

Voces: CONFLICTO DE INTERESES ~ DERECHO COMPARADO ~ DERECHOS CONSTITUCIONALES ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ FILOSOFIA DEL DERECHO ~ PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ~ ASISTENCIA MEDICA ~ COBERTURA MEDICA ~ ENFERMEDADES ~ OBRAS SOCIALES ~ TRATAMIENTO MEDICO

Título: Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad

Autor: Clérico, María Laura

Publicado en: Sup. Const. 2010 (septiembre), 23/09/2010, 25

I. Introducción y planteo del problema. II. La tesis de la alternatividad. III. Conclusión.

I. Introducción y planteo del problema

Las prácticas constitucionales actuales están caracterizadas por los llamados conflictos entre derechos fundamentales. Varios de estos derechos presentan, en parte, la estructura de principios. Es decir, bajo un mismo supuesto de hecho aspiran a realizarse en la mayor medida posible. Esto lleva a que se produzcan interferencias en sus respectivos ámbitos de realización. Una de las formas de resolución de estas colisiones es a través del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Cuando la colisión se produce por exceso de interferencia de un derecho fundamental sobre el alcance de otro se aplica el examen de proporcionalidad en la versión del mandato de prohibición por exceso (Übermassverbot). Cuando la colisión se produce por insuficiencia de promoción, de protección, de un derecho fundamental para evitar interferir en otro se aplica el examen de proporcionalidad como mandato de prohibición por insuficiencia u omisión (Untermassverbot). (1)

La dogmática de los derechos fundamentales se encuentra subdesarrollada cuando se trata del estudio del examen de proporcionalidad para solucionar colisiones de derechos que se violan por omisión o acción insuficiente. A su vez, los tribunales están empezando a aplicar —aunque paso a paso— la prohibición de insuficiencia u omisión. Tal es el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán. Es cierto que la aplicó con detalle para el caso de la resolución del conflicto entre el derecho de la personalidad y autonomía de las mujeres y el derecho a la continuación de la existencia intrauterina en el caso de la interrupción del embarazo. (2) Sin embargo, fue mucho más reticente a aplicarla detalladamente en casos sobre protección del medio ambiente (3) o sobre derecho a la salud respecto de la cobertura o no de terapias alternativas. (4)

Por su parte, la aun escasa dogmática desarrollada respecto de la prohibición de insuficiencia aun discute su autonomía respecto de su par, la prohibición de exceso. (5) Sin embargo, la disputa más interesante al respecto se centra principalmente en torno a un refinamiento de la estructura de la prohibición de insuficiencia, proceso que lleva a dos constelaciones distintas (6) de derechos fundamentales: Ya sea debido a que la prestación es negada del todo (omisión) o porque es otorgada en forma insuficiente (medida insuficiente o defectuosa).

Aquí analizaré el refinamiento de la prohibición de insuficiencia por medio de la tesis de alternatividad recientemente desarrollada por Alexy. (7) Esta tesis afirma que los derechos a acciones positivas del estado no ordenan cualquier acción que cumpla con la obligación de hacer positiva que surge del derecho, sino por lo menos una de ellas. Yo defenderé la siguiente posición:

— La tesis de alternatividad destaca acertadamente la distinción entre intensidad de interferencia e intensidad de promoción, en tanto la determinación de la intensidad de la injerencia, en el caso de los derechos de no-intervención, es semejante a la intensidad de su grado de realización, mientras que no ocurre así con los derechos de protección.

— Esta distinción, sin embargo, debería observar aún más el entramado fino de la idoneidad y del examen del mejor medio en comparación con el insuficiente, por un lado debido a que allí se trata fundamentalmente de problemas de grado de eficacia de los medios respecto de los derechos de prestación, problemas que normalmente no son tomados en cuenta por el examen de proporcionalidad en general, y por el otro lado debido a que resulta cuestionable si los derechos a prestaciones positivas del estado requieren ponderaciones adicionales (8) que en el caso de colisiones entre derechos de no-intervención.

— Así, el refinamiento de la tesis de alternatividad lleva a la distinción entre la validez y la determinabilidad del mandato contrario. De ello resulta que la prohibición de insuficiencia puede abarcar dos mandatos:

- a) un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible (medio necesario) o bien
- b) un mandato definitivo con un contenido alternativo pero a la vez suficiente (medio suficiente).

