

La (in)constitucionalidad en el sistema judicial argentino: los Derechos Humanos cada vez menos Humanos

A (in)constitucionalidade no sistema judicial argentino: os Direitos Humanos cada vez menos Humanos

José Emilio Ortega(1); Agustín Carignani(2)

Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), Licenciado en Enseñanza de Ciencias del Ambiente (Universidad Tecnológica Nacional), Especialista en Gestión Administrativa de la Salud Pública (Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba), Magister en Partidos Políticos (Universidad Nacional de Córdoba), Doctor en Estudios Sociales en América Latina (Universidad Nacional de Córdoba), Profesor en las Universidades Nacional de Córdoba y Blas Pascal.

E-mail: joseemilioortega@hotmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3579-6371>

2 Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), Especialista en Derecho Sanitario por la Fundación Oswaldo Cruz y la Universidad de Brasilia (FIOCRUZ - UnB), Magíster en Salud Pública (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Siglo 21.

E-mail: agustincarignani@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7126-9328>

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 20, n. 2, e5091, maio-agosto, 2024 - ISSN 2238-0604

[Recebido/Received: 2 de out. 2024; Aceito/Accepted: 7 nov. 2024;

Publicado/Published: 5 mar. 2025]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2024.v20i2.5091>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!/click here!](#)

Resúmen

El presente trabajo tiene como objetivo evidenciar cómo pendulan las decisiones judiciales en Argentina dentro de lo que se considera razonable, en la materia sanitaria. Esto es, tanto en el acceso a los sistemas de salud, como además, los medicamentos, tratamientos, y demás prestaciones médicas propias de un sistema público. Se valora la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos en salud teniendo en miras su misión de asegurar la supremacía de la Constitución en su rol de intérprete final, custodiando los derechos y garantías enunciados en ella, más aún, en el marco del derecho a la salud, su protección y restablecimiento.

Palabras clave: acciones judiciales en salud; arbitrariedad; razonabilidad.

Resumo

O objetivo deste trabalho é mostrar como as decisões judiciais na Argentina oscilam dentro do que é considerado razoável, em matéria de saúde. Ou seja, tanto no acesso aos sistemas de saúde, como também em medicamentos, tratamentos e outros benefícios médicos típicos de um sistema público. Valoriza-se a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça da Nação nas decisões sanitárias, tendo em conta a sua missão de assegurar a supremacia da Constituição na sua função de intérprete final, tutelando os direitos e garantias nela enunciados, ainda mais, em enquadramento do direito à saúde, sua proteção e restauração.

Palavras-chaves: ações judiciais em saúde; arbitrariedade; razoabilidade.

1 Introducción

Es motivo de debate permanente, cuáles son los márgenes de razonabilidad en los reclamos (y su satisfacción) en materia de provisión de servicios de salud.

Frente a ciertos excesos o eventual temeridad en las acciones de amparo en salud (particularmente, cuando se advierte vicio de falta de argumentación¹), y dada la necesidad de administrar eficaz y eficientemente recursos finitos -por naturaleza- de las administradoras de salud (*lato sensu*) frente a resoluciones judiciales que ordenan la cobertura de prestaciones o medicamentos de amplísima gama -a veces aún en etapa de experimentación o en fases previas a su autorización por las autoridades de aplicación- y altos costos, las diferentes miradas y consecuentes tensiones que se producen entre usuarios de los sistemas de salud, los actores sanitarios prestadores o financiadores y los operadores jurídicos, demandan un punto de equilibrio.

Desde 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha procurado terminar con cierto activismo desmesurado en esta materia. Así, señaló sin ambages la falta de fundamentación como una violación seria al debido proceso y al derecho de defensa

1 CARNOTA, Walter; CARIGNANI, Agustin. A relevância da argumentação em amparos de saúde: novas tendências. *El Derecho*, n. 280, 25 out. 2018.

(Fallos, 339:389)² entendiendo a la sentencia apelada como dogmática, explicando la necesidad incluso de analizar la norma local, para resolver sobre la norma internacional de manera “palmariamente desvinculadas de la concreta situación fáctica suscitada en estas actuaciones”. En este fallo, la Corte critica esencialmente la falta de análisis, en las instancias inferiores, de la normativa aplicable a “empresas como la demandada”.

Asimismo, el Máximo Tribunal se abocó a resolver reclamos de medicamentos y/o tratamientos que no se encuentran regulados en el vademécum prestacional o no están previstos en el Programa Médico Obligatorio (PMO). A fin de delimitar roles y traer certezas, la Corte argentina expresó que no son los jueces quienes deben determinar la incorporación o no de un determinado procedimiento o una técnica al catálogo de prestaciones de una Obra Social (Fallos, 338:779)³, como así también que la admisión de soluciones disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no son compatibles con el fin último de la actividad legislativa como de la judicial (Fallos, 300:17; 302:1209; 303:248, entre otros).

