

Universidad Siglo 21



Trabajo final de graduación

Carrera: Abogacía

“EL DERECHO A LA SALUD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD, COMO UN
DERECHO HUMANO. UN ANÁLISIS DEL DECRETO 432/97 PARA LA BAJA DE
PENSIONES Y PRESTACIONES DE SALUD”

Autora: Sosa, María Celeste

Dni: 31.218.085

Matricula: ABG04306.

Tutor: Chiavassa, German

Ciudad de Córdoba, Julio, 2019

RESUMEN

En el presente Trabajo de Graduación Final se pretende distinguir si en relación al goce y acceso al derecho a la salud, un acto de naturaleza administrativo como decreto 432/97 (para el otorgamiento de pensiones, a la vejez y por invalidez) violaría un derecho de índole constitucional (en este caso, el derecho a la salud plasmado en el Art. 42 y Art 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional) Cabe cuestionar si al dar de baja dichas pensiones bajo el decreto mencionado se deja a los afectados sin acceso a la salud, debido a que uno de los beneficios de la pensión es la cobertura de obra social.

La relevancia jurídica de lo que se va a analizar servirá para determinar la primacía constitucional entre el decreto aplicado y el derecho a la salud. Para ello se va a cotejar el alcance de cada uno y como están regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

La relevancia social que presenta este tema permitirá la ubicación con respecto del derecho a la salud en el ordenamiento constitucional argentino, como así también en diferentes tratados internacionales.

ABSTRACT.

In the present Final Graduation Work. It is a relationship between the rights to health; an act of an administrative nature such as decree 432/97 (for the granting of pensions, old age and disability) would violate a constitutional right (in this case, the right to the health embodied in article 42 and article 75 inc 22 of our National Constitution). That one of the benefits of the pension is the coverage of the social work.

The legal importance of what is going to be analyzed to determine the constitutional primacy between the decree applied and the right to health. For this, a set of applications is included in our legal system.

The social importance of this issue is related to the right to health in the Argentine constitutional order.

Palabras clave: Derecho a la salud, derechos humanos, discapacidad, decreto, dnu.

INDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	5
Capítulos 1: Los Decretos de Necesidad y Urgencia	9
1. Introducción al Capítulo 1	9
1.1 Decretos de necesidad y urgencia, nacimiento de la institución, su incorporación al ordenamiento jurídico.	9
1.2. Decreto de necesidad y urgencia conceptos y caracteres	11
1.3 Órganos facultados para el dictado del DNU.	15
1.4 DNU Jerarquía Constitucional en el ordenamiento jurídico argentino	15
1.5 Requisitos procesales del DNU para su aplicación	17
1.6 Conclusiones parciales.	18
Capítulo 2: Derechos Humanos. El que derecho a la salud como un Derecho Humano.	20
2 .1 Introducción al Capítulo 2	20
2.2 Breve historia de los Derechos Humanos	20
2.3. Descripción de los DDHH. Concepto, caracteres	22
2.4 Los DD.HH en la Argentina y su rango constitucional	26
2.5 Derecho a la salud, conceptos, caracteres, y su relación con los DD. HH	28
2.6 Conclusiones parciales	31
Capítulo 3. Discapacidad	33
3. Introducción al Capítulo 3	33
3.1. Breve análisis sobre los derechos de las personas con discapacidad.	33
3.2 Concepto de Discapacidad	37
3.3 La responsabilidad del Estado, garantías para las personas con discapacidad.	39

3.4. El derecho a la salud de la persona con discapacidad, discapacidad y DDHH.	42
3.5 Conclusiones parciales.	45
Capítulo 4. Análisis del Decreto 432/97. El derecho a la salud de las personas con Discapacidad como un Derecho Humano	47
4.1. Introducción al Capítulo 4.....	47
4.2 Análisis del fallo REDI c. EN-M Desarrollo Social s/ amparos y sumarísimos JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 8 ASOCIACIÓN REDI c/ EN- M DESARROLLO SOCIAL s/AMPAROS Y SUMARISIMOS 39031/2017. El Derecho a la Salud como un Derecho Humano	49
4.3. Conclusiones parciales.....	54
4.4. Conclusiones Finales.	¡Error! Marcador no definido.
BIBLIOGRAFÍA.....	57
DOCTRINA	57
ARTÍCULOS DE DOCTRINA	58
ARTÍCULOS DE DOCTRINA RECUPERADOS DE PÁGINAS WEB	58
LEGISLACIÓN	60
JURISPRUDENCIA	61

INTRODUCCIÓN GENERAL

En el presente Trabajo Final de Graduación se analizará, la implicancia de los decretos de necesidad y urgencia y su aplicación respecto a la quita de pensiones a las personas con discapacidad la cual, conlleva, a la suspensión directa del acceso a la salud.

Esta temática sumamente sensible por el tema que aborda y las personas a quienes alcanza plantea como objetivo general la determinación respecto a si es inconstitucional -en relación al derecho a la salud- la aplicación del decreto 432/97 (para el otorgamiento de pensiones, a la vejez y por invalidez), que habilita a dar de baja a las pensiones de las personas con discapacidad. Dentro de los objetivos específicos analizaremos ítems como: describir los alcances de un decreto; analizar el decreto 432/97; detallar los alcances del derecho a la salud; observar los diferentes tratados internacionales con jerarquía constitucional en relación al derecho a la salud, analizar la protección de la persona con discapacidad en la constitución Argentina y en los tratados internacionales.

Se planteara como problema de investigacion del presente trabajo el siguiente cuestionamiento: ¿ Es constitucional la aplicación del decreto 432/97 para la suspencion y quita de pensiones, a la vejez y por invalidez?

Como hipótesis de trabajo se planteara la incostitucionalidad del decreto 432/97, ya que su aplicación no respeta el artículo 42 de la Constitución Nacional, el articulo 75 en su inciso 22 que incluye diferentes tratados internacionales, añadidos en el bloque de constitucionalidad federal.

Dicho decreto cuya vigencia data del el 15 de mayo de 1997 comenzó a aplicarse con intervalos de forma intermitente hasta el año 2003 aproximadamente pero, recientemente se volvió a implementar en el año 2017. Cabe destacar que el decreto de referencia nunca fue derogado desde el año 2017 hasta la fecha. Esta normativa fue puesta en vigencia en el año 1997 ya presenta antecedentes donde se remarca la en inconstitucional sobre todo respecto a su artículo 1.

Teniendo presente la especial necesidad del resguardo de este sector vulnerable en el año 2014 el Congreso de la Nación ratificó su adhesión a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, la cual goza de jerarquía constitucional en los términos del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. La Convención Internacional de las Personas con Discapacidad compromete a los Estados parte a garantizar el derecho a la salud, el mismo que también ampara la Declaración Universal de Derechos Humanos que posee la misma jerarquía.

Para corroborar lo expresado ut supra expresado en el siguiente trabajo se abordarán los siguientes interrogantes:

- ¿Qué es discapacidad en términos jurídicos?
- ¿Cómo está contemplada la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico argentino?
- ¿Qué lugar ocupa la salud en la legislación Nacional?
- ¿Cómo está protegida la salud de una persona con discapacidad en los Tratados Internacionales a los cuales la legislación Argentina está adherida?
- ¿Qué dice la Declaración Universal de Derechos Humanos acerca del derecho a la salud?
- ¿Cuál sería la postura doctrinaria a con respecto al derecho a la salud?

En el marco metodológico el estudio que se adapta al objetivo del presente trabajo es del tipo descriptivo explicativa el cual se empleará. Por intermedio del mismo se repara en que se debe realizar una descripción detallada del impacto que sufre un derecho fundamental -como es el de la salud- cuando se aplica una norma inferior para suprimirlo, provocando una inconstitucionalidad manifiesta. Se opta por este tipo de investigación intentando determinar la magnitud de cómo la aplicación del decreto 432/97 en la privación del Derecho a la salud.

Respecto a la estrategia metodológica se ha optado por el enfoque cualitativo ya que se considera una herramienta fundamental para el tipo de problema planteado en la investigación. Se busca descubrir y analizar por medio de una comprensión analítica de los rangos planteados en la Constitución Nacional el derecho a la salud de la persona con discapacidad y las normas que lo regulan.

Ya habiendo planteado al amable lector respecto a la forma con la cual desarrollaremos la investigación, podremos invitarlo a recorrer el Capítulo 1 donde se hablará sobre la figura de los Decretos de Necesidad y Urgencia su nacimiento, su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico vigente, su tratamiento procesal para su aplicación debido a que, el análisis de este instituto es esencial en el desarrollo del presente trabajo final de graduación porque, fue a través de la utilización de esta herramienta como fuente normativa la cual, tuvo efecto directo en la quita de pensiones que afectó a que aquellas personas físicas que venían gozando de este beneficio, las cuales ven coartado el acceso a su derecho a la salud. En el Capítulo 2 hablaremos de los Derechos Humanos y el derecho a la salud como un Derecho Humano, para poder entender el contenido de dichas palabras comenzaremos a hablar de la historia de los Derechos Humanos, sus características, descripción y caracteres, cotejaremos entre la ponderación de un decreto de necesidad y urgencia frente a los Derechos Humanos en nuestro ordenamiento jurídico; una vez adquirido un conocimiento acabado de la temática, se podrá comprender que, el derecho a la salud, es un Derecho Humano. Durante el Capítulo

3 se abordará el estudio del concepto de Discapacidad, iniciaremos con un breve análisis del derecho de las personas con discapacidad, cuál es la responsabilidad del estado, las garantías a las mismas, se intentará profundizar sobre la importancia del derecho a la salud y concluiremos este capítulo hablando del derecho a la salud en la persona con discapacidad como un Derecho Humano. Finalmente luego de haber desarrollado, comprendido y estudiado los capítulos precedentes podremos abordar con las herramientas suficientes que permitirán arribar a la conclusión de este trabajo final de graduación en el estudio del Capítulo 4 en el cual analizaremos la problemática de la baja de la pensión con discapacidad a través del Decreto 432/97.

