económicos suficientes, pues no bastan las meras afirmaciones dogmáticas: el estado local no acreditó, “por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales”.¹¹⁶ Al respecto, no alcanza con “realizar afirmaciones teóricas y abstractas”, tales como “los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población”. El Estado local no aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas.¹¹⁷

¹¹⁵ Cdo. 18, de Petracchi en Q. C. (cursivas agregadas)

¹¹⁶ Cdo. 17, párr. 5.

¹¹⁷ Incluso, véanse informes sobre la falta de ejecución presupuestaria en materia de vivienda, véase Puciarello, Mariana, “Derecho a la salud en la Ciudad de Buenos Aires”, Fráncfurt del Meno, Peter Lang, 2013. Véase O’Cinneide, Colm, “The Problematic of Social Rights –Uniformity and Diversity in the Development of Social Rights Review”, en Lazarus, Liora; McCrudden, Christopher y Bowles, Nigel (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart, 2014, quien sostiene que se han desarrollado varias herramientas para lidiar con el argumento de los costos en la disputa judicial sobre derechos; Orlando, Federico, “Los argumentos

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

En suma, el punto argumentativo importante fue comprobar que los medios implementados no eran adecuados para superar la situación de extrema vulnerabilidad y que el Estado pudo haber realizado otras acciones estatales más adecuadas incluso utilizando los programas y servicios existentes. Desde la perspectiva del Estado no se trata de alegar la carencia de recursos; para que su argumentación sea convincente, en el caso debió haber demostrado que los medios implementados eran los adecuados para permitir a la mujer y al niño en situación de discapacidad salir de la situación de extrema necesidad, examen que no logró superar.

2.4.3.3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

El examen de proporcionalidad examina si las razones a favor del derecho del niño y la actora son mayores que las alegadas por el estado local. Desde el comienzo, esta relación estuvo impregnada por una fuerte advertencia argumentativa. La Constitución en su artículo 75, inciso 23, establece un deber estatal respecto de los grupos en desventaja, en este caso un niño en situación de discapacidad y de calle. Así, se evaluará si en el diseño de esas acciones estatales —las políticas públicas— se respetaron las “prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población”. Por los resultados del examen de idoneidad y de medios alternativos en concreto, sabemos que el Estado no las tuvo en cuenta, por eso su accionar se presume como inconstitucional. Desarmemos esta argumentación, pues es una particularidad de especial relevancia para el examen de proporcionalidad cuando los titulares de los derechos afectados son personas en situación de desventaja estructural: niños, personas en situación de discapacidad, personas de edad avanzada, pueblos originarios, mujeres, migrantes. Para trabajarlo en concreto lo haremos en relación con el caso:

de la insuficiencia de recursos y de la discrecionalidad frente al reclamo de derechos sociales (Rudimentos para una dogmática constitucional-financiera consistente)”, en *aDA*, núm. 5, Revista de la Asociación de Derecho de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, pp. 97-132.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

a) *el grado o intensidad de la no satisfacción —o de intervención— del derecho de prestación.* En el ejemplo la intensidad es muy alta, para ello se pueden tener en cuenta varios argumentos referidos a: el estado grave de la situación de discapacidad del niño, el empeoramiento de su estado de salud —contrajo hepatitis e infecciones— por haber vivido en lugares inadecuados, la involución en el desarrollo de sus capacidades (p. ej., de masticar) por no contar con un lugar adecuado para cocinar. En el caso de la mujer y también del niño, la angustia que produce el no saber en qué lugar vivirán el próximo día,¹¹⁸ o bien, la que produce vivir en la calle. Para ello hay que considerar, además, cómo impacta la no realización del derecho de prestación en el plan de vida del niño y de la mujer —autonomía— y de acuerdo con sus intereses y necesidades argumentables —reconocimiento—. Estas consideraciones ocuparon un lugar relevante en las argumentaciones de la Corte: se habló de cómo la falta de un accionar estatal integral impactó en el desarrollo de la autonomía del niño, en el desarrollo de la actividad laboral de la mujer. En especial, en el voto en mayoría se argumenta sobre cómo la falta de acción estatal integral impactó en las posibilidades del derecho de trabajar “libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral”. Además, aquí juega un papel especial la prohibición de exigir a la mujer y al niño en situación de discapacidad lo insoportable: vivir en las condiciones que estuvieron padeciendo.¹¹⁹ En palabras de la Corte: “ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle”,¹²⁰