El último precedente referido es importante, pues la incorporación (o no) de un tratamiento (prácticas y/o medicamentos) en un caso determinado, es habitual objeto de renuencia por las empresas de medicina prepagas y las Obras Sociales. En ese plano, la vigencia del derecho a la salud, que si bien es fundamental no es absoluto (Fallos, 172:21, 249:252, 262:205, 300:700, 108:1631, 322:215, 340:1269, entre muchísimos casos), debe articularse con la administración de los recursos “finitos” por los financiadores de salud públicos o privados, circunstancia que reviste de significativa complejidad, pues en el marco de un mercado cada día más demandante, en un mundo globalizado, la variedad de oferta y demanda genera una exagerada presión sobre la disponibilidad real, desafiando la razonabilidad en los reclamos y con ello, jaqueando la solvencia de los operadores e inclusive la viabilidad del sistema considerado en su conjunto.

Partiendo de trazar un panorama respecto a las actuales vicisitudes de las acciones judiciales en salud, amparos en salud o “bioamparos”⁴; destacaremos una acción judicial

2 CSJ 7/2013 (49-T)/CS1: T.M.C. y otro el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo.

3 CSJN n° 3732/2014/RHI: L.E.H. Y otros c/ O.S.E.P. si amparo.

4 Término acuñado por el Dr. Walter Carnota en diferentes obras, e incluso utilizado en el Seminario Internacional “Derechos Humanos, Salud y Bienestar” que tuvo lugar los días 28 y 29 de junio del año 2018. Puede vincularse con la noción de “bioderecho”. Tal como ocurre en la experiencia comparada, la casuística es tan frondosa que la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación, por Resolución 1781/2022, creó el Registro Nacional de Amparos en Salud, con el propósito de recabar estadísticamente información sobre medidas cautelares, sentencias firmes o recurridas y otras instancias de conclusión de los procesos. Mencionamos que desde 2021, conforme doctrina de la Corte Suprema recaída en “Carmona, Gabriela Angelina c/Avalian s/Amparo”, los amparos en salud contra obras sociales nacionales y empresas de medicina prepaga son de competencia federal (razones de economía y celeridad, sin perjuicio de que como expresa el dictamen de la Procuración General, “corresponde estar a la doctrina según la cual los procesos que versan, en último término, sobre situaciones alcanzadas por reglas federales deben tramitar ante ese fuero en razón de la materia

tramitada por esa vía⁵ que -entendemos- presenta relevancia al confrontarse con los estándares constitucionales y convencionales, pudiendo afectar el criterio asumido (como trataremos de explicar), de sostenerse en otros casos, la estabilidad de los principios de progresividad y no regresividad de los Derechos Humanos.

2 El planteo del caso⁶ y la instancia administrativa

El actor es una persona mayor de edad, afectada por una patología conocida como atrofia muscular espinal (AME). La atrofia muscular espinal es una enfermedad neuromuscular hereditaria caracterizada por la afectación de las células del asta anterior de la médula espinal (neuronas motoras), que cursa con debilidad proximal simétrica y atrofia progresiva de los grupos musculares⁷. Presenta una incidencia mundial descrita entre 1/6.000 y 1/10.000 nacimientos y una tasa de portadores entre 1/35 y 1/50⁸. Es un trastorno autosómico recesivo causado por la alteración (ausencia o mutación) en el gen Survival Motor Neuron 1 (SMN1) y SMN2, localizado en la región cromosómica 5q13. Antes de 2016, no había tratamiento modificador de la enfermedad (se aprobó el primer medicamento)⁹. Nos encontramos así frente a una enfermedad altamente discapacitante y además, se encuentra dentro de aquellas catalogadas como enfermedades poco frecuentes.

El paciente con fecha 23.12.2019 solicitó a su Obra Social la cobertura de la medicación luego demandada. La Obra Social solicitó diferentes estudios médicos que debió realizarse el paciente previo a expedirse sobre el pedido de la medicación, hasta que finalmente la cobertura fue negada explicando que debido a la edad que tenía el paciente, la medicación no demostraba resultados positivos; y además, que también se rechazaba porque en definitiva el paciente no había sido evaluado por la Comisión

-Fallos, 339:1760, entre otros-).