Capítulos 1: Los Decretos de Necesidad y Urgencia

1. Introducción al Capítulo 1

Este primer capítulo fue elegido para desarrollar de forma amigable una introducción al lector para que, pueda, en este trabajo final de graduación, lograr un mayor entendimiento al tomar conocimiento de uno de los ejes claves en torno al cual gira el temática de investigación como es en esta problemática jurídica que nos compete, los Decreto de Necesidad y Urgencia; abarcando en este capítulo cuál es su aplicabilidad jurídica, su jerarquía a nivel constitucional, cuál fue su nacimiento a nivel legislativo y su historia.

1.1 Decretos de necesidad y urgencia, nacimiento de la institución, su incorporación al ordenamiento jurídico.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) tienen nacimiento en la Constitución Nacional en el año 1994 a través de la última reforma constitucional; esta modificación tuvo importantes cambios, fue un punto de inflexión ya que modificó parte de la estructura institucional e incorporó nuevos derechos; dentro de ellos, se otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre los Derechos Humanos (análisis que se realizará en el capítulo 2 del presente trabajo).

Con anterioridad a la reforma de 1994 los decretos no tenían autorizada una normativa para poder ser introducido en nuestra legislación generando un conflicto de legitimidad como también afirma Gelli (2008) previo a la reforma constitucional el instituto de los DNU se utilizaban sin existir una norma que lo avalara y le diera legitimidad. Debido a ello se generaban serios problemas constitucionales principalmente los ligados a la legitimidad de la práctica. Dada la cotidianeidad con la que el presidente implementa los DNU para solucionar

crisis políticas y sociales y disputas con el Congreso, se comenzó a mirar con perspectiva crítica su uso reiterado y la falencia en los controles ante posibles abusos.

No por estar incorporados en la Constitución Nacional Argentina los mismos pasan a ser una normativa justa y razonable para lo que inicialmente se tuvo presente en el espíritu legislativo al incorporarlos ya que, los mismos deben respetar nuestra Carta Magna como lo asevera Midon (2001) quien se pronuncia con palabras de desaprucho ante esta figura.

Los DNU emergen con mayor fuerza en nuestra historia constitucional, posterior a la los tres gobiernos democráticos de 1983 y luego de su incorporación en la reforma de 1994, este instituto, es empleado por su rapidez y celeridad y está siendo cada vez más utilizado por el poder Ejecutivo como una herramienta para su uso abusivo, olvidando su principal carácter de excepcionalidad.

Al respecto se advierte que en estos últimos 18 años, se constata al menos en la Argentina, y sin ninguna excepción, que son la consecuencia de la pésima realidad política partidista típica de nuestra singular y por demás retrasada democracia Midon (2001).

A continuación pondremos de manifiesto lo que reza el artículo que habilita la creación de los DNU (Constitución de la Nación Argentina, 1994, Art. 99 inc.3) El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo

general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

1.2. Decreto de necesidad y urgencia conceptos y caracteres

A continuación vamos a hacer una breve reseña con diferentes conceptos que brindan los autores:

Respecto a los DNU Aquino Brito (2000) afirma:

“Los decretos así dictados, pues, reemplazan a las leyes en determinadas circunstancias, y se ven justificados para enfrentar situaciones excepcionales en la que, por razones de tiempo, es preciso sortear los trámites habituales que requiere la sanción de una ley”
(Lewis, 2009, p.1)

Algunos autores destacan que el Poder Ejecutivo al dictar un DNU no tan solo reglamenta sino que legisla,

Según Sagües, afirma que “En ciertas ocasiones el Poder Ejecutivo toma decisiones que la Constitución le confía al Congreso (...)” “En los casos de los decretos delegados, el Poder Ejecutivo legisla, y no meramente reglamenta” Sagües (2001, p.601)

Después de analizar lo anteriormente expuesto, podemos llegar a la conclusión respecto a los DNU aseverando que son los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, son actos de

alcance general y de carácter excepcional, en los mismos no intercede ni media autorización legislativa para su sanción, con la última reforma de la Constitucional fueron introducidos en la misma y tienen fuerza de ley, solo pueden ser sancionados por el Ejecutivo.

Siguiendo con el análisis de los DNU podemos distinguir como carácter fundamental el principio de excepcionalidad, como reza el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional:

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros¹.

Según Lewis (2009) el carácter excepcional, como es sabido, el principio de separación de funciones exige que cada uno de los departamentos sea independiente y soberano en su esfera, y que las competencias atribuidas a un órgano no puedan ser delegadas por éste a ninguno de los otros dos órganos restantes, de lo contrario este principio quedaría en la práctica vaciado de contenido

También siguiendo el autor citado en el párrafo anterior se puede vislumbrar el principio de separación ya que el carácter excepcional exige que cada uno de los departamentos sea independiente y soberano en su esfera (principio de separación) como así también que las competencias atribuidas a un órgano no puedan ser delegadas por éste o asumidas por cualquiera de los otros dos órganos restantes, ya que de lo contrario este principio quedaría en la práctica vaciado de contenido esto según indica el autor

Así también Sabsay (2016) se pronuncia sobre la excepcionalidad, “En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, la primera gran exigencia para su concreción se funda

¹ Constitución de la Nación Argentina 1994. Art 99. Inciso 3.

precisamente en situación excepcionalísima de emergencia dentro de la cual esta deben estar enmarcados”

Bidart Campos (1995) afirma que:

El texto nuevo es en esto muy claro y elocuente; a la mención de excepcionalidad agrega palabras que no soportan tergiversaciones oportunistas; así, cuando dice que las circunstancias excepcionales hacen imposible el seguimiento del procedimiento legislativo, hemos de entender que esta imposibilidad no alcanza a alojar una mera inconveniencia, ni habilita a elegir discrecionalmente, por un puro criterio coyuntural y oportunista, entre la sanción de una ley y la emanación más rápida de un decreto.’

(Sabsay, 2016, p. 577).

Al respecto sostiene una mirada crítica “Habitualmente se han dictado invocando la excepcionalidad de la medida adoptada y su impostergabilidad, y a menudo (pero no siempre) se ha reconocido en ellos que se apropian de competencias del Congreso” (Sagües, 2001, p 609).

Otro de sus caracteres es la urgencia habitualmente se tratan en forma conjunta pero podemos hacer una observación respecto a lo que se presume como urgente, ya que con esto se refiere a que el marco en el que se dicte dicho decreto debe ser de un tratamiento expeditivo tanto así que dicha normativa no pueda seguir su normal naturaleza a través del nacimiento por vía legislativa.

En más de una oportunidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reafirma que los DNU no pueden ser un instrumento que se utilice para eludir el tratamiento legislativo imperante en el estado de derecho. En el fallo “Consumidores Argentinos c/EN - PEN- La Asociación “Consumidores Argentinos” -para la defensa, educación e información del consumidor en el cual se inicia una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, con la finalidad de que se declare la inconstitucionalidad del DNU 558/2002 , por entender que esta normativa modifica sustancialmente la ley de entidades de seguros.

Tanto el juez de primera instancia como la Alzada, hacen lugar a la demanda, alegando que no es suficiente la situación de emergencia para habilitar el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, sino que además se exige que exista una excepcionalidad que haga impida llevar a cabo el trámite legislativo. El último requisito no estaba presente en la causa, debido a que el Congreso estaba en tiempo de sesiones ordinarias. La Cámara señaló que la norma era de regulación permanente y modifica leyes, lo que representa un apartamiento de la Carta Magna. Contra esta resolución, el demandado interpuso recurso extraordinario. Así mismo, la Corte Suprema en conformidad con el texto constitucional, utilizando sólidos argumentos, confirma la sentencia cuestionada.

Fortaleciendo la doctrina a favor del control judicial, el Máximo Tribunal determinó que el decreto cuestionado resultaba inválido por no cumplimentar los requisitos fácticos que exige la Ley Fundamental, por lo que resolvió re confirmar la sentencia apelada (...).

Analizando lo anteriormente expuesto podemos afirmar que para el nacimiento de un DNU su primer gran requisito es su carácter de excepcionalidad y emergencia, también los mismos cuentan con limitaciones a la hora de ser dictados, ya que no pueden tratar temas electorales o de régimen partidario políticos, ni de materia penales tributaria; esta prohibición tiene como objetivo proteger el principio de legitimidad, ya que estos temas se encuentran garantizados en la Constitución.

Compartimos lo expuesto por Gelli (2008) cuando nos instruye indicando que:

La Constitución veda su dictado en cuatro materias: penal, tributaria, electoral y sobre partidos políticos. La prohibición de dictar decretos de necesidad y urgencia de sustancia penal o tributaria tuvo como objetivo reforzar el principio de legalidad que en esos temas ya estaba asegurado en la Constitución (Gelli p. 366-357).

1.3 Órganos facultados para el dictado del DNU.

El órgano facultado para el dictado de DNU es el Poder Ejecutivo este dirime sobre materias propias del Congreso como es la legislativa, sin autorización ni delegación de este, promovidos por razones de gravedad o urgencia.

A diferencia del tradicional dictado de las leyes emanadas por los órganos competentes habilitados a tal fin, según Sagües (2001) “Son dictados por el Poder Ejecutivo sobre temas que la Constitución reserva al Congreso (por eso se llaman también decretos leyes), sin previa autorización o delegación de este”. (p. 608).

Por su parte Gelli (2008) señala “La decisión debe tomarse por el presidente de la Nación en acuerdo general de ministros, incluido en esa reunión el Jefe de Gabinete” (p. 367).

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”²

1.4 DNU Jerarquía Constitucional en el ordenamiento jurídico argentino

A nivel Constitucional los DNU están equiparados a las leyes nacionales, es decir, su jerarquía se ubica por encima de las leyes provinciales pero por debajo de la Constitución Nacional, no nos olvidemos que la misma incluye los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados en la constitución nacional de 1994 a través del artículo 75 inciso 22

² Constitución de la Nación Argentina, 1994, Art. 99 inc.3

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 fue incorporada, al ordenamiento jurídico argentino a través de la Ley 26.378 aprobada en el mes de mayo de 2008 que analizaremos en profundidad en el capítulo 4 del presente trabajo final de graduación.