¹¹⁸ Sobre este aspecto como parte de la salud, véase Nussbaum, Martha, *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Buenos Aires, Paidós, 2012, p. 64: “la seguridad acerca del futuro es de vital importancia en cuanto a la posibilidad real que esas personas tienen de usar y disfrutar de todas las capacidades...”.

¹¹⁹ Véase, en este capítulo, el apartado sobre medios alternativos más idóneos o más benignos.

¹²⁰ Cdo. 12, del voto de la mayoría en Q. C.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

- b) *la medida de la satisfacción o promoción del derecho a la salud por el medio seleccionado por el Estado en comparación con el medio alternativo.* Aquí hay que recuperar los resultados del examen de idoneidad y de medios alternativos y considerarlos de acuerdo con la fórmula que dice: cuanto más baja es la idoneidad de los medios estatales (M1, M2, M3, M4) y cuanto más pueda ser promovido a través de medios alternativos (p. ej., M5), tanto más importante se vuelve el derecho a la vivienda y a la salud del niño y la mujer, y tanto más difícil puede tornarse la justificación de su interferencia debido a —o argumentando— la importancia de la realización de algún fin estatal. La medida de promoción del derecho a la salud y a la vivienda en el caso por el medio alternativo (M5) es mejor, de acuerdo con lo trabajado en el apartado anterior;
- c) *la importancia de la promoción del derecho a la salud y a la vivienda en un plazo dentro del cual deba ocurrir su realización concreta —argumento de la urgencia—:*¹²¹ en el caso, este argumento jugó un papel relevante, reiteramos: cuesta imaginar una situación más desesperante que la padecida por la mujer y el niño;
- d) *la determinación del peso abstracto del derecho a la salud y a la vivienda:* aquí es importante determinar cómo se relaciona con una cuestión central del plan de vida del afectado; además, cuando lo reclamado se acerque más estrechamente al contenido básico del derecho a la salud, mayor será su peso; “[e]s preciso dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad”,¹²² y

¹²¹ Véase este argumento en Arango, Rodolfo, *Der Begriff der sozialen Grundrechte...*, cit., pp. 226-227, 238-239 [Arango, R., *El concepto de los derechos sociales fundamentales*]; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 466, Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, pp. 121, 172, 277, 280, 304-305, 314.

¹²² ONU, Comité DESC, observación general 14, párr. 22, *cfr.* cdo. 8, del voto de la mayoría en *Q. C.*, con cita de normas de convenciones internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 23, 24, 27.1, 27.3.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

e) *la pertenencia del afectado a un grupo de personas* que, conforme a la Constitución o la ley, deba ser considerado en forma prioritaria; en el caso, un niño en situación de discapacidad que habita junto con su madre en la calle;

De todos estos puntos resulta que la limitación al derecho a la salud y a la vivienda en el caso es extrema, por ello, la “fuerza de las contrarrazones (debe crecer) de forma *más que proporcional*”.¹²³ Esto deviene de una interpretación *progresiva*¹²⁴ de la ley de la ponderación, que dice:

Cuanto más se interfiere en la realización de un derecho en su función de prestación, dejándolo casi sin posibilidad de realización alguna, tanto más fuerte será su capacidad de resistencia, es decir, su peso, y la fuerza de las razones que pretenden justificar (esa falta de realización) deben crecer de forma “más que proporcional” (“sobreporcional”), de forma tal que una interferencia en ese ámbito pueda ser justificada.