Para poner a prueba mi posición utilizaré un caso sobre cobertura de medicamentos que no se encuentran en la lista de los cubiertos por un seguro público de salud pero también aplicables para tratar una enfermedad grave. Este caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el 2005 (más conocido como Nikolaus-Beschluss); es decir, en el contexto de un sistema de salud que garantiza una cobertura de salud muy por encima del llamado “mínimo existencial”. Por ello, los resultados de este análisis pueden ser aplicados en contextos similares. Sin embargo, también podrían servir para pensar la solución de casos semejantes reclamados judicialmente en el contexto de sociedades semiperiféricas con redes de seguridad social y sistemas de salud más débiles. (9)

II. La tesis de la alternatividad

La tesis de alternatividad o tesis disyuntiva ya se encuentra esbozada en la “Teoría de los Derechos Fundamentales” de Alexy. (10) Recientemente fue desarrollada aún más a fin de refutar el reproche de una sobreconstitucionalización como consecuencia de la expansión de los derechos fundamentales de prestación positiva por parte del estado. (11) Alexy trata de sostener que la conexión entre los derechos de protección y la proporcionalidad no conduce a una sobredeterminación de las decisiones legislativas, en la mayor parte de los casos la Constitución sigue funcionando como una suerte de orden marco que deja espacio para la autonomía de la legislación parlamentaria. Sin embargo, no me interesa aquí la tesis de la alternatividad como refutación de la sobreconstitucionalización. Me detengo en aquella parte de la tesis que sirve como presupuesto para el desarrollo del examen de proporcionalidad aplicado para la determinación del contenido de las obligaciones estatales de hacer que surgen de los derechos de prestación positiva.

La tesis de alternatividad tiene su fundamento en una distinción en la estructura del contenido de la norma de los derechos de prestación negativa y de los derechos de prestación positiva. Mientras que los derechos de prestación negativa (derechos de defensa) serían prohibiciones de destruir, obstaculizar o menoscabar de alguna manera algo que cae bajo el alcance del derecho, los derechos de prestación positiva serían mandatos para promocionar, salvar o proteger algo de alguna forma o, por ejemplo, para generar las condiciones sociales, políticas y económicas para que se puedan ejercer los derechos sociales. Si la tortura está prohibida, entonces están prohibidas todas las acciones que constituyan u ocasionen tortura. Si en cambio se trata de salvar a quien se está ahogando lanzándole un salvavidas, nadando o con ayuda de un bote, en ningún caso las tres acciones de socorro están ordenadas a la vez. En este punto reside la alternatividad. A fin de cumplir con el mandato de socorro, se deberá realizar alguna de estas acciones. Por el contrario, los derechos de defensa presentarían una estructura conjuntiva. Las acciones positivas inconstitucionales del estado tendrían una acción contraria definitiva, dado que existe un mandato de omisión de esa misma acción positiva inconstitucional. La estructura alternativa, en cambio, implicaría, según Alexy, que “una omisión inconstitucional no tiene contrario definitivo, sino tantos contrarios posibles como alternativas existan”.

En contraposición a ello, aquí se afirma que una acción negativa (es decir, una omisión o acción insuficiente) inconstitucional por parte del estado tiene un contrario definitivo, por cuanto existe el mandato de hacer, sin embargo el contenido de dicho hacer puede ser alternativo. Se ordena la realización de alguna de las acciones, pero no todas a la vez, aunque será necesario que alguna de ellas sea ejecutada. Sin embargo, con ello no se descarta que bajo ciertas circunstancias sea necesario el empleo de un medio determinado. Este es el caso si tal medio es el único idóneo para promover el objetivo que persigue el derecho fundamental y si este objetivo es ordenado por la constitución. (12) En este tipo de casos, una acción insuficiente u omisión inconstitucional del estado posee un contrario definitivo con un contenido definido (medio necesario), (13) en los demás casos tendrá un contrario definitivo con un contenido alternativo. Esto significa que el legislador posee un margen de acción estructural dentro del cual puede escoger cómo cumplir con el mandato. De ello se infiere, sin embargo, que el grado de cumplimiento (grado de protección, grado de promoción) no es indistinto, sino que el legislador deberá seleccionar un medio dentro de los medios suficientes. (14) Se trata de un mandato definitivo con un contenido alternativo (medio suficiente). (15)

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 mejor medio, mandato de proporcionalidad en sentido estricto). La prohibición de insuficiencia indica cuándo es violado un derecho fundamental de prestación positiva. Existe violación cuando el estado de partida (el estado 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 (del derecho fundamental colisionante (ya sea derecho de defensa o derecho de prestación), es decir, podría hacerse más para promocionar el derecho a prestación positiva, dado que el derecho colisionante no es interferido arbitrariamente, pero no se hizo).

Con respecto al derecho fundamental de prestación positiva deberá destacarse la distinción entre grado de interferencia por un lado e intensidad 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 intensidad, el grado o la medida de la efectiva promoción es el grado de fomento del derecho que se alcanza con el medio empleado. Este puede variar según los medios alternativos que pueden entrar en juego en el marco del principio del mejor medio. Aquí se trata del análisis de las implicancias de tal distinción en los exámenes de idoneidad y del examen del mejor medio.