En el fallo de Corte Suprema de Justicia de la Nación “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional” se pronuncia en el precedente en tal sentido al indicar que forzosamente requieren la intervención del Poder Legislativo, a fin de otorgarles la legitimidad necesaria. El hecho de que el Congreso haya asumido sus facultades de contralor, “(...) no descarta sino refuerza el necesario control de constitucionalidad inherente al Poder Judicial de la Nación (...)”

El compromiso y la responsabilidad durante la redacción de una norma jurídica es requisito que se cumpla con el control de convencionalidad el cual hace referencia a la obligación de todos los miembros del poder Judicial, y también del poder Ejecutivo y Legislativo en todos sus niveles, de velar para que los efectos de las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, teniendo en cuenta no solamente el articulado de los distintos tratados sino también la interpretación que de estos han hecho los órganos con competencia última en cada materia (Órganos de tratado y Corte Interamericana, entre otros) como se puede verificar en los casos de Corte IDH: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006); Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006); Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010); Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina (2011); Caso Gelman vs. Uruguay (2011); Caso Furlan vs. Argentina (2012), entre otros (Anónimo, Glosario de Derechos Humanos.)

1.5 Requisitos procesales del DNU para su aplicación

Los DNU son normas sancionadas por el Poder Ejecutivo que, una vez promulgado, tiene validez de ley y el Congreso es el que determina su vigencia.

En el procedimiento, el jefe de gabinete tiene diez días para enviar la medida a la Comisión Bicameral para su tratamiento, que según la ley 26.122, se compone de ocho diputados y ocho senadores respetando la proporción de la representación política, esta fija un plazo de diez días al plenario de cada cámara para pronunciarse sobre la adecuación del DNU y sobre los requisitos formales y materiales impuestos por la Constitución Nacional, y una vez obtenida la mayoría absoluta los miembros de cada cámara, regulará el trámite para promulgar dicha ley especial.

Según Sabsay (2016) “en primer lugar, aparece la intervención del Gabinete y de su Jefe, por otro lado se obliga a someter al decreto a la Comisión Bicameral Permanente, sin establecer los efectos jurídicos de dicha intervención”.

El autor citado up supra afirma que, si bien es cierto que se determina una mayoría especial para la sanción de la ley correspondiente, no deja de inquietar la fragilidad de un sistema de competencia del Congreso, cuyo funcionamiento y eventuales consecuencias se vinculan con los principios fundamentales en que se sustenta la estructura del poder establecida en la Constitución Nacional.

En la redacción del art 99 inc. 3 se pueden observar los requisitos de forma, el mismo ha instituido para la emanación de estos decretos la voluntad del presidente, del jefe de gabinete y de la totalidad de los ministros los cuales se emiten “en acuerdo general” de estos

Este autor también nos menciona una segunda etapa, “El jefe de gabinete, “personalmente y dentro de los diez días”, tiene que someter el decreto al estudio de la Comisión Bicameral Permanente” (Sagües, 2001, p. 612)

Haciendo un análisis del articulado se puede concluir como nos informa Aquino Britos en su obra cuando nos manifiesta que para que proceda el dictado de un Decreto de necesidad y urgencia deben concurrir elementos tales como: a) un estado de necesidad que imponga al Estado, bajo el riesgo de su continuidad como tal, el dictado de esta norma a fin de sortear una grave crisis de cuya magnitud surja inevitable la sanción de la misma, la que de no sancionarse con la premura del caso puede devenir para la sociedad extremos graves de imposible reparación ulterior b) debe existir siempre la debida y ponderada razonabilidad entre el fin perseguido por la norma y el medio (medidas) adoptado para conjugar la crisis que dispone el decreto y c) debe sancionarse este decreto con celeridad, a fin de evitar procedimientos ordinarios que, en caso de cumplirse, la solución sería tardía. (Aquino Brito, 2000)

1.6 Conclusiones parciales.

La figura de lo Decreto de Necesidad y Urgencia como podemos observar hace años forma parte del debate jurídico argentino, debido a que, se ponen en juego dos cuestiones fundamentales: su legitimidad, su constitucionalidad y convencionalidad.

A partir de la reforma del año 1994 se le concede al Presidente de la Nación la facultad de dictar decretos-leyes con exclusión en materia penal tributario, electorales o de régimen de partidos políticos y siguiendo dos premisas: 1) que su dictado sea justificado por razones de necesidad y 2) que sea una urgencia es decir que sea necesario el ser expeditivo en el dictado de la norma, tanto así que, evita su paso por el congreso obviando el procedimiento normal para la creación de una norma...

Sucede así mismo que esta ambigüedad en la sintaxis “de necesidad y urgencia” ha servido al poder Ejecutivo para hacer un uso propio sobre lo necesario y urgente.

Con la comprensión, análisis y estudio de cada uno de los puntos que conforman este capítulo hacen tangible la fuerza del instituto de DNU ya que se estaría equiparando a una norma con tratamiento natural a través del Congreso de la Nación Argentina, órgano facultado para tal fin. Los mismos tienen una implicancia directa debido a que el mismo conlleva a la autorización de la quita de pensiones por discapacidad, que, ante lo necesario y urgente pasan de alto que lo que están regulando no puede, no pasar el filtro de control de constitucionalidad y de convencionalidad y que, pase a ello, dictan la misma suspendiendo a sabiendas un derecho amparado constitucionalmente como es el acceso a la salud a un sector muy vulnerable de la población.

Capítulo 2: Derechos Humanos. El que derecho a la salud como un Derecho Humano.

2.1 Introducción al Capítulo 2.

En este capítulo abordaremos el avance de los Derechos Humanos, como está legislado el mismo, los fundamentos y principios básicos.

Comprender el alcance universal de los Derechos Humanos permitirá comprender mejor los derechos inalienables del hombre, lograremos así avanzar sobre el derecho a la salud, los conceptos, caracteres y su interrelación con los Derechos Humanos. Por último finalizamos analizando el derecho a la salud de las personas con discapacidad y los Derechos Humanos (en adelante DDHH).

2.2 Breve historia de los Derechos Humanos

El primer hecho histórico ocurrió con la asamblea constituyente en el año 1789 en Francia con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en torno a la revolución industrial, declaración que tiene como fin establecer criterios de igualdad para los hombres, llevando como estandarte su anhelo de igualdad, fraternidad y libertad.

Los ciudadanos de la época, estallaron en una revuelta social, cansados de la desigualdad de los abusos de la monarquía gobernante, de esta manera se gestó el comienzo del progreso social de los derechos fundamentales y universales del hombre, derechos naturales, imprescriptibles e inalienables del hombre.

Como hito trascendental se consagraron múltiples principios, el de reserva, el de legalidad, de libertad de prensa, libertad de expresión, de opinión y la inviolabilidad de la propiedad privada.

Con esta declaración Francia y otras naciones aprobaron esta nueva forma de derecho, contraria al feudalismo imperante. De esta manera se dio un vuelco a la historia de los derechos que abarca también cambios sociales, económicos y políticos.

Su alcance no fue universal ya que sólo era valedero a los hombres blancos y de los niveles sociales más pudientes. La universalización de estos derechos tardó un cuantioso tiempo, igualmente se logró vencer la barrera impuesta para llegar a todos los hombres sin distinción económica, política religiosa, social.

Reza la Declaración Universal de DDHH Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), París, Francia, 10 de diciembre de 1948 en su Artículo 2 ³

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Art. 2 inciso 1).

Ya con conocimiento más profundo de la universalidad de los derechos y para garantizarlos se inició el dictado de constituciones en los Estados.

Pasado el tiempo con la llegada con la llegada de la Primera Guerra Mundial se firmó el pacto de la sociedad Naciones Unidas y la primera Declaración de los derechos del niño en pos de garantizar los derechos de las personas y procurar la paz.

Con la Segunda Guerra Mundial países totalitaristas rechazaron el Estado de derecho imponiendo el régimen nazi, caracterizado por el incremento de los campos de concentración, tortura y aniquilación de judíos, gitanos, comunistas, socialistas entre otros tantos.

Luego de la Segunda Guerra Mundial y aspirando a dejar en el pasado los actos ultrajantes y de barbarie vividos en la misma, La Asamblea de Naciones Unidas proclamó La Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 (Anónimo,

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Art.2 inciso 1

Cuadernillo Introducción a los DDHH). Con este nuevo acontecimiento se tiene en mira las necesidades imperantes de reorganizar el sistema de derecho internacional para garantizar la paz y el cumplimiento de los Derechos Humanos, esto conllevó a que se adoptara y proclamara la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), París, Francia, 10 de diciembre de 1948 en cuyo Preámbulo reafirma que: ⁴ “Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”

2.3. Descripción de los DDHH. Concepto, caracteres

El 14 de junio de 1993, en Viena Austria se celebró la Conferencia Mundial de DDHH, en donde se establecieron los lineamientos fundamentales: Indivisibilidad e independencia, universalidad y su relación entre sí.

Características de los DDHH de acuerdo a lo establecido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) “todos los DDHH son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.”⁵

Es menester señalar que las convenciones internacionales son universales, inalienables, indivisibles y obligatorias. (Wlasic, 2006)

Universales ya que no admiten distinción respecto de la religión, poder adquisitivo, edad o género.

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. Preámbulo

⁵ Declaración y Programa de Acción de Viena. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, 1993. Art. 5

Son inalienables debido a que no se pueden renunciar a ellos ni mucho menos negociar.

Son indivisibles en razón que cada derecho forma parte de un todo y tienen el mismo grado de importancia, la violación de derecho implica la violación del conjunto de ellos

Son obligatorios ya que como mencionamos anteriormente no se debe hacer ningún tipo de distinción en su aplicación, son directamente vinculantes.

La comunidad internacional debe tratar los DDHH en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Este fragmento permite caracterizar a los DDHH de acuerdo a los siguientes aspectos: inherentes a los seres humanos (cada persona es titular de estos derechos, sin depender de ningún tipo de reconocimiento); universales (no pueden invocarse diferencias culturales, sociales, políticas ni de ningún otra índole como excusa para su desconocimiento, violación o aplicación parcial); intransferibles, irrenunciables e inalienables; incondicionales y obligatorios; inviolables (ninguna autoridad puede legítimamente atentar, lesionar o destruir los derechos humanos); imprescriptibles, acumulativos y progresivos (no prescriben, no caducan y no se pueden perder); e integrales, interdependientes, indivisibles y complementarios (la vigencia de unos es condición para la plena realización de los otros, de forma tal que la violación o desconocimiento de alguno de ellos implica poner en riesgo el ejercicio de otros derechos)

A continuación se seguirá con el estudio y clasificación de los DDHH estos se dividen en primera, segunda y tercer generación.