- 5 En numerosos fallos la Corte Suprema ha reiterado la idoneidad de esta “vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud” (Fallos, 325:292).
- 6 V, L E C/ PAMI Y OTRO S/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS. Tramitado ante el Juzgado Federal nº 1 de Córdoba. La Sentencia de fondo fue resuelta por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B. Secretaría Civil II.
- 7 Consultados, entre otros: Stanford Medicine Children’s Health –www.stanfordchildrens.org; ROMERO María del Mar y PASCUAL PASCUAL Samuel Ignacio, Atrofia Muscular Espinal, Asociación Española de Pediatría, protocolo de diagnóstico 2002; National Center for Advancing Translational Sciences. Genetic an Rare Diseases Information Center; National Institute of Health, Medline Plus.
- 8 CARDONA Natalia et al (2022), Caracterización clínica y funcional de pacientes con atrofía muscular espinal en el centro-occidente colombiano. National Institutes of Health. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9410705/> (Consultado el 05.01.2024).
- 9 MEZA-CANO María y DÁVILA-MARTÍNEZ Verónica, Combinación de terapias modificadoras en atrofia muscular tipo 2, Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, sep-oct 2022.

Nacional de AME (CONAME)¹⁰.

Sin embargo, en su rechazo, la obra social no justifica su aserto sobre la eficacia del medicamento en la franja etaria del paciente (sin acompañar evidencia al respecto), ni se había exigido previamente al paciente la evaluación por CONAME.

Agotada la vía administrativa, se inició la acción judicial (29.12.2020).

Entre las razones de procedencia de la demanda, además de señalar el marco constitucional de protección de los derechos de las personas en relación al cuidado de la salud y la vida, se dejó planteado por la parte actora que el pedido de cobertura de la medicación había sido realizado cuando aquél estaba incluido dentro del Programa Médico Obligatorio¹¹. Sumado a ello, existía también la realidad de que se trataba del único medicamento existente para el tratamiento de la atrofia muscular espinal, ingresado en el nomenclador nacional lo que implicaba en definitiva que los beneficios que dicha medicación reportaba para los padecientes de dicha enfermedad, era beneficiosa.

La actora también acompañó un informe técnico que desvirtuaba la afirmación relacionada a que dicha medicación no reportaba beneficios con pacientes adultos. Al momento de presentarse la demanda existían más de tres mil doscientos (3200) pacientes adultos con tratamiento y resultados exitosos.

Entre las razones de procedencia de la acción judicial, además de señalar el marco constitucional de protección de los derechos de las personas en relación al cuidado de la salud y la vida, además del andamiaje constitucional y convencional que tiene como objeto proteger a las personas especialmente vulnerables como lo son aquellas que padecen de una enfermedad poco frecuente, y los Tratados de Derechos Humanos que también con especial énfasis resguardan la vida de las personas mayores como especialmente vulnerables; se dejó planteado que el pedido de cobertura de la medicación había sido realizado cuando dicho medicamento estaba incluido dentro del Programa Médico Obligatorio. Sumado a ello, existía también la realidad de que se trataba del único medicamento existente para el tratamiento de la atrofia muscular espinal, ingresado en el nomenclador nacional lo que implicaba en definitiva que los beneficios que dicha medicación reportaba para los padecientes de dicha enfermedad, era beneficiosa.

10 La CONAME fue creada por Resolución del Ministerio de Salud de la Nación 1860/2020 (B.O.13/11/2020), en el marco de la ley 26.689 (Enfermedades Poco Frecuentes, B.O. 3/8/2011).

11 Establecido por decreto 492/1995 (B.O., 26/9/1995), el cual establece que todos los beneficiarios de los agentes del sistema nacional del seguro de salud comprendidos en la ley 23.660 (B.O. 20/01/1989), tendrán derecho a prestaciones medico asistenciales que establezcan por el Ministerio de Salud a través del programa que se crea, siendo su primera versión la aprobada por Resolución MS 247/96 (B.O., 29/5/1996). Las leyes 24.754 (B.O., 1/4/1997) y 26.682 (B.O. 17/05/2011), de medicina prepaga, equiparan el piso prestacional básico al PMO. El Decreto 70/2023 (20/12/2023) incorpora a las empresas de medicina prepaga en el sistema regulado por la ley 23.660. El PMO se va actualizando no sólo por las resoluciones en el marco del mecanismo establecido, sino también por nuevas leyes que se van dictando sobre patologías específicas (tal el caso que nos ocupa), que necesariamente ensanchan la cobertura.

Por último, se mencionó también en el caso que la hermana del actor¹² también padece la misma patología y también por medio de una acción judicial de amparo, logró la cobertura de la medicación y pudo demostrar científicamente que la utilización de la medicación no sólo había detenido el avance de la enfermedad, que de por sí mismo ya era un beneficio muy importante tanto para la salud como para la vida de la paciente, sino que además, se acreditó que había logrado recuperar funciones motoras.