Esta fórmula es de suma importancia, si se tienen en cuenta las proyecciones de aplicación del mandato por omisión o acción insuficiente en el contexto de prácticas constitucionales caracterizadas por un alto grado de desigualdad estructural para personas desaventajadas —niños, personas en situación de discapacidad, ancianos, pueblos originarios, mujeres—.¹²⁵ Así, la apli-

¹²³ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., p. 271, resaltado por Laura Clérico últimamente, véase Young, Katherine, “Proportionality, Reasonableness and Social Rights”, en Jackson, Vicki y Tushnet, Mark (eds), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, quien la utiliza para reconstruir el examen de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Sudafricana sobre derecho a la vivienda.

¹²⁴ Clérico, Laura, *Die Struktur...*, cit., pp. 168, 236, 345.

¹²⁵ Incluso, si se afecta el “contenido básico”, por ejemplo, del derecho a la salud de un grupo vulnerable, este no puede ser ponderado o graduado frente a otros principios. No puede el Estado alegar el argumento de haber agotado el “máximo de los recursos disponibles del Estado” y, sin embargo, no estar en condiciones de cumplir con la obligación. La obligación sigue siendo impostergable e inderogable. Véase, observación general 14, párrs. 43, 47-48 y observación general 15, párr. 42; observación general 17, párr. 27; *cfr.* observación general 3, párr. 10; en especial, observación general

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

cación de esta regla en contextos¹²⁶ donde las omisiones o acciones estatales insuficientes afectan las condiciones de existencia digna, requiere una precisión de la regla de la proporcionalidad en sentido estricto, que dice:

Quando se está en presencia de una realización baja (o muy baja o extremadamente baja) de un derecho de prestación por una omisión o una acción insuficiente, entonces se trata en principio de una violación al mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente.

Esta regla implica:

- a) una presunción en contra de la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente;
- b) la carga de la argumentación recae en aquellos que alegan la proporcionalidad de la omisión o acción insuficiente, por lo general, el Estado;¹²⁷

14, párr. 47: “Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones [básicas] señaladas *supra*. Cabe señalar sin embargo que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43, que son inderogables”. Las obligaciones básicas son: “a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) asegurar el acceso a una alimentación esencial [...]; c) garantizar el acceso a una vivienda; d) facilitar medicamentos esenciales, [...]; e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) adoptar y aplicar [...] una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población[...]”.

¹²⁶ Véase Clérico, Laura, “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales”, en *Jurisprudencia Argentina*, 7 de noviembre de 2007.

¹²⁷ El caso *Lifschitz* resuelto por la Corte Suprema de Justicia argentina en 2004 puede ser reconstruido en este sentido. La Corte ordenó al Estado na-

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

- c) una exigencia agravada de justificación, la desproporcionalidad de la omisión o acción insuficiente solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes;
- d) una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la omisión o la acción estatal insuficiente como no proporcional.

Así, en el caso, la presunción de inconstitucionalidad de la acción estatal insuficiente recae en el estado local y no pudo ser superada por razones de mayor peso o importancia en concreto referidas a la promoción de fines estatales.

En suma: en este caso, en el marco del examen de proporcionalidad surgieron las razones —variadas— de por qué las acciones del estado local son insuficientes e implican una violación al derecho a la vivienda y salud del niño y de su madre. Asimismo, en el marco de este examen surgió cuál es la conducta debida *suficiente*. Por cierto, sobre este punto vemos modulaciones en el contenido de lo que significa suficiente en el caso concreto. Con todo, el Tribunal no se limitó a decir que el estado local debe hacer algo, sino que le fijó las condiciones para que ese accio-