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la determinación de la obligación que tenía (o no) una obra social pública de brindar nuevos tratamientos en los casos de una enfermedad con riesgo de vida o con un desarrollo generalmente fatal para la salud (Nikolaus-Beschluss) constituye un ejemplo que sirve para ilustrar la aplicación de los tres subexámenes de proporcionalidad como prohibición por omisión o insuficiencia. Si bien el Tribunal no aplica la prohibición de insuficiencia en forma explícita para fundamentar esta decisión, es posible reconstruir el examen en este sentido.

De la sentencia surge la siguiente regla-resultado de la ponderación:

“No es compatible con los derechos fundamentales de los Art. 21 GG en conjunto con los principios del Estado Social de Derecho ni con el Art. II 1 GG, que se le niegue a un afiliado/asegurado una prestación médicamente aplicada y elegida por él, si existe una posibilidad no del todo remota de sanación o de efectos sensiblemente positivos en el desarrollo de la enfermedad”. [\(16\)](#)

En el presente caso, el estado de partida atacado por el afectado mediante la acción de amparo 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 obra social pública. Por lo general, en estos casos sólo se aplica un tratamiento orientado según los síntomas y que implican sólo medidas de apoyo. [\(17\)](#) Desde septiembre de 1992 se aplicaron al afectado tratamientos nuevos, experimentales. [\(18\)](#) Incluso algunos médicos, profesores universitarios, consideraban que el desarrollo de la enfermedad era favorable. [\(19\)](#) A pesar de ello, la obra social correspondiente rechazó la solicitud de asumir los gastos de la terapia.

El Tribunal Constitucional Federal trató la cuestión de la negativa de asumir los costos como un acto de intromisión en la libertad de acción —Art. 2 I GG en combinación con el principio del Estado Social de Derecho, Art. 20 GG (P1)— y aplicó además el Art. 2 II GG. 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, II GG (derecho a la integridad física como derecho a la salud). [\(20\)](#) En su lugar, el Tribunal Constitucional Federal utiliza el artículo 2, II GG no directamente, [\(21\)](#) sino más bien como una pauta adicional.

1. Examen de idoneidad o adecuación técnica

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 empleado (M1), el Art. 135, inc. 1 SGB V, así como fue interpretado por el Tribunal Federal Social (BSG), contiene 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. [\(22\)](#)

Si el medio (M1) puede promover el fin estatal (P2), también constituye una cuestión de idoneidad (del examen de idoneidad externo). [\(23\)](#) 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. 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 externamente 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. [\(24\)](#) Si no se puede predicar la idoneidad del medio empleado respecto del fin estatal (P2), entonces no siempre existe la idoneidad externa [\(25\)](#) de una acción de cumplimiento individual, con lo que un medio puede serlo tal vez en general pero no en el caso concreto y particular. [\(26\)](#)

La idoneidad interna se relaciona con la pregunta acerca de si la ejecución de la decisión estatal, es decir, el reembolso (que es omitida por el estado y es atacada por la acción de amparo), promueve la finalidad de acciones positivas por parte del estado, indicada por el derecho fundamental a la salud. Esta promoción deberá ser necesaria, de lo contrario no existe menoscabo alguno del derecho fundamental de prestación positiva. [\(27\)](#) Por ello, alguien se podría preguntar por el sentido del examen de idoneidad interno en el marco del control de insuficiencia u omisión. [\(28\)](#) El examen es importante en tanto se tenga presente en el caso concreto la distinción entre la intensidad de interferencia, por un lado, y la intensidad de promoción/protección del derecho fundamental de prestación positiva, por el otro lado. El Tribunal Constitucional Federal parece referirse a un examen de idoneidad interno cuando afirma que la prohibición de insuficiencia es violada cuando 1) las medidas tomadas son enteramente inadecuadas o totalmente insuficientes para alcanzar el fin de protección iusfundamental ordenado, o están considerablemente lejos de alcanzar tal fin (acción positiva insuficiente) o 2) cuando el poder público no adoptó ninguna medida preventiva (omisión). [\(29\)](#)

Asimismo, en el control de insuficiencia también es importante la eficacia del medio para la promoción del derecho fundamental de prestación positiva (en este caso, derecho a la salud, P1). Por ello, 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: 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” ... [\(30\)](#)

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, el llamado examen de idoneidad externo; 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, el llamado examen de idoneidad interno).