Con todo, la acción judicial se suscitó del siguiente modo:

3 La acción judicial y la solución dada por el Tribunal

3.1 La primera instancia

Luego de realizar una síntesis al planteo de las partes, haciendo un relevamiento sobre los argumentos que el Tribunal consideró más sólidos, el *a quo* destacó que al momento de la entrega de la medicación en el Hospital, dicha medicación fue devuelta quién fuera entonces la médica tratante del paciente indicando que "... se devuelve la medicación del paciente ... ya que se realizó Junta Médica con Servicio de Neurología y Neumonía, se contraindica tratamiento médico ya que no existen estudios ni guía que avalen este tratamiento para el tipo de MA del paciente...". Ante ello, la parte actora manifestó que la medicación había sido indicada en tres oportunidades por la misma médica tratante, y acompañó una nueva prescripción médica y el currículum del nuevo profesional tratante insistiendo sobre el pedido de provisión de la medicación.

Se glosó a la causa el informe forense del profesional especialista en medicina legal de los Tribunales Federales de Córdoba.

Ante las divergencias, se requirió a los profesionales actuantes, informes que justifiquen sus criterios médicos y se glosaron oportunamente en el expediente.

Puesta la causa a resolver, el Tribunal, luego de analizar la vía judicial elegida por el actor, entendiéndola como la más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley Fundamental, fundado en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³ que sirvieron para respaldar la procedencia de la acción de amparo, entendió procedente la vía elegida.

Además, ponderó el derecho a la vida en el sistema constitucional argentino; entendiéndola como "... el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizada por la Constitución Nacional (Fallos 302:1284; 310:112; 323:1339). Asimismo, se ha entendido que los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal.

12 Juzgado Federal de Córdoba n° 3 en autos: V. E., M. K. C/ OBRA SOCIAL SERVICIOS SOCIALES BANCARIOS Y OTRO S/PRESTACIONES FARMACOLÓGICAS. (Expte. 393/2021).

13 Entre otros, CSJN: Daman S.A. s/ amparo de fecha 15.10.1998 (Fallos, 321: 2823).

El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él, y a su vez, el derecho a la salud – especialmente cuando se trata de enfermedades graves-, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida”.

Así planteado el esquema del lugar constitucional y convencional del derecho a la salud y la vida, el Tribunal de primera instancia ponderó la prueba rendida.

Analizó que no existen dudas respecto a la patología del actor y explicó que en realidad, el planteo o la diferencia entre las partes se encuentra en la correspondencia o no del tratamiento con el medicamento Nusinersen para el actor. En el planteo del caso, el Juez también entendió necesario analizar la normativa que rige el acceso a las prestaciones de salud con Nusinersen y así comenzó desde el principio regulatorio de dicha medicación desde la Disposición n° 2062/2019¹⁴, a través de la cual la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) autorizó la inscripción de Nusinersen/Spinraza en el Registro de Especialidades Medicinales. El Tribunal explicó también que la Secretaría de Gobierno de Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación¹⁵ dictó diferentes instrumentos legales por medio de los cuales se decidió incorporar al Programa Médico Obligatorio la medicación para el tratamiento de la Atrofia Muscular Espinal tipo I, II y IIIa. Luego también con una clara redacción siguió explicando el devenir de las normativas regulatorias dictadas a consecuencia.

Después de un análisis de la causa y las constancias, advirtió que se había acreditado que el pedido de la cobertura médica había sido el día 23.12.2019, y que trazando “un paralelo de la fecha de inicio del trámite con el resumen normativo ... obtenemos como resultado que, en dicho momento, se encontraban vigentes las Por lo dicho, al momento de solicitar la cobertura de la Nusinersen/Spinraza, cabe destacar que no sólo se encontraba inscripta “bajo condiciones especiales” para AME IIIa, ... sino que su cobertura resultaba obligatoria para todos los agentes de salud del sistema, atento a que la misma se encontraba incorporada en el PMO”.

Con lo expuesto, dijo que “de haber brindado el respuesta dentro de los márgenes de la reglamentación, el amparista debería haber comenzado un tratamiento medicamentoso que se encontraba autorizado por la ANMAT y dentro del PMO, e incluso, y pese a los vaivenes de la normativa, hubiese podido mantenerlo con

14 Disposición de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) disponible en: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://e-legis-ar.msal.gov.ar/htdocs/legisalud/migration/pdf/34064.pdf> (Consultado el 05.01.2024).

15 En el último tramo de la gestión presidencial del Ing. Mauricio Macri (2015-2019), el Ministerio de Salud se degradó a secretaría dependiente de la cartera de Desarrollo Social.

cobertura del agente de salud, esto a los fines de proteger los derechos fundamentales de los pacientes (conforme surge del texto mismo de la Resolución N° 1115/2020 del Ministerio de Salud). Por todo lo dicho, la negativa de la demandada resultó y resulta **ilegal**". (el subrayado y negrita nos pertenecen).