cional otorgar un subsidio que permita solventar los gastos de educación y transporte de un niño discapacitado, cuyos padres no cuentan con recursos económicos suficientes y ante la falta de vacantes en las escuelas públicas y servicios de transportes especiales. La madre del niño reclama la acción estatal por insuficiente, ya que restringe en forma extrema el derecho a la educación de su hijo: no había vacantes suficientes en los establecimientos públicos de educación especial y el sistema de transporte público no satisfacía la necesidad de traslado porque dejaba a su hijo lejos del colegio. La Corte sostuvo que estaba probado que los padres no gozaban de una buena situación económica, que era evidente que el sistema de transporte público no podía ser utilizado por quien no puede valerse por sí mismo y que era el Estado quien debía probar que había vacantes en los sistemas de educación pública. En consecuencia, resolvió que el Estado debía otorgar el subsidio hasta tanto demostrara que los padres del niño contaban con los medios económicos para sufragar estos gastos o que había vacantes en escuelas públicas especiales y un transporte público adecuado. Véanse otros casos recientes de la Corte Suprema Argentina que pueden ser reconstruidos en este sentido, en *La Corte y los derechos*, Buenos Aires, ADC-Siglo XXI Editores, 2005 y 2008, cap. Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pp. 332 y ss.

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

nar sea suficiente. Ese contenido fue determinado con mayor o menor precisión en la parte resolutive de cada uno de los correspondientes votos; sin embargo, concluyeron formulando un mandato definitivo con un contenido determinado alternativo siempre y cuando cumpla con las condiciones de suficiencia. De los tres votos, el que determinó con mayor precisión el contenido del cumplimiento suficiente fue el de la mayoría, luego siguió en orden decreciente en el Petracchi y, por último, el de Argibay. Veamos:

a) el voto mayoritario condena a hacer en forma suficiente y determina con precisión el contenido de la prestación, establece que el gobierno local:

1. Intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹²⁸
2. Garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

¹²⁸ Caramelo, Gustavo, “El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina”, SJA-2012/08/01-44; JA-2012-III interpreta que este voto “ordenó medidas concretas vinculadas con la atención específica de los elementos tipificantes de la vulnerabilidad corroborada”. Para el autor este sería inusual y presume que se habría tratado de garantizar la “efectividad de la sentencia”, evitando que la determinación de las medidas a tomar quedara a merced de la sentencia del Tribunal de reenvío. Sobre la resolución de otros casos semejantes al caso Q. C., véase Pucciarello, Mariana, “Subsidios habitacionales y desempleo: la jurisprudencia que retorna al pasado”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 74, 2016, Buenos Aires; Pucciarello, Mariana, “El derecho a la vivienda en la C.A.B.A (abordándolo desde su aspecto histórico-político, normativo y jurisprudencial)”, en *Revista sobre el Derecho a la Vivienda en Argentina y Francia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2016, con detallado análisis crítico de la forma restrictiva con que el Tribunal Supremo local interpretó la regla de Q. C.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

3. Asimismo, y hasta en tanto la demandada cumpla con lo ordenado, se dispone mantener la medida cautelar.¹²⁹

El examen de insuficiencia ordena la implementación del medio necesario ante la urgencia de la situación concreta del afectado, es decir, *un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible* (medio necesario),¹³⁰ por lo menos, para esta posición teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

b) Petracchi condena a hacer, ese hacer debe ser adecuado: el contenido de ese hacer permite cierta alternatividad pero dentro de los parámetros de suficiencia; así ordena:

[o]rtorgar a la actora y a su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos de los considerandos del presente fallo, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado.¹³¹

c) Por último, Argibay condena a hacer. Ese hacer debe tener en cuenta el enfoque delimitado en la sentencia. Permite un mayor margen de alternatividad, ya que:

Obliga a que el Gobierno de la Ciudad atienda la problemática de vivienda planteada en el caso a partir de la aplicación de la siguiente regla de distribución: frente al pedido aquí formulado de una vivienda digna, la ciudad debió haber tratado a la actora y a su hijo de un modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías que el niño padece. Es que involucrando el tema habitacional a las prestaciones financiadas con dinero público, la demandada no podía prescindir al delinear sus políticas de la condición especial que revisten las personas con discapacidad.