Con ello interpreto 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 resultado en sí del examen. Si el medio promueve el fin estatal solamente en abstracto y en general, entonces probablemente continuará siendo idóneo aunque esto no quiera decir que haya aprobado el examen de proporcionalidad en general. 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/interferencia. [\(31\)](#)

Intensidad de promoción: ninguna, baja, mediana, alta, máxima

Intensidad de interferencia: ninguna, baja, mediana, alta, máxima

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 Federal Social (Bundessozialgericht, BSG) atacada no cumple con las exigencias tanto del Art. 2 inc. 1 GG en combinación con el principio del estado social, como del Art. 2 inc. 2 apartado 1 GG 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. Examen del medio alternativo más idóneo en comparación con el insuficiente

Se trata de una comparación medio-medio relativa al fin del derecho fundamental de prestación (P1) y del fin estatal colisionante (P2). La pregunta es si existen medios alternativos que promuevan en forma más eficaz y eficiente el derecho fundamental de prestación positiva que el medio escogido por el estado, y que al mismo tiempo limiten los fines colisionantes en igual (o en menor) medida. [\(32\)](#)

a) Los medios alternativos deberán promover la realización del derecho fundamental (P1) de mejor manera (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); este examen puede ser visto como un examen interno [\(33\)](#) de necesidad o examen del medio alternativo más idóneo en sentido estricto, ya que se realiza desde la perspectiva de los derechos fundamentales de prestación positiva. Sin embargo, los medios examinados

b) deberán además ser lo suficientemente idóneos [\(34\)](#) (precisamente en este punto deberá discutirse el grado de eficacia de los medios examinados en comparación asimismo con el seleccionado por el Estado), 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 los medios dados. Este examen puede ser visto como uno de necesidad externo o examen del medio menos lesivo, ya que se realiza desde la perspectiva de los fines estatales o los derechos fundamentales colisionantes.

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.

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

M1, es decir, el Art. 135 inc. 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 procedimiento idóneo para evaluar si el tratamiento tiene efectos de algún modo positivos para la salud del afectado en el caso concreto. Por ello no es mejor/superior en comparación con el medio alternativo (M2).

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 particular 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,
y 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 alternativos (35) convencionales (36) demuestra que el medio que mejor promueve el derecho a la salud es la evaluación de la terapia no-convencional; con lo que convierte a M2 en un medio necesario),

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

- c) una posibilidad no del todo remota de sanación o
d) de efectos sensiblemente positivos en el desarrollo de la enfermedad en casos individuales. (37)

M2 es en este sentido superior a M1, el grado de promoción de 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 del tratamiento cuyos gastos deben ser reintegrados. En este caso M2 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 de P2 puede considerarse “mediano”, toda vez que no desatiende 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 de M3.

2.3 La autoayuda como medio alternativo excluido

M3 constituye la alternativa de la autoayuda: La indicación de buscar financiación para el tratamiento fuera del ámbito de la obra social. M3 interviene a P2 con menor intensidad. Sin embargo, M3 es excluido desde un principio como medio superior. M3 no promueve P1, el derecho a la salud, (es decir, afecta gravemente a P1). Aquí entran en juego dos argumentos: un argumento orientado hacia el grado de tolerancia exigida y la prohibición de exigir lo insostenible (38) y un argumento sobre la pertenencia del titular del derecho fundamental a un grupo que el legislador ha querido proteger en particular. (39)

El primer argumento se basa sobre la acumulación de dos principios, el artículo 2, apartado 1 GG (libertad general de acción) y el principio del Estado Social de Derecho (art. 20 GG). Y en particular dice que sería insostenible, por un lado, exigirle a las personas —que bajo determinadas condiciones—, se deben afiliar al seguro obligatorio de salud y que por sus contribuciones pueden esperar estar cubiertos para el tratamiento necesario de su enfermedad; pero, por el otro lado, justo en la situación de grave enfermedad que amenaza su vida y para la cual no existe aun un tratamiento médico convencional, excluir la posibilidad de cobertura de una terapia alternativa y esperar que la asegurada busque en ese contexto de vulnerabilidad un financiamiento por fuera del seguro de salud obligatorio. Aún más cuando es el propio legislador quien supone —en el contexto de producción de este tipo de seguros— que los asegurados al seguro 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. (40) 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 auto-prevención 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. (41) Por todo ello M3 como autoayuda es un medio alternativo pero desde el vamos excluido en el contexto de un Estado que presenta un fuerte desarrollo social legislativo con base en la Constitución.

2.4. La doble comparación expresada en escalas

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

Intensidad de promoción: ninguna, baja, mediana, alta, máxima

Intensidad de interferencia: ninguna, baja, mediana, alta, máxima

La reconstrucción del examen del medio alternativo más idóneo lleva en este caso a una decisión. El rechazo al reintegro de los gastos viola el derecho fundamental del Art. 2 I, 2 II en combinación con el Art. 20 I GG. M2 es más idóneo que la acción insuficiente 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.