Completó su justificación en los especiales derechos de protección que asisten al actor, basado en aquel conjunto normativo constitucional y también convencional que protegen a las personas que padecen este tipo de patologías; pero, además, por el carácter de discapacidad que dicha patología implica para los pacientes. Analizó también las declaraciones testimoniales, especialmente la del médico tratante en cuanto a que la medicación, conforme nuevos informes, habían arrojado claras evidencias de estabilidad y en algunos casos de mejorías de la función motora evaluada con diferentes parámetros como escalas específicas para la enfermedad.

Con todo concluyó haciendo lugar a la acción judicial de amparo.

Notificado el fallo, la demandada apeló y expresó los agravios que hacían a su derecho. Dichos agravios fueron rebatidos por la parte actora.

3.2 La segunda instancia

Puesto los autos para resolver ante la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Córdoba, Secretaría Civil II – Sala B, la misma hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y en consecuencia, revocó la resolución dictada por el Juez Federal n° 1 de Córdoba en todo cuanto decide y ha sido materia de agravios.

La sentencia fue dictada el 27 de julio de 2023, es decir, luego de tres años y medios desde que el actor había pedido la cobertura de la única medicación que conforme se acreditaría en autos tenía la facultad de detener el progreso de la enfermedad e incluso, en algunos casos, de recuperar funciones motoras perdidas por el avance natural de la enfermedad.

La demandada apelante manifestó que tampoco se había ponderado debidamente el análisis realizado por la médica tratante primera del paciente.

Agregó la demandada que no se habían aportado datos objetivos sobre el caso, pero la realidad es que al no haberse comenzado jamás con el tratamiento, era imposible tener datos sobre los efectos de la medicación en el paciente. Finalmente, se hace alusión al costo de la enfermedad para la demandada y lo que implica ello en el sistema.

La Cámara para resolver nuevamente retomó la normativa regulatoria de la medicación. Tuvo por suficientemente acreditada la patología del paciente. Sin embargo, analizó "que conforme la discrepancia expuesta en los informes médicos presentados a lo largo de la causa no existe precisión acerca de si la medicación en cuestión es adecuada para tratar la enfermedad del amparista. Ello aconseja a este

Tribunal a adoptar la decisión de no someter al accionante a un medicamento cuyos efectos para la patología, el estado y la edad del paciente no tienen aval científico contundente, atendiendo a que el objeto de la controversia ahora planteada versa sobre los resultados que la aplicación de la droga tendría en la salud del mismo”.

Agregó también que “(e)n definitiva, al no haber alcanzado certeza con las constancias de la causa y teniendo en cuenta que nos encontramos dentro de un proceso breve como es el del amparo (el cual fue notablemente ampliado en el caso concreto desde que se dispuso la apertura a prueba en la instancia de grado, sumándole la medida para mejor proveer, todas destinadas a obtener información médica, lo que pone también en evidencia la extrema complejidad de la cuestión traída y la idoneidad de este proceso para resolverla), surge como lógica la conclusión que la acción no puede prosperar”.

Así resuelta la cuestión por los Tribunales intervinientes, entendemos propicio realizar un análisis de la causa.

4 La solución (in)constitucional

La cuestión planteada tiene matices que debemos separar. Entre aquellos que se dan desde la cuestión legal del medicamento requerido que sirvieron de fundamento para la sentencia de primera instancia, de manera coherente y concordante para evitar aquellas arbitrariedades que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación llamó “salto argumentativo”. La Excma. Cámara, fundó su resolución, contrariamente al Tribunal de primera instancia, en los contradictorios dictámenes médicos y entendió que “no existe precisión acerca de si la medicación en cuestión es adecuada para tratar la enfermedad del amparista”.

Con todo, buscaremos revisar los puntos analizados para llegar a la conclusión judicial dada, a saber:

a.- Para resolver, la Cámara Federal, partió de los elementos sobre los cuales el apelante se basó; pero analizada la sentencia, no parecería haber revisado la totalidad de elementos sobre los cuales debió basarse para poder rebatir una sentencia de grado.

El apelante jamás discutió al Juez de grado la ilegalidad acusada en cuanto al incumplimiento obligatorio en la entrega de la medicación cuando la misma le fue requerida, es decir, jamás siquiera intentó rebatir la reglamentación que regula el acceso al medicamento. La doctrina tiene dicho que “deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación”¹⁶. En este sentido, entonces, la

16 Recurso de apelación (procesal), expresión de agravios. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/>

insuficiencia se advierte por caso cuando una expresión de agravios contiene una mera remisión a argumentos de primera instancia (lo dicho por los médicos), o no realiza una crítica completa del fallo impugnado, o propugna la aplicación de determinada normativa, pero sin aclarar las razones de su aplicabilidad, u objeta una declaración de inconstitucionalidad pero sin referencia a los errores del fallo puesto en crisis, etc.