De modo tal, que resultaba irrazonable incluir a la señora S.Y.Q.C. y al niño dentro del mismo grupo en el que se encuentran otras personas sin discapacidad a los efectos de aplicar a todas idénticas restricciones presupuestarias.

¹²⁹ Parte resolutive del voto de la mayoría en Q. C., 2012.

¹³⁰ Es decir, *un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible* (medio necesario).

¹³¹ Pucciarello Mariana, “El derecho a la vivienda en la C.A.B.A...”, *cit.*

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

Ello así, dado que solo le corresponde a este Tribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad del niño, lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos. En consecuencia, es el gobierno local quien deberá establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo en el marco de las líneas interpretativas fijadas en el presente voto.

2.4.4. Consideraciones finales

En general, este trabajo refuerza la idea de que el examen de proporcionalidad funciona como marco analítico¹³² para adjudicación/aplicación de los derechos de prestación. Por tanto, no hay ninguna razón para que los tribunales no hagan un uso más sistemático del examen de proporcionalidad en sus tres pasos, al menos vista desde el nivel analítico.

Respecto de los exámenes de idoneidad y de medios alternativos, se demostró que no son irrelevantes para la evaluación de las intervenciones a los derechos por insuficiencia u omisión. Incluso, estos exámenes pueden ser fortalecidos si se incluyen las perspectivas cuantitativas, cualitativas y probabilísticas, por ejemplo, para analizar si la medida estatal o las alternativas son aptas para promover el derecho positivo en cuestión. El trabajo con los casos evidencia que la inclusión de estas tres perspectivas no es artificial. Sirvieron para una mejor reconstrucción de la argumentación en el caso concreto. A su vez, más allá de los casos claros, se estableció una regla que recupera los resultados del examen de idoneidad y de medios alternativos como preestructuraciones de la proporcionalidad en sentido estricto. Idoneidad y medios alternativos sirven para determinar qué se pudo haber

¹³² Cheng-Yi, Huang y Law, David, “Proportionality Review of Administrative Action in Japan, Korea, Taiwan and China”, en Bignami, Francesca y Zaring, David (eds.), *Research Handbook in Comparative Law and Regulation*, Ed. Edward Elgar, 2015, sostienen que la claridad de la herramienta argumentativa de la proporcionalidad explicaría su uso por los tribunales.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

realizado desde el punto de vista empírico. A su vez, delimita la justificación en el tercer paso de la proporcionalidad, ya que:

Cuanto menos idóneos sean los medios atacados, y en comparación con medios alternativos, tanto menos adecuado serán para la satisfacción del derecho de prestación en cuestión, y más grave será la justificación que exigen en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

La proporcionalidad en sentido estricto se refiere al examen de las razones estatales alegadas para justificar (a) lo realizado por el Estado y lo que pudo haber realizado, (b) la intensidad de la interferencia del derecho y la importancia de su realización. En especial, se trata del impacto en la posición del afectado y su situación de vulnerabilidad o desigualdad estructural:

Si la interferencia en el derecho es suficientemente significativa como para dejar pocas posibilidades de satisfacción, la capacidad de resistencia y la gravedad de la justificación requerida serán mayores. Por lo tanto, la fuerza de los argumentos que pretenden justificar esa falta de satisfacción debe crecer de una manera más que proporcional.

Este mismo estándar puede ser aplicado para evaluar cualquier omisión o accionar estatal insuficiente. Este estándar es de aplicación aún más urgente cuando se trata de una persona que se encuentra en alguna —o varias— de las situaciones de desventaja estructural que identifica el artículo 75, inciso 23 de la Constitución nacional (enumeración que por cierto no es taxativa y debe ser complementada, p. ej., con la del art. 75, inc. 17, sobre pueblos originarios), o cualquier otro instrumento constitucional o instrumento de protección internacional de derechos humanos que contenga una cláusula similar.