3. El examen de proporcionalidad en sentido estricto: ponderación comparada para la determinación de la medida de protección/prestación

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 fundamental de prestación), la importancia de la satisfacción del derecho fundamental de prestación mediante una acción positiva que sea más eficaz que la omisión, y, por otro lado, los motivos que fundamentan la denegación de la prestación. (42) Por lo que se requiere:

A) Con respecto al derecho fundamental de prestación, la determinación de:

a) el grado o intensidad del incumplimiento del derecho de prestación. En el ejemplo este es muy intenso y alto, para ello se pueden tener en cuenta varios argumentos 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 fundamental de prestación 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 y cuanto más pueda ser promovido a través de medios alternativos, tanto más importante se torna el derecho fundamental de prestación 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;

c) la importancia de la promoción del derecho fundamental de prestación en un plazo dentro del cual deba ocurrir su realización concreta (argumento de la urgencia); (43)

d) la determinación del peso abstracto del derecho fundamental. Esto vale en especial en los casos de tratamiento 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; (44)

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 auto-prevención 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”. (45)

B) La determinación de la importancia de la realización/cumplimiento del principio colisionante (P2) y

C) 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 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 GG”. (46) Esto significa: “Debido a ello se requerirá de una justificación especial ante el Art. 2 I GG 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”. (47)

En suma: El peso concreto de la negativa de cumplimiento de la prestación (P1) es muy alto, dado que a) al derecho de prestación le corresponde un peso abstracto considerable debido a su estrecha relación con el derecho fundamental 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, d) el afectado pertenece a un grupo que debe ser protegido incluso por mandato legislativo (exclusión del recurso a la auto-ayuda). La intensidad de interferencia sufrida por el fin estatal (P2) por parte de M2 no parece ser particularmente significativa, ya sea porque las cuestiones financieras no desempeñan un papel importante cuando se trata de vidas humanas, o 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 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).

4. ¿Ponderaciones comparativas adicionales?

Ahora bien, cuando el final del examen de proporcionalidad en sentido estricto arroja como resultado un medio necesario como en el ejemplo trabajado, no es necesario seguir ponderando; sin embargo, no ocurre otro tanto cuando el examen arroja varios medios alternativos. Entiendo que el problema de la prohibición de insuficiencia no radica en que luego del referido examen de proporcionalidad existan varios medios que puedan promover el derecho de prestación en forma suficiente y adecuada. Después de todo el problema no radica tanto en la alternatividad sino más bien en determinar la medida o grado suficiente de la prestación. En cambio en la prohibición de exceso (o desmesura), si una acción no es proporcional, se ordena un dejar de hacer (no hacer nada). La obligación se entiende por cumplida en tanto no se interfiera en algo ya existente. (48)

El cumplimiento de la prohibición de insuficiencia tiene así dos momentos. En primer lugar la modificación de la acción insuficiente o errónea, en segundo lugar la realización de una acción suficiente. ¿Qué argumentación deberá considerarse aquí para la determinación de la medida o grado suficiente? Deberán tenerse en cuenta ponderaciones comparativas fácticas (examen del mejor medio) y normativas (en el marco de la proporcionalidad en sentido estricto). La medida suficiente ordenada es la medida de promoción/satisfacción del derecho de prestación en el cual es posible una satisfacción adicional (mayor o mejor), a pesar de que el principio colisionante sea interferido en grado mayor (por el medio alternativo), pero este déficit pueda ser justificado por la importancia y el peso del derecho de prestación en el caso individual concreto.

Esto no excluye un margen de selección en tanto se cumpla con el derecho fundamental en grado suficiente. Se trata entonces de un mandato definitivo con un contenido alternativo pero a la vez suficiente (medio suficiente).

III. Conclusión

La tesis de la alternatividad destaca la distinción de un examen de idoneidad y de un examen del mejor medio tanto internos como externos. Conforme a ello es importante la determinación de la interferencia e intensidad de promoción/satisfacción del derecho de prestación.

Se deberá continuar con el desarrollo de la prohibición de insuficiencia en relación a dos mandatos: a) un mandato definitivo con un contenido determinado indiscutible (medio necesario) y b) un mandato definitivo con un contenido alternativo pero a la vez suficiente (medio suficiente).

Las ponderaciones sobre la necesidad (o medios alternativos) se tornan importantes en el examen del mejor medio y en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, dado que a partir de la determinación de la intensidad de interferencia del derecho de prestación no se puede inferir en forma directa el grado suficiente de promoción/satisfacción de la prestación.

La prohibición de insuficiencia en relación a los derechos de prestación —más allá de los derechos de protección como contrapartida de los derechos de defensa— requiere de mayores desarrollos teóricos y dogmáticos que tengan en cuenta mandatos de consideración que típicamente aparecen para avalar el peso de un principio, por ejemplo, del derecho a la salud en su función de derecho de prestación positiva: Las consideraciones sobre a) la urgencia de la prestación, b) la exclusión del recurso a la auto-ayuda por pertenencia a un determinado grupo que requiere de protección especial por parte de la constitución o la ley, o c) sobre la prohibición de exigencia de lo insoportable.

(*) Este artículo es una ampliación del publicado en alemán como CLERICO, L., *Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts*, en Clérico/Sieckmann, *Grundrechte, Diskurs*. Baden-Baden, Alemania: Nomos. 2009. La traducción fue realizada por Ingrid van Muylen, revisada y ampliada por L. Clérico. Agradezco la lectura crítica de este artículo a Martín Aldao y Liliana Ronconi.