La Cámara Nacional Civil¹⁷ ha explicado que los agravios deben contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocado. Pero la parte apelante jamás discutió la obligatoriedad de las normas que hacían al cumplimiento, provisión y resguardo de la vida del paciente, y fue justamente ello lo que fundó el fallo de primera instancia. Y dejando subsistente este argumento, único utilizado por el *a quo* y sobre el cual se debió basar la apelación, dicha apelación resulta improcedente por la inamovilidad del fallo de primera instancia.

Estos argumentos derribarían la procedencia de la apelación a la luz de las constancias ponderadas por la Excm. Cámara, y lo peor en ello no es que la parte apelante haya omitido analizar todos los elementos de procedencia de la acción judicial, sino que la propia Excm. Cámara Federal de Apelaciones no habría advertido este extremo y consecuentemente lo ha omitido; a nuestro criterio, el juzgador debió (al menos en un párrafo de su decisorio) explicar por qué razón se apartaba del *thema decidendum* del *a quo*.

Aduna esta necesidad el hecho de que la parte actora al momento de evacuar el traslado de la expresión de agravios, remarcó especialmente la ilegalidad de la demandada en la instancia administrativa, lo cual aduna aún con mayor fuerza aquella necesidad de que la Cámara se avocara a estudiar y en su caso refutar de manera fundada la eventual inaplicabilidad de la ley y convalidar así aquella ilegalidad, en caso de que ello sea posible.

b.- El argumento que sí decidió analizar la Excm. Cámara, es la cuestión médica.

En autos la demandada manifestó que no había datos concretos sobre la procedencia de la medicación. Pero surge de autos que no sólo médico del actor informó diferentes estudios científicos, sino que además citó la bibliografía.

En relación con el informe analizado, fue oportunamente impugnado y observado por la parte actora.

Con todo la Excm. Cámara tomó la decisión de acoger el recurso de apelación y rechazar la acción de amparo. Justificó esta solución en que “al no haber alcanzado certeza con las constancias de la causa...” correspondía acoger el recurso de apelación.

Y es que nos preguntamos, ¿qué certeza buscaba cuando la medicación

recurso-apelacion-procesal-expresion-agravios-suq0027084/123456789-0abc-defg4807-200qsoiramus (Consultado el 22.12.2023).

17 Cámara Nacional Civil, Sala M: 22-5-00, E.D. 188-617; Id., 27-9-00, E.D. 191-414; Id. Asimismo, precedentes de la misma naturaleza se encuentran en la Sala A, 16-12-99: E.D.186-539; Id., Sala B, 24-4-95, E.D. 166-500, y E.D. 167-488.

jamás fue dada al paciente?, ¿Qué otra certeza más que dejar a un paciente sin tratamiento cuando legalmente le correspondía? Pero más allá de eso, existiendo una reglamentación que ordenaba la provisión de la medicación, y si aún la duda sobre la efectividad existía, ¿no cabía entonces sí hacer prevalecer -ante dicha supuesta duda- la procedencia de la acción para garantizar la protección de la salud y la vida del actor?

Esta decisión plantea cuestiones tales como la necesidad de prueba del *balancing test* entendido como aquella herramienta para el control judicial de las reglamentaciones fundamentales al momento de revisar los derechos fundamentales; específicamente en el marco de litigios constitucionales sobre derecho a la salud¹⁸.

5 Conclusión

Llegamos así a la etapa final del presente artículo, la etapa en la cual conforme los planteos realizados ofrecemos alguna conclusión que nos lleve a reflexionar sobre a dónde vamos, sobre cuál es el derecho aplicable, sobre cuál es el rol de los Derechos Humanos, sobre cuál es el rol de nuestros Tribunales en función de los derechos vigentes.

Entendemos, que en la neblina que marca este caso, hay que recordar algunos preceptos que aún están en nuestro marco convencional, entre ellos por ejemplo que “(e)l Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) forma parte del *ius cogens* del Derecho Internacional, lo cual lo ubica en el vértice superior de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico internacional”¹⁹.

Pareciera con todo, que aquel problema que ya tenía detectado el fallecido Justice Scalia (jurista y juez de la Corte Suprema de Estados Unidos) quién a su tiempo señaló que la *living constitution* tiene el riesgo de promover el surgimiento de jueces iluminados o profetas que se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para eso, podía llevar al excesivo protagonismo y vedetismo judicial²⁰, está pendulando sobre el polo totalmente contrario de aquel entonces.