2.5. EXCURSO: QUEDA TINTA EN EL TINTERO: LA AFECTACIÓN DEL CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO, UN LÍMITE INFRANQUEABLE AL RESULTADO DEL EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Hasta aquí es claro que el estado local no pudo justificar su accionar insuficiente que implicó una violación al derecho a la

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

salud y a la vivienda del niño y de la madre. Esta falta de justificación surgió como resultado de la aplicación del examen de proporcionalidad. Sin embargo, queda una cuestión pendiente. Qué ocurre si la restricción al derecho afecta el contenido básico del derecho, es decir, aquello que hace a las condiciones de vida digna.¹³³ Este es un límite infranqueable. En palabras del Comité DESC: “Cabe señalar sin embargo que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas [...], que son inderogables”.¹³⁴

Las obligaciones básicas son:

- a) garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) asegurar el acceso a una alimentación esencial [...];
- c) garantizar el acceso a [...] una vivienda [...];
- d) facilitar medicamentos esenciales, [...];
- e) velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) adoptar y aplicar [...] una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población [...].

En el caso, la falta de acciones adecuadas por parte del estado local violaba desde el comienzo y claramente el acceso a una vivienda de un niño en situación de discapacidad y de calle —situación de vulnerabilidad—. Si el contenido básico del derecho se hubiese aplicado como regla, bastaba con constatar que la falta de acciones suficientes implicaba una violación al derecho, sin

¹³³ Véase en esta obra relación con las condiciones de existencia digna en el caso *Villagrán Morales y otros* en la jurisprudencia de la Corte IDH, Beloff, Mary y Clérico, Laura, “Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Revista Estudios Constitucionales*, CECOCH-Universidad de Talca, Chile (SCIELO).

¹³⁴ Véase observación general 14, párrs 43, 47-48 y observación general 15, párr. 42; observación general 17, párr. 27; *cfr.* observación general 3, párr. 10; en especial, observación general 14, párr. 47.

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

que el Tribunal examine si las razones o sinrazones invocadas por el gobierno local podían justificar la insuficiencia u omisión.

Sin embargo, la Corte optó por otro camino.¹³⁵ Aplicó un examen de proporcionalidad por acción insuficiente para evaluar la justificación alegada por el estado local. Sabemos que el estado local fue poco convincente, pero aunque se hubiera esmerado en presentar una mejor estrategia argumentativa, esas supuestas razones no podrían derribar el límite infranqueable del derecho del niño a una vivienda digna por estar en juego el contenido o presupuesto básico de ese derecho.

Por ello, nos podemos preguntar, por qué la Corte no encaró el desarrollo argumentativo del caso desde el comienzo como un supuesto claro de violación del contenido básico del derecho a la vivienda. Esto se puede deber a varias razones. La primera se refiere a que es el primer caso que decide resolver en el que condena a un estado local a garantizar acceso a la vivienda digna en forma adecuada y suficiente en un supuesto en el que está en juego el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad. Por ello, tenía especial interés en exponer la debilidad de las razones esgrimidas por el estado local y, a su vez, marcar con detenimiento cuándo un accionar estatal que debe ser suficiente no lo es.

La segunda se refiere, tal vez, a sus otros interlocutores. Ellos son, por un lado, la actora y el niño. ¿Se puede hablar de un distracto judicial acaecido por las sinrazones de una sentencia? La actora y el niño fueron previamente interlocutores de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de la que se desprendía que “vivienda” es “abrigo”, “cobijo”, es decir, que alcanza con pernoctar en un parador para tener acceso a la vivienda. En la práctica, esa sentencia le estaba diciendo que para vivir en familia, a la mujer y al niño en situación de discapacidad severa les debía alcanzar con un parador. Todos los votos de la sentencia de la Corte Suprema coincidieron en más o en menos en que era

¹³⁵ Se trataría de un camino argumentativo intermedio, véase Uprimmy, Rodrigo y Guarnizo, Diana, “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana...”, *cit.*

El examen de proporcionalidad: violación por insuficiencia u omisión

difícil “imaginar” un estado más desesperante de falta de acceso a la vivienda: “hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle”.