Los derechos de primera generación, fueron los primeros en ser reconocidos, derechos civiles y políticos fueron conquistados a base de la lucha y resistencia en contra de la clase burguesa dominante, estos tienen un alto grado de aceptación a nivel internacional.

Desde los llamados DDHH de la primera generación, que se afirmaban en el valor del individuo dentro del agregado social o político y que fueron, sin duda alguna, el resultado mediáticos del primitivo estado de derecho en los albores del siglo XVIII (Andruet, 2004, p.96)

Dentro de los derechos civiles están derecho a la vida, a la integridad y seguridad personal. Si bien hay diferentes voces a favor y en contra respecto a la clasificación del derecho a la vida este engloba el derecho a la vida frente al hambre, a la pena de muerte, a las ejecuciones sumarias y arbitrarias, a las desapariciones forzadas, al genocidio, al aborto, a la eutanasia y a la manipulación genética.

Como así también el derecho a la integridad personal mancomunada la integridad física y la moral.

El derecho a la seguridad personal implica el derecho, a la libertad de movimientos, nacionalidad, a la migración y al asilo.

Siguiendo con los derechos políticos distinguimos los derechos a la asociación política, derecho de reunión, derecho a acceder a cargos políticos, al sufragio, a participar en la elaboración de leyes y el derecho a petición.

Continuamos con los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales:

Como nos afirma Andruet (2004):

Pasando por los nombrados como de la segunda generación, que se materializa cuando el centro de preocupación deja de ser el individuo en tanto político, y pasa instalarse como una individualidad que reclama una debida atención social, y con lo cual se afirma a su alrededor los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se destacan

obviamente el de la salud teniendo ello claro el auge, con el advenimiento de las conversiones luego de la revolución industrial del siglo XIX. (p.97)

Entre los más destacados encontramos al derecho al trabajo, a la huelga, a recibir un salario justo, derecho a la sindicalización, derecho a la educación, a la cultura, a la alimentación, a la vivienda digna y al progreso tecnológico.

El argumento de estos derechos es la de promover la igualdad social, económica y cultural, lograr una distribución de la riqueza pareja y proteger los derechos de los trabajadores.

El derecho al trabajo, a la huelga, a recibir un salario justo, derecho a la sindicalización, derecho a la educación, a la cultura, a la alimentación, a la vivienda digna y al progreso tecnológico, son los derechos más importantes a destacar de esta generación.

Para concluir estudiamos los derechos de la tercera generación: son los derechos de los pueblos o derechos de la solidaridad.

Estos derechos incluyen: el derecho a la autodeterminación de los pueblos, a la democracia, a la paz, al medio ambiente sano y al desarrollo.

Analizando lo que indica Andruet (2004)

Finalmente se ha alcanzado la existencia de los llamados derechos humanos de tercera generación, como resultado de una visión mundial del hombre y de su entorno, por lo cual se asienta los nombrados, en una dimensión solidaria de la naturaleza humana y que como tal, excede el mero marco antropológico, extendiéndose a la totalidad del hábitat del ser hombre, siendo propio en tal análisis el derecho a la paz, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado. (p.97)

La Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2 indica sobre DDHH como: repertorio abierto de libertades y derechos inherentes a cada uno de los seres humanos sobre la base de su igualdad y dignidad personal y social. Este conjunto de libertades y derechos apunta a garantizar y satisfacer condiciones indispensables para el desarrollo de una vida

digna, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”⁶

2.4 Los DD.HH en la Argentina y su rango constitucional.

En este punto y como venimos haciendo en el capítulo hablaremos sobre la reforma Constitucional de 1994 como eje central para poder entender la jerarquía constitucional de los DD.HH en la Argentina.

El 29 de diciembre de 1993 se dictó la ley 24.309, en donde se manifiesta la reforma de la carta magna de 1853, aunque no en su totalidad, misma que ya había sido modificada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972. Esta modificación se apuntaba a remozar algunos preceptos de dicho instrumento.

Esto quedó plasmado en el tercer artículo de dicha ley, en donde se dejó de manifiesto la necesidad de debate, el que nos compete en este trabajo final de grado es el Art 3 inc. I que reza: “I.-LOS INSTITUTOS PARA LA INTEGRACIÓN Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES” Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional.

Así el artículo 67 inciso 19 de la antigua Constitución, se reformó en el art 75 inciso 22, el nuevo artículo ubico la potestad de ambas Cámaras Legislativas el atributo de aprobar o excluir tratados de los cuales no son todos tratados en sentido estricto, como ser Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos

⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Artículo. 2

Humanos, sólo enumeraban derechos y potestades del individuo, aunque con el tiempo se les fue otorgando cierta obligatoriedad y jerarquía.

La reforma de 1994 en su artículo 75 inc. 22 señaló que estos documentos tienen jerarquía superior a las leyes. Y en paralelo especifica una serie de instrumentos sobre DDHH, otorgándole jerarquía constitucional, esto es, un nivel superior al de los Tratados “comunes”. También en su segunda parte trajo a nuestro ámbito cotidiano el derecho internacional de los derechos humanos. Se le dio validez por vía constitucional privilegiada a los Convenios y tratados sobre Derechos Humanos, fenómeno global.

Como anticipamos la Ley 24.309 habilitó, el tratamiento de la “jerarquía de los tratados internacionales”, enumerando diez documentos supranacionales a los que se les dio como ya lo dijimos jerarquía constitucional, permitiendo al Congreso aprobar con posterioridad otros documentos de esta naturaleza y con la misma jerarquía, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Como ya hemos manifestado, la última reforma de la Constitución Nacional del año 1994, le dio a ciertos instrumentos allí enumerados (art. 75, inciso 22) jerarquía constitucional, puntualizando que los mismos no derogan artículo de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁷

Podemos observar que de este modo se produjo una incorporación de normas y preceptos que conviven con las libertades y derechos clásicos de la Primera Parte

⁷ Constitución de la Nación Argentina, 1994. Artículo 75 inciso 22.

La Reforma de 1994 implicó un crucial avance en el derecho argentino, su gran mérito fue incorporar a la Carta Magna los Tratados sobre Derechos Humanos, y darle linaje constitucional a los mismos.

El artículo 75 inciso 22 enumera once documentos y les otorga jerarquía constitucional y en su parte final permite la anexión de nuevos instrumentos de esta naturaleza, imponiendo a las Cámaras Legislativas una Mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. La Reforma les da identidad propia y una jerarquía superior.

A partir de entonces nuestro país quedó en mejor posición para poner en marcha en el campo cotidiano todo el desarrollo sobre la protección de los Derechos Humanos que se había gestado en el ámbito europeo y en particular en el interamericano.

2.5 Derecho a la salud, conceptos, caracteres, y su relación con los DD. HH

Siguiendo con nuestro análisis sobre DD.HH y su relación con el Derecho a la salud, observamos que, el derecho a la salud está contemplado como un derecho humano de segunda generación.

Se pueda afirmar, que el derecho a la salud tiene alcance cada vez para menos personas en el planeta. En especial para los ciudadanos de los países pobres, que están excluidos mundialmente de la salud, entre otros: los pobres, desempleados, indigentes, jubilados, ancianos Andruet (2004).

El derecho a la salud debe ser respetado ya que se encuentra tipificado, y el cumplimiento de esta prestación debe ser garantizado por el Estado debido a que se trata de un derecho natural. Dicha prestación requiere del estado una financiación de políticas de salud para la población que aseguren la asistencia médica a todos los ciudadanos.

Se halla una insuficiencia entre lo que consagra el sistema jurídico y la materialidad de su cumplimiento, nos encontramos con la triste realidad que cada vez más personas con

afecciones a su salud, deben comparecer en los tribunales solicitando la protección del dicho derecho.

El concepto de salud ha ido evolucionando, se puede afirmar que el término salud es inconcreto, por lo que se expondrán algunas definiciones para luego se intentara adherir a la que se pertinente a nuestro trabajo final de grado.

El término salud alude al normal funcionamiento psicobiológico de la persona, proviene del latín, *salus*, salvación, *salute*, salud.

El concepto salud ha variado a lo largo de la historia, antiguamente se lo relacionaba con la ausencia de enfermedad, en la actualidad se lo vincula a una mirada global del bienestar cabal de la persona, en donde abarca su parte social, física y psíquica.

Según la OMS “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano”⁸

Por consiguiente se adhiere a la postura de Andruet (2004) en donde afirma que el derecho a la salud no puede ser pensado por separado del derecho a la vida,

El derecho a la salud, en definitiva, no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida; en la ausencia de la salud es primero enfermedad y finalmente no-vida (Andruet, 2004)

En nuestra legislación, la última reforma constitucional incorporó una breve mención a la protección de la salud, el reconocimiento de arraigo constitucional del derecho a la salud se basa en la adjudicación de jerarquía constitucional al Pacto Internacional de Derechos, económica, social y cultural, y a la convención sobre los derechos del niño entre otros instrumentos internacionales

⁸ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1946.

Andruet (2004) nos indica que a ello se suma con fuerte valor los aportes que vienen por la incorporación de los tratados internacionales al texto constitucional, y que amplían con gran manera la totalidad de los derechos de segunda generación (p.120)

Nos indican los autores (Abramovich & Courtis, 2006):

La corte suprema y los tribunales inferiores han reconocido la jerarquía constitucional de los derechos a la salud desde la convención de jerarquía constitucional a un número importante de instrumentos internacionales de derechos humanos, en 1994. La Corte Suprema ha sostenido que el derecho a la salud impone obligaciones positivas –y no solo obligaciones negativas al Estado (p. 109)

Con todo lo antes descrito concluimos que el derecho a la salud debe ser garantizado no tan solo por ser un derecho positivizado en la declaración universal, sino por ser un derecho inalienable que abarca todos los ámbitos de la vida de la persona.