Aquella marcada (y criticada) intervención del Poder Judicial con los demás órganos del gobierno y de la sociedad civil que la doctrina había detectado y que otrora lograba la vigencia efectiva de los derechos humanos, entendiendo que los jueces deben

18 PEDERNERA ALLENDE, Matias. El Uso del “balancing test” en litigios constitucionales sobre derecho a la salud en: Anuario XIX de la Universidad Nacional de Córdoba. Artículo recibido el 14.07.2020 y aprobado para su publicación en el Anuario Universitario el 04.03.2021.

19 RODRIGUEZ, Mónica S. Tratado de los Tratados Internacionales. Carnota Walter F. y Maraniello, Patricio A. Directores. La Ley: 2011, TII, p. 212.

20 Cfr. SANTIAGO, Alfonso. *Neoconstitucionalismo*. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional 3/4/2008.

suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales²¹ ahora está interviniendo con el mismo marcado activismo judicial, pero para resolver de manera anómica.

Mucho se ha expuesto sobre la consecuencia de la “hiper interpretación” de los Derechos Humanos. Carnota²² en su artículo “Limitaciones razonables al derecho a las prestaciones médicas” afirmó en el punto preliminar de dicho artículo “que en la época de los derechos (siglo XXI) los nuevos constitucionalismos impulsaron la simplista visión de que el mero reconocimiento de una facultad pública subjetiva en el marco de un documento constitucional o internacional bastaba para conferir legitimidad y hasta operatividad para exigir el cumplimiento de un determinado derecho”; y esta afirmación no podía estar más acertada, pues mucha tinta se derramó explicando no sólo las consecuencias de ello en el Poder Judicial, sino también en el Poder Ejecutivo.

Bazán también tuvo su participación en esta misma línea, en cuanto a que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos “ha(n) generado no pocos efectos directos y colaterales, entre los cuales pueden mencionarse, en nómina no exhaustiva, la señalada amplificación cuantitativa y cualitativa del cartabón de derechos implícitos y explícitos; la instauración de los principios *pro persona* o *favor libertatis e in dubio pro actione*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura, sustentados -inter alia- en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)...”²³.

Pareciera de esta brevísima reseña, que aquella hipertrofia de los Derechos Humanos que todo lo explicaba, que todo lo daba, y que tantos problemas trajo desde la administración de los servicios de salud (entre otros), estamos caminando ahora hacia una atrofia de estos mismos Derechos Humanos rechazando acciones judiciales aún cuando la medicación resulta legalmente obligatorio para los prestadores de salud con un argumento basado en una duda médica. Que como duda, en su caso, debió hacerse lugar a la acción.

En nuestro sistema normativo, el derecho la salud y a la vida de las personas humanas jamás dejaron de encumbrarse en la cúspide de la torre que encuentra a los diferentes bienes jurídicamente protegidos por el derecho.

Una reflexión de Corvalán es muy útil como colofón de este trabajo: “(e)s muy difícil, en el ámbito de las sociedades latinoamericanas, que los países puedan financiar

21 Cf. Entre otros, RACIMO Fernando, “El activismo judicial: sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés, Diciembre de 2015, Número 2 y la obra de SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional 3/4/2008.

22 CARNOTA, Walter F. Limitaciones razonables al derecho a las prestaciones médicas. El Dial. Disponible en: http://www.eldial.com/NUEVO/lite-tcd-detalle.asp?id=9103&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=14/06/2017&indice=doctrina&suple=Publico. Acceso em: 10 maio de 2024.

23 BAZAN, Victor. *Derecho a la salud y justicia constitucional*: Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema. Astrea: Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2015, p. 42.

todos los derechos en sus estándares óptimos (...) los países de la región diseñan sus planes de gobierno en base a las posibilidades fácticas y presupuestarias, aunque todo esto no significa que lo hagan de manera idónea, conveniente y razonable²⁴.

En un contexto muy complejo, la judicatura debe encontrar el equilibrio, el sano quicio, para aportar a las políticas profundas del estado, tanto en aquellos bienes públicos que satisface el sector público con su estructura como aquellos que financia y provee el sector privado, de un modo compatible con la razonable progresividad de las demandas individuales y colectivas y su adecuado encuadre en los estándares constitucionales y convencionales, que, aunque tengan un techo, aseguran un piso irreversible.

Bibliografía

ARGENTINA. *Decreto Nacional n° 492*, de 26 de setembro de 1995. Programa Médico Obligatorio. Publicado no Boletín Oficial em 26 set. 1995.