(1) Para una comparación de ambos mandatos, v. CLERICO, L. *Verhältnismäßigkeit und Untermaßverbot*, en: Sieckmann (Hrsg.): *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*. Baden-Baden, 2007, pp. 151-178 [CLERICO, L., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. en: CARBONELL, M., (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008 <http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec>].

(2) BVerfGE 88, 203 (254); 88, 338 (340); y v. otras aplicaciones aunque sin el desarrollo alcanzado en la sentencia sobre Interrupción del embarazo II, en: BVerfGE, decisión 27.4.95, NJW 1995, p. 2343 – grado límite de alcohol; BVerfGE, Decisión del 29.11.1995, EUGRZ 1996, 120 - “ley sobre ozono”; BVerfGE, decisión del 17.02.1997, NJW 1997, 2509 - “Elektromog”; BVerfGE, decisión del 28.02.2002, NVwZ 2002, 1103 - “Emisiones de ondas para funcionamiento de los celulares móviles”; BVerfGE 96, 409 (412); y en los votos en disidencia en: BVerfGE 98, 265 (355); BVerfG, decisión del 10/2/ 2004 - 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02]; BVerfG, 1 BvR 3262/07 del 30.7.2008, párr. Nr. (1 - 194)].

(3) Por ejemplo, v. BVerfGE 53, 30 (57) sobre una acción de amparo contra una parte del procedimiento de autorización de la central nuclear Mulheim-Kärlich construida en la vecindad del domicilio de la actora; BVerfGE 56, 54 (73) sobre ruidos molestos provenientes del aeropuerto de Düsseldorf-Lohausen; además, BVerfGE 72, 66 - “aeropuerto de Salzburg”; v. BVerfGE 79, 174 (201) sobre “ruidos molestos por el tránsito de automóviles”; BVerfGE 77, 170 (215, 238) sobre el depósito de armas químicas en los destacamentos de las

fuerzas de los EE.UU. de Norteamérica estacionadas en el territorio de la República Federal Alemana.

(4) BVerfG, 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25).

(5) V. HAIN, K., *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?*, DVBL. 1993, 982; Dietlein, J., *Das Untermaßverbot*, Zeitschrift für Gesetzgebung, (1994), pp. 130/141; Hain, *Das Untermaßverbot in der Kontroverse*, ZG 1996, pp. 75-84; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2003, pp. 798-803; Tzemos, V., *Das Untermaßverbot*, Frankfurt am Main, 2004, pp. 74-87; Rassow, R., *Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes*, ZG 2005, pp. 262-280.

(6) Es posible pensar en una tercera constelación de afectación de derechos de prestación positiva cuando se produce por una interrupción de la prestación debida que implica una suerte de regresión. A primera vista en el supuesto de regresión el problema no radica en una omisión estatal a secas sino en una acción estatal que implica dejar de hacer algo. Por lo general, la regresión viene anunciada por varias acciones estatales (leyes, decretos, resoluciones) que implican modificaciones o derogaciones de normas que garantizaban determinados niveles de realización de los derechos. La regresión parece acontecer sobre posiciones de derechos fundamentales ganadas. Así la pregunta es si la acción de regresión —supresión de posiciones de derechos fundamentales garantizadas a través de normas— está justificada o no a la luz de los derechos fundamentales de rango constitucional. Para el afectado, esta regresión se traduce como una pregunta acerca de si este accionar estatal no restringe su derecho en exceso. En este sentido el derecho social cumple una función de derecho de no-intervención, se comporta formalmente como un derecho de defensa. Por ello, en este supuesto, hay que someter a esta acción interruptiva (supuesto de regresión absoluta, sin otras acciones que impliquen reemplazo de la prestación) a un examen de proporcionalidad por acción excesiva. S. la prohibición de regresión arbitraria, v., entre otros, v. ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, p. 436; Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1995, pp. 86-87, § 6 II; ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2002, pp. 96-116; los trabajos publicados en: COURTIS, C., *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, 2006; en especial, PARRA VERA, O., *El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad*, pp. 53-79; ARANGO, R., *La prohibición de retroceso en Colombia*, pp. 153-172; GONZALEZ, H., *El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina*, pp. 193-254; SEPULVEDA M., *La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”*, pp. 117-150; SUAREZ FRANCO, A. M., *Los límites constitucionales a las medidas regresivas de carácter social en Alemania: una aproximación al análisis doctrinal*, pp. 361-386; CLERICO, L. *Verhältnismäßigkeit und Untermaßverbot*, op. cit. [hay traducción al castellano, en: CLERICO, L., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión*, op. cit.].

(7) ALEXY, R., *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*, en: Sieckmann (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden 2007, pp. 105-121 [ALEXY, R., *Sobre los derechos constitucionales a protección*, en: R. GARCIA MANRIQUE (comp.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid 2007, pp. 45-84].