Estos instrumentos se refieren a los derechos, deberes y libertades de todas las personas; o derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de niños, niñas y adolescentes; de las personas con discapacidad.

2.6 Conclusiones parciales

Cómo pudimos observar, los DDHH surgieron como consecuencia de revueltas sociales de los ciudadanos de la época casándose de la desigualdad preponderante y el abuso de poder de la monarquía gobernante. En virtud de ello emergió la necesidad social de protección universal de los derechos del hombre.

No obstante los DDHH se encuentran en constante evolución, adaptándose a las actuales necesidades de la sociedad. A su vez, los Estados fueron integrando decisiones conjuntas, estableciendo presupuestos mínimos que formaron un marco normativo internacionalmente aceptado y en consiguiente, vinculante para todos, logrando un nivel de

integración tal que se encuentran incorporados en las legislaciones locales del derecho interno.

Podemos observar que, los DDHH se clasifican en distintas generaciones, y dentro de los derechos de segunda generación encontramos al Derecho a la Salud. Derecho que es universal, que es el que nos compete en este capítulo.

La vida y su goce están garantizados para todas las personas humanas no podemos dejar de percibir la existencia de muchos sectores vulnerables que se encuentran relegados e incluso imposibilitados a su efectivo acceso, es una obligación la toma de conciencia de esta situación en este sector que se encuentra en extremo estado de vulnerabilidad como son las personas con discapacidad, las personas de bajos recursos, los adultos mayores, etc.

Pese a reiterados intentos de protección aún queda mucha tarea y discusión doctrinaria por desarrollar, ya que las mismas permitirán alcanzar el ideal de universalidad. Lograr que las intenciones plasmadas en letra sean de accesibles y de fácil aplicabilidad es una ardua tarea por la cual muchas personas bregan por ello.

Todo lo antes descrito nos permite observar que el derecho a la salud es un derecho humano que no tan sólo comprende la garantía de acceso a la salud, sino que también abarca el acceso al agua potable, a la alimentación, al desarrollo en un medio ambiente puro, a la vivienda, todo ello es tarea del Estado, el garantizar el libre goce de estos derechos.

Capítulo 3. Discapacidad

3. Introducción al Capítulo 3

En el presente capítulo se definirá a las personas con discapacidad, analizando las principales cuestiones que son relevantes, entre las cuales podemos citar, qué entendemos por personas con discapacidad, cuáles son los derechos que se le reconocen en nuestro sistema jurídico, cómo son reconocidas y protegidas por intermedio de los tratados de derechos humanos, la creación de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, su jerarquía constitucional otorgada por el Estado argentino al incorporar los tratados en su ordenamiento jurídico y la obligación del estado de garantizar el derecho de los mismos de forma prioritaria, propiciando la igualdad de oportunidad y disfrute de derechos, al ser un grupo que se posiciona vulnerable por su condición física y/o mental.

3.1. Breve análisis sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Para comenzar este capítulo analizaremos tres modelos a lo largo de la historia, siguiendo las categorías de Acuña & Goñi (2010), ya que los conceptos, respuestas sociales y jurídicas hacia la discapacidad han ido mutando como consecuencia de la misma evolución histórica, social y cultural.

Según los autores, un primer modelo, llamado prescindencia, manifiesta que las causas de la discapacidad son de origen religioso, y en el que las personas con discapacidad se consideran innecesarias. Esta teoría entiende que la persona con discapacidad no contribuyen a las necesidades de la comunidad y que son el resultado del enojo de los dioses, por lo que sus vidas no merecen ser vividas. Como consecuencia de esto, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, excluyéndolas de toda participación de la vida en comunidad, obligándolos a llevar una realidad marginada de las actividades sociales (Acuña & Goñi, 2010).

El segundo modelo se denomina rehabilitador. Desde su teoría se considera que las causas que originan la discapacidad son científicas, que provienen de las limitaciones individuales de las personas y en la medida en que sean rehabilitadas las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias. El fin al que se quiere llegar desde este modelo es normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa.

“En el modelo médico-céntrico o rehabilitador, la cuestión central vinculada a la discapacidad está focalizada en lo patológico, en la deficiencia, en la “anomalía” funcional, física, sensorial o intelectual que afecta a un sujeto o a un colectivo” (Acuña & Goñi, 2010, p. 34).

Finalmente, el modelo social, es el que considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, por lo tanto no son ni religiosas, ni científicas.

Desde esta postura se pretende que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de personas, siguiendo una línea de valoración y el respeto de la diferencia. El modelo social es fruto de la pugna constante por sus derechos llevada adelante por las propias personas con discapacidad, el propio INADI al respecto, ha señalado que “en el modelo social, las restricciones sociales impuestas a las personas con discapacidad son pensadas como producto de la normalidad bio-médica que, naturalizada, opera como criterio de demarcación social. Las causas de la discapacidad no son biológicas sino sociales” (Vallejos, 2010, p.37).

La lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad no ha sido en vano, como hecho a destacar, se ha logrado en el ámbito de los DDHH, su recepción en las Legislaciones de los Estados Parte. El último logro, ha sido la reciente aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los autores Acuña & Goñi (2010) hacían referencia a dicha Convención:

Es en el marco de este proceso de afianzamiento y reconocimiento de la centralidad de la cuestión de derechos que en el ámbito internacional, y precisamente en el “sistema” de los DDHH, derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006 irrumpen el primer tratado del siglo XXI en la materia. (p.26)

A nivel nacional se han encontrado antecedentes de varias agrupaciones y asociaciones que han estado en las últimas décadas pujando en la lucha por los derechos de las personas con discapacidad, se puede nombrar al Frente de Lisiados Peronistas creado en el año 1972, al Centro de Rehabilitación y la escuela Profesional del Lisiado, la Unión Socioeconómica del Lisiado, entre otros. Gracias a los participantes de estas organizaciones que preocupados por la falta de reconocimiento de derechos hacia las personas con discapacidad y la desigualdad imperante ante la falta de legislación, impulsaron con éxito la ley de cupo laboral, que fijó la obligación del Estado y las empresas de mantener un cupo del 4% de los

puestos laborales para personas con discapacidad. Se intentaba impulsar la inclusión global, en donde el rol central lo tenía la persona con discapacidad, esto sumado a la rehabilitación integral, donde la medicina, la psicología y la cultura se unen para el desarrollo de las posibilidades de la persona con discapacidad.

En 1976 La dictadura cívico-militar derogó la Ley 20.923, en el año 1981 fue la misma dictadura la que dictó la Ley 22.431, Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, actualmente vigente. Entre la Ley 20.923 y La 22.431 pueden cotejar algunas diferencias:

- La Ley 20.923 fue producto de la participación y la importancia política de las personas con discapacidad en período de democracia, también impulsó la intervención del Estado, y el desarrollo de políticas públicas, principalmente en el área de inclusión laboral y en la aplicación de medidas médicas, sociales, educativas y profesionales; también la ley 20.923 establece la creación de una Comisión Nacional del Discapacitado, dependiente del Ministerio de Trabajo, con facultades para interponer acciones judiciales ante afectaciones de derechos, dictar normas de aplicación de esta ley y aplicar sanciones a las infracciones comprobadas.

- Entretanto, la Ley 22.431 impuesta por la dictadura cívico-militar, estableció la obligación de “prestar servicios” a las obras sociales y sólo subsidiariamente el Estado, esta ley solo obliga a ocupar el cupo del 4% de personas con discapacidad al Estado nacional. La ley 22.431 solo formó a los distintos ministerios con el fin de que se encargaran de cuestiones de su competencia.

Finalmente el 11 de Junio de 1987 a través del decreto N° 1101/87 se crearía La CONADIS Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas con Discapacidad cuyo nombre es sustituido en el año 2011 por Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad, con este nuevo comienzo el Estado se compromete a la

plena integración de la persona con discapacidad en igualdad de derechos y obligaciones que el resto de los ciudadanos.

Durante las décadas de 1980 y 1990 se impulsó desde la CONADIS, la garantía de la Ley 22.431, en lo que respecta a las obligaciones de prestaciones y servicios por parte de las obras sociales, esto finalmente conllevó a que en el año 1997 se sancionara de la Ley 24.901 que en su art. 2 regula la obligación a las obras sociales de la cobertura total de las prestaciones indicadas por un médico a las personas con discapacidad.

ARTÍCULO 2° - Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1° de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.⁹

3.2 Concepto de Discapacidad

A nivel nacional la primera definición de las personas con discapacidad se encuentra en la Ley 22.431 sancionada el 16 de marzo de 1981, la misma tenía como propósito otorgar a las personas con discapacidad un sistema de protección integral de sus derechos, atención médica, educación y seguridad social. Todo lo necesario para poder ocupar en la sociedad los mismos roles que el resto de las personas. En su articulado, dicha ley expresa:

Art. 2° - A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.¹⁰

⁹ Ley 24.901, 1997. Artículo 2

¹⁰ Ley 22.431, 1981. Artículo 2

La Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica la discapacidad como una condición de salud de los individuos y adopta el término propuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás ¹¹

Según la OMS, discapacidad es un término universal que comprende las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una función corporal; las limitaciones de la actividad son inconvenientes para ejercer acciones o tareas, y las restricciones de la participación son inconvenientes para participar en situaciones vitales.

La discapacidad es un término engorroso que revela una interacción entre las particularidades del organismo humano y las características del mundo en el que vive.

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define discapacidad en su Artículo primero de la siguiente manera:

ARTÍCULO I

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.¹²

Los autores Rosato & Angelino (2009) afirman que la noción de discapacidad es un término complejo para plantear a nivel académico, no así para el que lo vive y siente.

¹¹ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, inc. e, 2006.

¹² Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, 2006

Académicamente se explica y describe una realidad. En lo cotidiano un término establecido o designado puede ser estigmatizante para aquellos que principalmente se sienten excluidos.

Por ello y para concluir con este punto, es preciso entender a la discapacidad como una forma de construir al otro distinto a nosotros en términos de igualdad, siendo críticos en el análisis en la comparación entre normales y anormales, sin que importe la medida de la anormalidad, en donde se dé por hecho que no existen personas normales y discapacitadas y que la discapacidad pueda ser vista como una simple alteración física o mental de las personas.