ARGENTINA. *Decreto Nacional n° 70*, de 20 de dezembro de 2023. Incorpora a las Empresas de Medicina Prepagas en la Ley 23.660. Publicado no Boletín Oficial em 20 dez. 2023.

ARGENTINA. *Lei n° 23.660*, de 20 de janeiro de 1989. Obras Sociales. Publicada no Boletín Oficial em 20 jan. 1989.

ARGENTINA. *Lei n° 24.754*, de 1 de abril de 1997. Medicina Prepaga. Publicada no Boletín Oficial em 1 abr. 1997.

ARGENTINA. *Lei n° 26.682*, de 17 de maio de 2011. Marco Regulatorio de Medicina Prepaga. Publicada no Boletín Oficial em 17 maio 2011.

ARGENTINA. *Lei n° 26.689*, de 29 de junho de 2011. Enfermedades poco frecuentes. Publicada no Boletín Oficial em 3 ago. 2011.

ARGENTINA. Ministério de Salud de la Nación. *Resolução n° 1860*, de 13 de novembro de 2020. Criação da Comissão Nacional para pacientes com atrofia muscular espinal. Publicada no Boletín Oficial em 13 nov. 2020.

ARGENTINA. *Resolução n° 247*, de 29 de maio de 1996. Aprova Programa Médico Obrigatório para agentes de saúde. Publicada no Boletín Oficial em 29 maio 1996.

BAZAN, Víctor. *Derecho a la salud y justicia constitucional: Estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 42.

CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala M. de Argentina. Fallos cita doctrinaria: 22-5-00, E.D. 188-617; Id., 27-9-00, E.D. 191-414; Id. Sala A, 16-12-99, E.D.186-539; Id., Sala B, 24-4-95, E.D. 166-500, y E.D. 167-488.

CARDONA, Natalia et al. Caracterización clínica y funcional de pacientes con atrofía muscu-

24 CORVALAN, Juan, ¿Hasta dónde puede el Poder Judicial controlar políticas públicas?, Diario Administrativo 248, 20 ago. 2019.

lar espinal en el centro-occidente colombiano. *National Institutes of Health*, 2022. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9410705/>. Acesso em: 05 jan. 2024.

CARNOTA, Walter F. Limitaciones razonables al derecho a las prestaciones médicas. *El Dial*. Disponível em: http://www.eldial.com/NUEVO/lite-tcd-detalle.asp?id=9103&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=14/06/2017&indice=doctrina&suple=Publico. Acesso em: 14 jun. 2017.

CARNOTA, Walter; CARIGNANI, Agustin. La relevancia de la argumentación en los amparos de salud: nuevas tendencias. *El Derecho*, n. 280, 25 out. 2018.

CORVALAN, Juan. ¿Hasta dónde puede el Poder Judicial controlar políticas públicas? *Diario Administrativo*, n. 248, 20 ago. 2019.

CSJN: Daman S.A. s/ amparo. Fallos: 321:2823, de 15 de outubro de 1998.

CSJN: L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. si amparo (3732/2014/RHI).

CSJN: T.M.C. y otro el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo. CSJ 7/2013 (49-T)/CS1.

JUZGADO FEDERAL nº 1 de Córdoba, Argentina. V. L. E. C/ PAMI y otro s/ prestaciones farmacológicas. Tramitado ante el Juzgado Federal nº 1 de Córdoba. La sentencia de fondo fue resuelta por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, Secretaría Civil II.

JUZGADO FEDERAL nº 3 de Córdoba, Argentina. V. E., M. K. C/ Obra Social Servicios Sociales Bancarios y otro s/ prestaciones farmacológicas. Expte. 393/2021.

MEZA-CANO, María; DÁVILA-MARTÍNEZ, Verónica. Combinación de terapias modificadoras en atrofia muscular tipo 2. *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, sep.-out. 2022.

PEDERNERA ALLENDE, Matias. El Uso del “balancing test” en litigios constitucionales sobre derecho a la salud. *Anuario XIX de la Universidad Nacional de Córdoba*, 2021.

RACIMO, Fernando. El activismo judicial: sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, n. 2, dez. 2015.

RODRIGUEZ, Mónica S. Tratado de los Tratados Internacionales. In: CARNOTA, Walter F.; MARANIELLO, Patricio A. (Dir.). *La Ley*, 2011. TII. p. 212.

ROMERO, María del Mar; PASCUAL PASCUAL, Samuel Ignacio. Atrofia muscular espinal. Asociación Española de Pediatría, protocolo de diagnóstico, 2002. National Center for Advancing Translational Sciences, Genetic and Rare Diseases Information Center, National Institute of Health, Medline Plus.

SANTIAGO, Alfonso. *Neoconstitucionalismo*. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional, 03 abr. 2008.