La palabra *imaginar* utilizada por la Corte parece la acertada. Existe un ejercicio para determinar la intensidad a la restricción de un derecho. Este ejercicio consiste en ponerse en el lugar del otro; es decir, del niño y de la mujer. Sin duda, este ejercicio fue obviado por el voto mayoritario del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad: este ejercicio hubiese implicado que, apelando a la imaginación, cada uno de los jueces que firmaron ese fallo se hubiese puesto en el lugar de la mujer y del niño en situación de discapacidad severa, hubiesen tomado sus petates y hubiesen llegado junto con sus familias lo suficientemente temprano a algunos de los paradores de la Ciudad para realizar la fila correspondiente para encontrar algún lugar para pernoctar. Allí se hubiesen también enterado de que difícilmente aceptan familias enteras; asimismo, que incluso los paradores no son suficientes para albergar a las personas que se encuentren en situación de indigencia. Pero imaginemos,¹³⁶ por hipótesis, que hubiesen encontrado lugar suficiente, el ejercicio consiste en imaginarse que durante el sueño —si es que se logra conciliar— tendrían que haberse imaginado en qué lugar iban a desayunar junto con su familia; además, imaginarse cómo durante el día se las iban a arreglar para desarrollar la vida familiar y el propio plan de vida teniendo como sede un lugar que los cobijara, por ejemplo, debajo de una autopista.¹³⁷ Si hubiesen realizado este

¹³⁶ Sobre la “imaginación” en Kant como un “artefacto pensado para lidiar con situaciones nuevas que no podían subsumirse fácilmente en las categorías disponibles en una comunidad”, véase Larriguét, Guillermo, “Dos comentarios de los dilemas constitucionales”, en Zucca, Lorenzo; Larriguét, Guillermo; Martínez Zorrilla, David y Álvarez, Silvina, *Dilemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 61.

¹³⁷ La ley local 3706 —que es la misma que considera situación de calle a aquellas personas que aún se encuentran en un sistema de alojamiento nocturno—, establece en el art. 7 que: “Todos y cada uno de los servicios socioasistenciales brindados por el Estado y por entidades privadas conveniadas con el Estado, se garantizan mediante la prestación articulada y de forma continua durante todos los días del año y las 24 horas del día”. Sobre la base de “todos los días del año y las 24 hs del día”, alguien podría argumentar que las personas podrían quedarse en el parador durante el día —de hecho

DERECHOS Y PROPORCIONALIDAD...

ejercicio hubiesen comprendido que se trataba de una restricción extrema al derecho al acceso a la vivienda y que el caso —como muchos otros similares— ameritaba otro tratamiento que el dado en las (sin)razones de su sentencia. La mujer y el niño merecían ser tratados con igual consideración y respeto y la sentencia de la Corte Suprema lo logró. A su vez, entonces, el otro interlocutor de la sentencia es el Superior Tribunal de Justicia y todos los jueces y juezas que tengan que resolver casos similares.

hay casos en que los dejan quedarse—. Sin embargo, de acuerdo con los relatos de los afectados, los paradores no son lugares adecuados incluso para pasar la noche, a punto tal que muchas personas que no tienen cautelar favorable prefieren dormir en la calle antes de acudir a un parador. Indican que no son lugares seguros, que se generan situaciones de violencia, entre otras consideraciones. A su vez, en 2008 se inició una causa, *Iriarte Miguel Ángel y otros vs. GCBA y otros, s/amparo, 29872/0* por el mal estado edilicio en que se encontraban algunos paradores. Agradezco a Anabel Papa el haberme advertido este punto.