(8) V. BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden, 2ª ed., 2007, pp. 312/313.

(9) 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 (v. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Sociología Jurídica Crítica*, Trotta/ILSA, Madrid/Bogotá, 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” (CLERICO, L., *Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural. La Corte y los Derechos 2005/2007*. Buenos Aires: XXI Siglo veintiuno ed. 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 caso “Sureda” sobre relamo 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 aun no se pronunció sobre el fondo de la cuestión ordenó a la Cámara que vuelva a dictar sentencia examinando la idoneidad del tratamiento ofrecido por la obra social para el caso del paciente reclamante, CSJN, 26/03/2009. Otro tanto podría ser predicado del caso “Maldonado” trabajado en la nota Nro. 15 de este trabajo. Esta jurisprudencia aislada de la Corte podría convertirse en una tendencia, si los reclamos presentados en instancias judiciales inferiores llegan y son resueltos por la Corte, en especial, nos referimos a los relacionados con la cobertura de tratamiento de fecundación asistida por las obras sociales y prepagas. V. análisis de la argumentación en los casos sobre fecundación asistida en RONCONI, L. *¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida? Un análisis a la luz del principio de proporcionalidad*, en: *Estudios sobre la ponderación*, Ed. del Externado, Bogotá, 2011.

(10) ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, cap. 9.

(11) ALEXY, R., *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*, op. cit.

(12) Sobre la distinción entre “medio necesario”, “medio suficiente” y “medio útil”, v. HENSCHKE, M., *Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik. Eine Untersuchung am Beispiel des Arbeitskämpfrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 56, 86-94.

(13) V. esta argumentación en el caso “Cabrera, Javier M. c. Galeno Argentina S.A.”, analizado en la nota al pie de este trabajo Nro. 35.

(14) 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 (Untermaßverbot) como su par, la prohibición de exceso (Übermaßverbot), 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.

(15) 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, La Ley Online]. En el caso la obra social (del personal de la Policía Federal argentina) a la que estaba afiliada la familia Maldonado debía seguir costeadando el tratamiento de su hija. La niña sufría la enfermedad de Werdnig-Hoffman, que ocasiona una atrofia muscular espinal incurable y sólo 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 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 la 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).

(16) BVerfG, Decisión del 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25).

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

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

(19) 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.

(20) 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, v. HERMANN PLAGEMANN, KERSTIN RADTKE-SCHWENZER, “Grundrecht auf Gesundheit. Der Nikolaus-Beschluss des BVerfG und seine Folgen”, ZAP Fach 18, pp. 1067-1080; THILO RAMM, “Sozialstaatsprinzip und Recht auf Gesundheit - Deutsches Gesundheitsrecht am Scheideweg?”, VSSR 2008, 203-219; Udo Steiner, *Das Bundesverfassungsgericht und die Gesundheit der Deutschen*, en: *Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs 2008*, Springer, Berlin, pp. 129-145.

(21) Cfr., por el contrario, BVerfG NJW 1998, 1775.

(22) El método aplicado al tratamiento no cumpliría con estos requisitos, porque a) el método de tratamiento solicitado no se correspondería con el estado generalmente reconocido de la investigación médica, y b) no habría ninguna experiencia que lo identifique como método eficaz.

(23) V. BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, 2ª edición, pp. 198, 199.

(24) El Tribunal Constitucional Federal entiende que no debe renunciarse para la resolución del caso, si el cumplimiento de la función, prevista por § 135 SGB V método de la decisión por el Comité federal conjunto, cumple con las exigencias constitucionales. BVerfG, Decisión del 6.12.2005; cfr. BVerfG, NJW 2004, 3100 [3101].

(25) A diferencia de las constelaciones en las que colisionan por lo menos tres principios, no se puede asumir que la idoneidad externa esté casi siempre presente. Cfr. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, op.

cit., p. 199.

(26) Distingo entre examen de idoneidad en general y en particular en: CLERICO, L. *Verhältnismäßigkeit und Untermaßverbot*, op. cit. [CLERICO, L., *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*, op. cit.].

(27) Esto puede ser reconstruido como pregunta previa del examen de proporcionalidad, es decir, en el nivel (o en la etapa) del examen de la intervención, tratándose allí de si la omisión (o la acción insuficiente) menoscaba el derecho fundamental a acción estatal o prestación positiva y de si la ejecución de la acción omitida afecta positivamente su realización.

(28) Cfr. CALLIESS, C., *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, JZ 2006, pp. 321-330; CREMER, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht*, DÖV 2008, p. 107.

(29) Cfr. BVerfGE 77, 170 (214 f.); 88, 203 (251 ff., 254 f); 92, 26 (46).

(30) BVerfGE 88, 203 (254, 257, 265, 262).