3.3 La responsabilidad del Estado, garantías para las personas con discapacidad.

En su función protectora de las personas con discapacidad el Estado argentino tiene una extensa normativa que promueve el acceso al derecho de este grupo de personas.

Podemos destacar la normativa argentina que alude a la protección a los derechos de las personas con discapacidad, entre ellas:

- Ley N° 22.431 Sistema de protección integral de las personas discapacitadas (1981).
- Ley N° 26.378: (2008) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.
- Ley 24.901 (1997), sobre Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.
- Ley 2.783 (2008), sobre Pacientes con Padecimientos Mentales.
- Ley 25.280, que incorpora al derecho interno a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Su meta es la prevención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad para así beneficiar a su plena integración en la sociedad. Dicha convención es de gran importancia, ya que a pesar de la evolución del mundo y de la

sociedad aún existen personas, legislación, ambientes laborales y situaciones en que se discriminan a las personas con capacidades diferentes.

Argentina recibió el Modelo Social de discapacidad (mencionado en puntos anteriores) a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante la Ley N° 26.378, la cual tiene jerarquía constitucional. Como primera medida, se ha adaptado los términos a la Convención que utiliza expresiones como “apoyo”, "accesibilidad" y "autonomía”.

Por otro lado en este apartado, analizaremos la normativa sobre las personas con discapacidad a lo largo de la historia en el antiguo Código Civil y el vigente con la actual reforma de 2014 Código Civil y Comercial de la Nación. El código de Vélez adoptaba un modelo tutelar de representación por sustitución, nuestro actual CCCN adhiere a un modelo basado en un sistema de apoyo, recepta como una herramienta fundamental al “apoyo”, garantizando el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y respetando su autonomía en el proceso de la toma de decisiones y obligando a los magistrados a revisar la sentencia cada vez que el interesado así lo disponga y limitando las internaciones involuntarias art. 41 CCCN.

ARTÍCULO 41.- Internación. La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:

- a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;
- b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;
- c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;

d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;

e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.¹³

Gracias al reconocimiento de la autonomía de la persona con discapacidad y su derecho al acceso a la justicia, los mismos adquieren un papel más activo durante el proceso de restricción de la capacidad.

Así mismo se necesita de un fuerte compromiso por parte de los actores involucrados en el proceso, el juez, el Ministerio Público, los abogados entre otros, los nombrados deben comprometerse a garantizar a las personas con discapacidad su participación en el proceso y considerar su autonomía para así poder lograr su inclusión en la sociedad.

Para finalizar podemos decir que con el nuevo Código la capacidad es la regla general por la cual toda persona humana goza de la posibilidad jurídica de ser titular de derechos y deberes jurídicos, pudiendo ser limitada o privada por ley respecto a hechos puntuales señalados en el CCCN, simples actos o actos jurídicos y a ejercerlos por sí mismo con las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial.

CCCN en su Art 22, establece la capacidad jurídica como regla, y dispone, casos excepcionales para restringir la capacidad para determinados actos.

Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.¹⁴

¹³ Código Civil y Comercial de la Nación, 2014. Artículo 41.

¹⁴ Código Civil y Comercial de la Nación, 2014. Artículo 22

El Código Civil y Comercial ha dado importantes avances en lo que se refiere a la adecuación de la legislación de fondo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la cual se profundizará su análisis en el siguiente punto.

3.4. El derecho a la salud de la persona con discapacidad, discapacidad y DDHH.

En el marco de la de salud la discapacidad goza de gran importancia, ya que lograr un elevado nivel de salud colabora a una mejorar la calidad de vida de estas personas, lo que incide eficazmente en la igualdad de oportunidades. La OMS es uno de los organismos que más énfasis ha dedicado a la cuestión de la discapacidad. Desde su plano especializado en el ámbito sanitario, ha repercutido en el perfeccionamiento y evolución del enfoque con que la óptica internacional observaba a las personas con discapacidad.

En lo que respecta al acceso a la salud de la persona con discapacidad, esta debe ser la prioridad máxima, requiriendo siempre por parte del Estado respuestas consistentes e inmediatas, ya que tiene un papel elemental, es él quien debe promover, garantizar y proteger los derechos de las personas con discapacidad impuestos por la Ley Suprema de la Nación. Sin perjuicio de las obligaciones que pueden contraer para su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepagas.

Según la OMS, las personas con discapacidad conforman uno de los grupos más marginados del mundo. “Esas personas presentan peores resultados sanitarios, obtienen resultados académicos inferiores, participan menos en la economía y registran tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidades”

Por su parte, el artículo 25.1 de la Declaración Universal se refiere a la invalidez y salud al reconocer que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

15

También en relación con el derecho a la salud, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 12 reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.¹⁶

Por otra parte al referirnos sobre discapacidad y DD.HH es menester el análisis, en este trabajo final de grado, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) que luego de un proceso de 4 años, el 13 de diciembre de 2006 la misma fue aprobada, sin duda este es el resultado de un extenso tratamiento, en el que hubo varios participantes: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, instituciones de derechos humanos nacionales, organizaciones no gubernamentales y las que tuvieron un papel destacado fueron las organizaciones de personas con discapacidad.

A nivel Nacional la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se suma a nuestra legislación mediante la Ley N° 26.378, la misma tiene jerarquía constitucional a través de la Ley N°27.044. Habiendo aclarado esto Resulta importante señalar que la CDPD es un instrumento de derechos humanos y por lo tanto de derecho

¹⁵. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Artículo 25 Inciso 1

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976. Artículo 12.

internacional. La CDPD en su preámbulo en su inciso K) otorga a las personas con discapacidad el derecho a la vida en igualdad de condiciones con las demás.

k) Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo ¹⁷

Así el derecho a la vida es la confirmación de que la disparidad de discapacidad coopera a la diversidad y bienestar de la condición humana y no es un defecto que debe ser eliminado.

Es decir, pese a que las personas con discapacidad eran beneficiarias, al igual que el resto de personas, de la protección establecida por los tratados mencionados, dichas normas no se aplicaban, o se aplicaban de manera desventajosa para este grupo, lo que significa importantes consecuencias para las personas con discapacidad. Entre las principales se puede mencionar visibilización de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el poder contar con un instrumento jurídico vinculante para hacer valer los derechos de estas personas. El propósito de la Convención bajo análisis no es otro que “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. ¹⁸

Finalmente se concluye adhiriendo a lo mencionado por la OMS en donde afirma que:

La discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Las persona no solo están discapacitadas por la sociedad, y no solo por sus cuerpos. Existen obstáculos se pueden vencer

¹⁷ Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 2006. Preámbulo. Inciso k.

¹⁸ Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 2006. Artículo 1.

con un trabajo mancomunado de los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales, los profesionales y las personas con discapacidad y sus familias.

3.5 Conclusiones parciales.

Que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, parece en la actualidad ser una afirmación no factible de ser cuestionada, con las primeras definiciones de las personas con discapacidad a nivel nacional como en el derecho transnacional, se fue formando lo que hoy entendemos por personas con capacidades diferentes. A su vez se les dio un lugar en la sociedad como al resto de las personas, igualdad en sus derechos, siempre ponderando a este grupo de personas, ya que deben tener una protección aún mayor dada la situación de vulnerabilidad en que se encuentran.

La aprobación de la CDPD por la asamblea general de Naciones Unidas marcó un antes y un después importante en la comunidad internacional, ya que se logró un reconocimiento en los Tratados de derechos humanos, logrando promover y proteger los derechos humanos de las personas con capacidades diferentes eliminando así toda posible discriminación.

Se debe tener presente, que cuando quien padezca una discapacidad esté sufriendo una injusticia, o bien asumiendo un proceso judicial, no solo se deben aplicar los derechos humanos del mismo, sino también la CDPD para poder así garantizar sus derechos en forma prioritaria.

Parte de garantizar estos derechos, es dar protección a la salud de los mismos, ya que la realidad que atraviesan las personas con discapacidad es, en muchos casos, compleja. Lo que se pretende es la máxima protección de este grupo principalmente

cuando aquellos viven en entornos humanitarios frágiles y se satisfaga su derecho humano a gozar del grado máximo de salud que todo ser humano necesita para vivir dignamente.

Capítulo 4. Análisis del Decreto 432/97. El derecho a la salud de las personas con Discapacidad como un Derecho Humano

4.1. Introducción al Capítulo 4

Luego de haber recorrido cada uno de los capítulos presentes en este Trabajo final de graduación procederemos, en este último capítulo al análisis del DNU 432/97.

Los contenidos desarrollados up supra nos permitirán cotejar respecto a si se manifiesta o no la inconstitucionalidad en el DNU aplicado para la baja de pensiones. Se buscará reconocer si dicho decreto vulnera el derecho a la salud mediante los instrumentos legales nacionales e internacionales.

Para ello analizaremos el fallo del Juz. Fed. De La Seg. Soc. 8 ASOCIACIÓN REDI c/ EN-M DESARROLLO SOCIAL s/AMPAROS Y SUMARISIMOS 39031/2017. ya que dicho en fallo se remarca el riesgo del estado de salud de las personas afectadas.

4.1 Antecedentes

Entre abril y mayo de 2017 el Estado Nacional procedió a dar de baja a más de 19.215 pensiones por invalidez, aplicando el DNU 432/97 para el otorgamiento de pensiones, a la vejez y por invalidez. Dicho decreto fue dictado en el año 1997, específicamente el 15 de Mayo, bajo el gobierno de por el entonces Presidente Carlos Saúl Menem, dicho decreto establece las exigencias para ser beneficiario de una pensión por invalidez o vejez y las causales en la baja de la prestación, a continuación se detallaran las más relevantes.

- En el caso de pensión a la vejez, el beneficiario debe tener 70 o más años.
- En el caso de pensión por invalidez, quien la perciba debe encontrarse incapacitado en forma total y permanente.

- Se presume que la incapacidad es total cuando la invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del setenta y seis por ciento (76%) o más.¹⁹

- Este requisito debe probarse con una certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. Dicha certificación podrá ser revisada y actualizada toda vez que la autoridad de aplicación lo crea conveniente.

- Los extranjeros deberán acreditar una residencia mínima continuada en el país de 20 años.

- Ni el beneficiario ni el cónyuge podrán ser titulares en otro régimen de previsión, retiro o prestación no contributiva alguna.

- No podrán tener parientes que estén obligados legalmente a proporcionarle alimentos o que teniéndolos, se encuentren impedidos para poder hacerlo; ni vivir con otros familiares bajo el amparo de entidades públicas o privadas en condiciones de asistirlo.

- No deberán tener bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia. Este último criterio, es el que genera mayor amplitud para la interpretación del decreto.²⁰

Durante los tres gobiernos que abarcan los años 2003 al 2015, este decreto se dejó de aplicar ya que se flexibilizaron las condiciones para otorgar las pensiones.

En el año 2017, el gobierno procedió a la aplicación de este instrumento, ya que el mismo no se encontraba derogado, esto conlleva a que cerca de 20.000 personas dejen de percibir los haberes por discapacidad y por lo que vieron restringido sus accesos a la asistencia médica.

A raíz de esto, la Asociación REDI (Red por los Derechos de las personas con discapacidad) interpone un amparo colectivo, para exigir la pronta restitución de la prestación.

¹⁹ Decreto 432/97, Para el otorgamiento de pensiones, a la vejez y por invalidez.

²⁰ Decreto 432/97, Para el otorgamiento de pensiones, a la vejez y por invalidez.

Los fundamentos principales del amparo fueron:

-Una medida cautelar destinada a restablecer el pago de las pensiones no contributivas por invalidez que fueron otorgadas a las personas con discapacidad, cuyo pago fue dado de baja o suspendido sin mediar resolución fundada que así lo dispusiera, corresponde tener por configurado el peligro en la demora, atento el carácter alimentario de las prestaciones, lo que debe ponderarse aún más en el supuesto en que el colectivo está integrado por personas socialmente vulnerables.

-La medida cautelar destinada a que se restituya el pago de las pensiones no contributivas por invalidez que fueron otorgadas a las personas con discapacidad pues se trata de sectores socialmente vulnerables, donde se compromete su vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria, recaudos que se encuentran configurados en el caso.²¹

El día 05 de septiembre de 2017 la Jueza Federal Adriana C. Cammarata falla a favor del amparo en el que dispone la restitución en forma inmediata del pago de las prestaciones no contributivas por incapacidad otorgadas a las personas con discapacidad residentes en todo el territorio de la República Argentina.

4.2 Análisis del fallo REDI c. EN-M Desarrollo Social s/ amparos y sumarísimos JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 8 ASOCIACIÓN REDI c/ EN-M DESARROLLO SOCIAL s/AMPAROS Y SUMARISIMOS 39031/2017. El Derecho a la Salud como un Derecho Humano

²¹ Cita Online: AR/JUR/58304/2017. Asociación REDI c. EN. M de Desarrollo Social, Juzgado Federal de la Instancia de Seguridad Social N° 8, 5 de Septiembre, 2017.

El día 5 de septiembre el juzgado admite la medida cautelar solicitada por el amparo colectivo interpuesto por la Asociación REDI, así como la inconstitucionalidad del decreto 432/97, y solicita que se restablezca el pago de las pensiones no contributivas por discapacidad, ya que en el mes de Junio de 2017, un grupo de beneficiarios de dicha pensión dejó de percibir sus haberes, circunstancia que decanta también en la suspensión de la obra social, por lo cual la demora en su restitución pone en riesgo el acceso a un derecho fundamental para este colectivo de personas, como es el derecho a la salud.

La Jueza Federal Adriana Cammarata finalmente, dispone el restablecimiento del pago de las prestaciones no contributivas por incapacidad, otorgadas a las personas con discapacidad residentes en la República Argentina.

El fallo expone que la medida cautelar debe admitirse y, en consecuencia, corresponde ordenar a la demandada a que restablezca en forma inmediata el pago de las prestaciones no contributivas por incapacidad otorgadas a las personas con discapacidad que fueron suspendidas o dadas de baja sin previo dictado de una resolución fundada que garantice el debido proceso.

La medida cautelar, en cuanto solicita que se restituya el pago de las pensiones no contributivas por invalidez que fueron otorgadas a las personas con discapacidad, cuyo pago fue dado de baja o suspendido sin mediar resolución fundada que así lo dispusiera; o de mediar ella, no fue notificada a los interesados, debe admitirse, pues el Decreto 432/1997, en sus arts. 22 y 23, alude a un pronunciamiento de la autoridad concedente, por lo que su omisión —o la de notificar a los interesados en el hipotético supuesto de haber mediado.²²

²² Cita Online: AR/JUR/58304/2017. Asociación REDI c. EN. M de Desarrollo Social, Juzgado Federal de la Instancia de Seguridad Social N° 8, 5 de Septiembre, 2017

Deben extenderse a toda la clase involucrada independientemente del lugar de residencia o de cumplimiento de la obligación —en el caso, se excluye a las personas que residen en la jurisdicción territorial del Juzgado Federal de Viedma, a los titulares que hubiesen renunciado expresamente a sus beneficios y a los ex beneficiarios fallecidos—, ello teniendo en cuenta la faz colectiva del presente proceso que impide, ante la pluralidad de sujetos. Las presentes actuaciones por las cuales la Asociación actora, deduce acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Desarrollo Social por omitir depositar los haberes de las pensiones no contributivas que gozan las personas con discapacidad, solicitando el dictado de una medida cautelar que disponga con relación a las pensiones no contributivas otorgadas por la accionada.²³

²³ Cita Online: AR/JUR/58304/2017. Asociación REDI c. EN. M de Desarrollo Social, Juzgado Federal de la Instancia de Seguridad Social N° 8, 5 de Septiembre, 2017.

Ordenando el restablecimiento inmediato de los pagos y la prohibición de interrumpirlos hasta tanto se resuelva el fondo del asunto. En cuanto al colectivo, señala que está integrado, entre otras, por personas titulares de pensiones no contributivas otorgadas por el Ministerio de Desarrollo Social, personas que han sido históricamente postergadas en el reconocimiento y pleno goce de sus derechos humanos, contando actualmente con la protección legal garantizando su dignidad y derecho a la vida autónoma (Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad), aun cuando a diez años de ella siguen encontrando serias dificultades para acceder al mercado laboral, para acceder a una vivienda digna, gastos en tratamientos no efectivamente cubiertos, razón por la que debe dictarse una sentencia colectiva que prevea la ejecución por vía incidental en la que cada persona pueda demostrar su situación de vulnerabilidad, para determinar que en su caso resulta injusta la privación de la titularidad de la pensión no contributiva, que se puede presumir en la falta del depósito de los haberes sin notificación ni proceso administrativo previo. Indica que la clase que representa es la de las personas con discapacidad que por aplicación del Dec. 432/1997 fueron o pueden ser privadas de sus pensiones no contributivas. Expresa que la conducta lesiva está configurada en que en el mes de junio muchas personas denunciaron que habían dejado de percibir el importe de sus pensiones no contributivas por invalidez sin que hubiese mediado acto administrativo que motivadamente decidiera la baja del beneficio particular; o en el caso de que esos actos existieran, no han sido notificados a sus destinatarios, tomando conocimiento en oportunidad de presentarse a cobrar sus haberes, configurándose la vía de hecho que resulta suficiente para invalidar su conducta por no haberse seguido el debido proceso administrativo²⁴.

²⁴ Cita Online: AR/JUR/58304/2017. Asociación RED I c. EN. M de Desarrollo Social, Juzgado Federal de la Instancia de Seguridad Social N° 8, 5 de Septiembre, 2017

Al respecto la jueza considera: En cuanto a la medida cautelar solicitada —cuya finalidad última de acuerdo a cómo ha sido instituida en la legislación aplicable es mantener la igualdad de las partes en el proceso— cabe analizar la procedencia primero, de sus recaudos básicos, ello es la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora, además de los otros recaudos incorporados en la ley 26.854 y su relación con la clase que la parte actora pretende representar.

En dicho sentido la medida cautelar, en cuanto solicita que se restituya el pago de las pensiones no contributivas por invalidez que fueron otorgadas a las personas con discapacidad, cuyo pago hubiese sido dado de baja o suspendido sin mediar resolución fundada que así lo dispusiera; o de mediar ella, no fue notificada a los interesados, tiende a la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de personas —además socialmente vulnerables—, en relación a una única y continuada conducta que lesiona a ese colectivo, mediante una pretensión enfocada a los efectos comunes del problema que es, además de muchos otros derechos involucrados, su derecho alimentario, a la salud, a una vida digna y a su derecho de defensa.

Atento el carácter alimentario de las prestaciones cuyas suspensiones o bajas habrían sido decididas sin previo acto administrativo ni observancia del debido proceso adjetivo, carácter éste que debe ponderarse aún más en el supuesto de autos el que el colectivo está integrado por personas socialmente vulnerables especialmente consideradas por el legislador en el art. 2 inc. 2 de la ley 26.854; teniendo asimismo presente que la baja de la prestación podría asimismo importar la pérdida de prestaciones médicas, farmacológicas y análogas (Programa Federal de Salud), encuentro acabadamente satisfecho el recaudo de peligro en la demora.²⁵

²⁵ Cita Online: AR/JUR/58304/2017. Asociación REDI c. EN. M de Desarrollo Social, Juzgado Federal de la Instancia de Seguridad Social N° 8, 5 de Septiembre, 2017

Resolviendo: Por tales consideraciones se admite la medida cautelar solicitada por la parte actora con los alcances consignados a fs. 3 vta. primer párrafo y se ordena a la demandada a que restablezca en forma inmediata el pago de las prestaciones no contributivas por incapacidad otorgadas a las personas con discapacidad que fueron suspendidas o dadas de baja mediante vías de hecho de la Administración.²⁶

4.3. Conclusiones parciales.

Del fallo analizado, se puede percibir la complicada realidad que atraviesan actualmente en nuestro país las personas con discapacidad, viéndose privadas del ejercicio de sus derechos: derecho al debido proceso, derecho a ser escuchado y notificado, derecho a percibir una pensión de carácter alimentario y por sobre todo lo que se viene estudiando en este trabajo final de grado como eje central, el derecho a la salud como, aun existiendo basta legislación, tratados internacionales y convenciones, el desamparo en esta oportunidad proviene del propio Estado, el mismo que debería día a día velar por los derechos de las personas con discapacidad y su estricto cumplimiento