(31) Por ejemplo, M es idóneo; pero más aun 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 agrega los pares abstracto/concreto y parcial/completo. Esa precisión puede ser aun mayor si se incluyen los aspectos cuantitativos, cualitativos y epistémicos; v. CLERICO, L., *Die Struktur*, op. cit., p. 36 ff, 78-85, 340.

(32) Aquí pueden ser considerados todos los medios alternativos posibles, por ejemplo, los alegados por el afectado, los que surjan de las discusiones en las diferentes arenas políticas, en el ámbito de discusiones científicas, de expertos, entre otros. V. CLERICO, L. *Die Struktur*, S. 78, 342. Cfr. CREMER, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht*, DÖV 2008, p. 107, y BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, op. cit.

(33) Cfr. BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, op. cit., pp. 198, 200, para quien en el examen de idoneidad se trataría del lado interno pero, en cambio, en el de necesidad o medios alternativos, del lado externo.

(34) Se espera que el interesado explique 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, el Estado tiene la carga de la discusión, él debería explicar por qué su comportamiento es suficiente. V. Callies, C., JZ 2006 (329), quien sostiene que de esta manera, se estaría también investigando en su eficacia la estrategia de protección del Estado y así si resultara la falta de eficacia se consideraría ésta como una violación a la prohibición de insuficiencia.

(35) 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 se resuelve en un contexto de litigio de una sociedad semiperiférica. V. “Cabrera, Javier M. v. Galeno Argentina S.A.”, resuelto por el Juzgado Civil y Comercial de Rosario (Argentina), en el expediente N° 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 éste de raigambre constitucional”.

(36) 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 a la luz del diagnóstico del afectado, v. BSG, Decisión del 04.04.2006 - B 1 KR 7/05 R - “Tomudex” - y Decisión del 04.04.2006 - B 1 KR 12/05 R - “Permanent Seeds”.

(37) BVerfGE, Decisión del 6.12.2005. Analizan los efectos de esta sentencia por la catarata 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* (Decisión del 06.12.2005, Az.: 1 BvR 347/98), en: <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ifs/Nikolaus.html>.

(38) BVerfGE, Decisión del 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25). V. sobre la prohibición de exigir lo insoportable en general en el marco de un examen de proporcionalidad, v. CLERICO, L., *Die Struktur*, op. cit. pp. 223-246 [CLERICO, L., *El examen de proporcionalidad*, op. cit., pp. 171-185]; y trabajado para la evaluación constitucional de normas de derecho penal, v. BEADE, G., *Seguridad y ponderación. Análisis de un relación problemática*, en trámite de publicación, en: *Estudios sobre la ponderación*, Ed. del Externado, Bogotá, 2011.

(39) BVerfGE, Decisión del 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25); cfr. BVerfGE 103, 172 (185); 102, 68 (89);

103, 172 (185).

(40) BVerfGE, Decisión del 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25).

(41) BVerfGE, Decisión del 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25), cfr. BVerfGE 102, 68 (89); 103, 172 (185).

(42) 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. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla (llamada en este trabajo regla-resultado de la ponderación), según la siguiente fórmula: “Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 79-83 [ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción Carlos Bernal Pulido CEPC, 2da. Edición, Madrid 2007]. Como no se encontró una regla resultado de la ponderación por ello se pasó al tercer paso que está conformado por la ponderación entre los principios colisionantes. En este contexto, no resulta plausible para el tribunal la solución a través de una suerte de preferencia absoluta de uno de los dos principios. Un principio puede ganar en peso en determinada circunstancia frente a otro. Sin embargo, un cambio de las circunstancias puede implicar otra relación de prioridad condicionada. El peso del principio depende también aunque no exclusivamente de las circunstancias del caso (lado concreto de la ponderación). En este sentido, se interpreta que la máxima de la proporcionalidad ... (obliga) a una ponderación de todas las circunstancias del caso individual. Así, se excluye la aceptación de un orden de derechos definitivo, cerrado y a priori. Sin embargo, tampoco se presenta como una ponderación totalmente libre que implique que en algunos casos “la balanza se inclinará hacia el derecho a la salud y en otros a la salvaguarda del interés estatal en juego. Desde el vamos la ponderación del Tribunal en el caso estaba fuertemente orientada por reglas que determinaron la intensidad de la restricción y 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 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 el 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 la reconstrucción del resultado de la ponderación como una regla. V. CLERICO, L., *Die Struktur*, op. cit. [Clérico, L., *El examen de proporcionalidad*, op. cit].

(43) V. ARANGO, R., *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001, pp. 226, 227, 238, 239; ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, p. 466, BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, 1ª ed., Nomos, Baden-Baden, pp. 121, 172, 277, 280, 304-305, 314.

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

(45) BVerfGE, Decisión del 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25), cfr. BVerfGE 102, 68 (89); 103, 172 (185).

(46) BVerfGE, Decisión del 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25).

(47) BVerfGE, Decisión del 6.12.2005 (BVerfGE 115, 25).

(48) ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, p. 466 ss.