²⁶ Cita Online: AR/JUR/58304/2017. Asociación REDI c. EN. M de Desarrollo Social, Juzgado Federal de la Instancia de Seguridad Social N° 8, 5 de Septiembre, 2017

4.4 Conclusiones finales

El derecho a la salud tiene un gran reconocimiento en el marco normativo argentino, y en diferentes tratados internacionales, incluidos en el bloque de constitucionalidad federal. Como fue analizado en el Capítulo 2 podemos afirmar que se encuentran resguardados verbigracia en los artículos 42 de la Constitución Nacional, en el artículo 75 inciso 22, entre otros, también podemos incluir por ejemplo artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este artículo nos manifiesta que todo individuo como así también su familia tiene derecho a un nivel de vida adecuado, entre los cuales se encuentran abarcados el derecho a la salud, la asistencia y servicios sociales necesarios entre otros y el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual reza que toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

No obstante, a la hora de hacer efectivo este derecho fundamental, la vigencia real y efectiva no se da para todos los individuos por igual. Aquellas personas que padecen alguna enfermedad crónica o alguna discapacidad o personas mayores de edad que requieren mayor cobertura de salud, se ven afectados al reclamar este derecho ya que los mismos no son aplicados a prima facie y en muchas oportunidades se requiere la intervención de la Justicia para que vele por el cumplimiento efectivo de tales fundamentales derechos ya que, es habitual que no se apliquen de forma proactiva. Esto no solo le ocurre a quienes tienen menos recursos económicos y hacen uso de los servicios públicos de salud, sino también a aquellos que tienen acceso a al sector privado, por poseer obras sociales o medicina prepaga.

El Estado argentino a lo largo de los años ha incorporado nuevas leyes a su marco normativo, ha adoptado normativas internacionales, doctrina y jurisprudencia en la materia, logrando dar mayor protección a los Derechos de quienes se encuentra en situación de

vulnerabilidad, y más aún a aquellos que padecen una discapacidad. En el sistema jurídico argentino las personas con Discapacidad se encuentran amparadas por diversas normativas como la Ley 22.431 que resguarda principalmente la protección integral de las personas con discapacidad asegurando su atención médica, educación y seguridad social; la ley 24.901 aplicable a obra sociales la cual además entre sus artículos remarca que las personas con discapacidad que no se encuentran resguardadas a través de una obra social deberán contar con las coberturas básicas contempladas en la ley por parte del estado nacional. No podemos dejar de nombrar la Ley 25.280 que incorpora al derecho interno la Convención Interamericana la convención de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; y la Ley 26.378 que tiene jerarquía constitucional e incorpora la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Para finalizar, damos paso a vislumbrar el tema central de este trabajo final de grado, en donde como problema jurídico se planteó la inconstitucionalidad del DNU 432/97. Por todo lo expuesto a lo largo de los capítulos, podemos llegar a afirmar la inconstitucionalidad en la aplicación de tal DNU, confirmando la ilegalidad de esta medida, ya que la aplicación de un decreto para la suspensión de pensiones otorgadas por el Estado a un grupo de extrema vulnerabilidad, como son las personas con discapacidad, el cual tiene carácter alimenticio, y por acción colateral, priva a este grupo de personas de su obra social, por ende su acceso al derecho a la salud, violando de esta manera derechos jerárquicamente superiores, como los ya citados ut supra: Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Además cabe señalar que según la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 26 compromete a los estados partes a adoptar todos los recaudos necesarios a nivel interno e internacional para lograr progresivamente la plena efectividad a los derechos. El DNU 432/97 es un claro

ejemplo de no hubo ni necesidad ni urgencia en la aplicación de este decreto, muy por el contrario hubo una regresividad cuando se implementación del mismo como nos indica los autores Abramovich & Curtis (2002) y Curtis, C. (2006) una obligación mínima asumida por el estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento adoptado el tratado internacional respectivo o bien en cada mejora progresiva, sin duda alguna este DNU empeora la situación existente de este grupo sumamente vulnerable. Podemos corroborar que este DNU no pasa el filtro de control de constitucionalidad y convencionalidad

Es imperiosa la necesidad de la protección de las personas con discapacidad por ende debe ser el mismo Estado el encargado de derogar esta medida, ante el desamparo de este sector vulnerable, ya que el mismo no debe olvidar que se comprometió a velar por su efectivo cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- Abramovich, V., & Curtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía*. Buenos Aires [Argentina]: Editores del Puerto.
- Abramovich, V., & Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

- Acuña, C. H., & Luis, B. G. (2010). *Políticas sobre la discapacidad en la argentina el desafío de hacer realidad los derechos*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Andruet, A. S. (2004). *Bioética, derecho y sociedad conflicto, ciencia y convivencia*. Ciudad de Córdoba, Argentina: Universidad Católica de Córdoba secretaria de investigación y posgrado.
- Courtis, C. (2006). Ni un paso atrás. La prohibición de la regresividad en materia de derechos sociales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Gelli, A. M. (2008). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada 4ta edición*. Buenos Aires: La Ley.
- Midon, M. (2001). *Decretos de necesidad y urgencia. En la constitución nacional y los ordenamientos provinciales*. La Ley.
- Rosato, A., & Angelino, M. (2009). *Discapacidad e ideología de la normalidad Desnaturalizar el déficit*. Buenos Aires: Noveduc.
- Sabsay, D. A. (2016). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Sagües, N. P. (2001). *Elementos de derecho constitucional tomo I*. Buenos Aires: Astrea.
- Wlasic, J. C. (2006). *Manual Critico de Derechos Humanos*. Buenos Aires: La Ley.

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

- Aquino Brito, A. (2000). "Los Decretos de Necesidad y Urgencia. *Boletín de la Asociación Argentina de Derechos Constitucionales*.

ARTÍCULOS DE DOCTRINA RECUPERADOS DE PÁGINAS WEB

- Anónimo. (s.f.). *10 Datos sobre Discapacidad*. Recuperado el 2019, de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/features/factfiles/disability/es/>
- Anónimo. (2016). Campus DH. *La Discapacidad: miradas y luchas. Módulo 1*. Recuperado el 2019, de <https://capacitacion.jus.gov.ar/campusdh/login/index.php>
- Anónimo. (s.f.). *Cuadernillo Introducción a los DDHH*. Recuperado el 2019, de Campus de Capacitación en DDHH: <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/Cuadernillo-Introducci%C3%B3n-ddhh-final.pdf>
- Anónimo. (s.f.). *Glosario de Derechos Humanos*. Recuperado el 2019, de Campus de Capacitación de DDHH: <https://capacitacion.jus.gov.ar/campusdh/mod/glossary/view.php?id=2344&mode=letter&hook=C&sortkey=&sortorder=>
- Basterra, M. I. (s.f.). Editores Argentina. Recuperado el 2019, de <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=62128&print=1>
- Biblioteca digital. (s.f.). Obtenido de <https://informacionlegal-com-ar.bibliotecadigital.idm.oclc.org>
- Campus de Capacitación de Derechos Humanos Ministerio de Justicia y DDHH. (s.f.). Recuperado el 2019, de <https://capacitacion.jus.gov.ar/campusdh/mod/glossary/view.php?id=2344&mode=letter&hook=C&sortkey=&sortorder=>
- Campus de Derechos Humanos Secretaria de DDHH Secretaría de Justicia y DDHH. (s.f.). Recuperado el 2019, de <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/Cuadernillo-Introducci%C3%B3n-ddhh-final.pdf>

- Declaración Universal de DDHH Argentina.gob.ar. (s.f.). Recuperado el 2019, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_03_declaracion_universal_ddhh.pdf)
- Gelli, A. M. (2008). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada 4ta edición*. Buenos Aires: La Ley.
- Gerosa Lewis, R. T. (s.f.). Estudio GEROSA. Recuperado el 2019, de www.estudiogerosa.com.ar/pdf/decretos-necesidad-urgencia.pdf
- Lewis, R. T. (Febrero de 2009). www.estudiogerosa.com.ar. Recuperado el 24 de Febrero de 2018, de www.estudiogerosa.com.ar/pdf/decretos-necesidad-urgencia.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (s.f.). Recuperado el 2019, de <https://www.who.int/governance/eb/constitution/es/>
- Organización Mundial de la Salud. (s.f.). Recuperado el 2019, de <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1>
- Servicio Infoleg. (s.f.). Recuperado el 2019, de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/693/norma.htm> Ley N°24.309 Declaración de la necesidad de su reforma. Sancionada: Diciembre 29 de 1993
- Vallejos, I. (Abril de 2010). *Cuadernos Inadi número 1 abril 2010*. Recuperado el 2019, de <http://www.cuadernos.inadi.gob.ar/>

LEGISLACIÓN

- Constitución de la Nación Argentina
 - Artículo 75 inciso 22
 - Artículo 99 inciso 3
- Decreto 932/97 Pensiones
- Ley 22.431 Sistema de protección integral de los Discapacitados

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo
- Decreto 432/97 Pensiones
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Ley N° 23.660 Obras Sociales
- Ley N° 22.431 Sistema de protección integral de los discapacitados
- Ley N° 26.378 Convenciones
- Ley N°24.901. Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad
- Ley N° 2.783 Ley de Ministerios
- Ley N° 25.280 “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
 - Artículo 41
 - Artículo 22
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art 12
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad

JURISPRUDENCIA

- CSJN “Consumidores Argentinos c/ EN –PEN- Dto. 558/02 –ley 20.091 s/ amparo ley 16.986” (2010)

- CSJN “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional” (2000)
- Juz. Fed. De La Seg. Soc. 8 ASOCIACIÓN REDI c/ EN-M DESARROLLO SOCIAL s/AMPAROS Y SUMARISIMOS 39031/2017
- CIDH Fontevecchia y D`Amico vs. Argentina (2011);
- CIDH Furlan vs. Argentina(2012)