



“Nota a Fallo”

Estado de Vulnerabilidad Social como: Herramienta que Asegura la Determinación de la Norma Aplicable

Alumno: Mariana Cecilia López

Facultad

Universidad Siglo XXI

Carrera: Abogacía

Legajo: VABG120568

DNI: 25801698

Fecha de entrega: 27/04/2025

Tutora: César Baena

Año: 2025

Autos: FBB 18197/2017/2/RH1 B., R. A. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo ley 16.986.

Fecha: 20 de agosto de 2024.

Tribunal de origen: Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal N°2 de Bahía Blanca.

Sumario

I. Introducción. – II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal. –III. La ratio decidendi de la sentencia.

Introducción

En el fallo de investigación se refleja un problema de relevancia normativa donde la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca revocó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la acción de amparo y ordenado al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (en adelante, INSSJP) la inmediata afiliación de R.A.B. -quien padece retraso mental grave y hemiplejía con certificado de discapacidad y goza de una pensión no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social- como adherente de su padre.

El tribunal se sostuvo en el artículo 10 de la resolución 1100/2006 del INSSJP que, en su reglamentación, impide la afiliación de familiares, convivientes o no, cuando gocen de una pensión graciable no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social.

Precisó que, en ese caso, el obligado a dar cobertura médica es el Programa Federal "Incluir Salud".

Al respecto, la Corte Suprema ha entendido que la afiliación al Programa Federal de Salud no posee carácter obligatorio, sino que constituye una opción para la persona con discapacidad.

De acuerdo al artículo 1 del decreto 945/97, reglamentario de la Ley 24.734 de Utilización de Servicios de Cobertura Médica, dispone “que los beneficiarios de pensiones no contributivas por invalidez tendrán derecho de hacer uso de los servicios del sistema de salud, siempre que no gozaren de otra obra social, ya sea como afiliados directos o como adherentes a cargo de un familiar.

La norma le exige tácitamente renunciar a ella para obtener la cobertura de salud del INSSJP, lo que importaría una conducta regresiva, en el goce de sus derechos y vulnera el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que tutelan, especialmente los derechos de las personas con discapacidad.

El Programa Federal "Incluir Salud" enfrenta varios problemas, incluyendo la falta de entrega de medicamentos, prótesis e insumos médicos autorizados, lo que afecta la continuidad de los tratamientos. También hay dificultades en la afiliación al programa, con obstáculos burocráticos y demoras para acceder a la cobertura de salud. Además, se han reportado recortes en servicios y restricciones en el acceso a prestaciones para personas con discapacidad y trasplantados.

En un informe realizado por La Asociación de Defensores y Defensoras del Pueblo de Argentina [ADPRA](2024) ha emitido un comunicado donde expresa su profunda inquietud y disconformidad ante la crítica situación que enfrenta el Programa Federal Incluir Salud y su impacto directo en los ciudadanos más vulnerables del país.

El Programa Federal Incluir Salud, diseñado para proporcionar asistencia financiera a las provincias y garantizar cobertura médico-asistencial a personas con pensiones no contributivas, se encuentra actualmente atravesando graves dificultades que comprometen la salud y el bienestar.

Uno de los principales problemas identificados, a través de numerosos casos presentados en las Defensorías del Pueblo, es la falta de entrega de medicamentos, prótesis e insumos médicos autorizados por el Programa. Esta situación ha resultado en la suspensión de tratamientos médicos, retrasos en el inicio de nuevos tratamientos y una vulneración grave del derecho fundamental a la salud.

Otro aspecto alarmante es la problemática relacionada con las afiliaciones al Programa. A pesar de ser beneficiarios de pensiones no contributivas a nivel nacional, muchas personas enfrentan

obstáculos burocráticos y demoras para obtener la afiliación necesaria que les permita acceder a la cobertura de salud. La situación se agrava con la noticia no oficial de que no se admitirán nuevas altas, privando del derecho a la salud a nuestros ciudadanos.

Estas falencias ponen en riesgo el derecho a la salud de los beneficiarios del programa y requieren una pronta respuesta por parte de las autoridades para garantizar la correcta implementación y acceso a las prestaciones.

En el presente Trabajo de Graduación Final se pretende distinguir si en relación al goce y acceso al derecho a la salud, 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.

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.

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, 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.

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.

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”.

Premisa fáctica, historia procesal y decisión del Tribunal.

Se presentó la Sra. L.I.A en representación de su hija discapacitada R.A.B. por medio del Defensor Oficial e inició la presente acción en contra el INSSJP (PAMI) a fin de que se ordene a la demandada a la incorporación como afiliada adherente del titular Sr. J.L.B (padre de la niña). Este caso nos remonta al año 2024 donde en la ciudad de Bahía blanca donde se presenta un recurso de amparo solicitando la afiliación de R.A.B; la cual nació el 16 de julio de 1997, ella posee una evidente discapacidad otorgada por Agencia Nacional de Discapacidad a través de certificado médico oficial la cual le otorga un 76% de discapacidad por el cual le otorgan la pensión no contributiva por invalidez otorgada por el mismo organismo.

La R.B.A mantuvo hasta el mes de agosto de 2017 la cobertura vigente de la Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina (OSPRERA) formando parte del grupo

familiar que titularizaba su padre J.L.B., cabe aclarar que la misma se encuentra a cargo de sus progenitores. A partir del septiembre del año 2017, el señor J.L.B. se incorporó al PAMI por ser beneficiario de la jubilación, el grupo familiar fue incorporado casi en su totalidad denegando a R.A.B. la solicitud de afiliación por considerar que al ser beneficiaria de una pensión de carácter no contributiva, no correspondía incorporarla a la obra social INSSJP (PAMI) ya que a la misma le correspondería la obra social incluir salud (EX PROFE) con el sustento en lo dispuesto en la resolución 1100/2006:

Artículo 10°- PROHIBICIONES: No podrán afiliarse a este Instituto los familiares, convivientes o no, cuando sean titulares de un beneficio previsional y puedan acceder por sí mismos a cualquier otra Obra Social, integrante o no del sistema establecido por las leyes N° 23.660 y 23.661, o que gocen de una pensión graciable o no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social.

Si bien R.A.B. es titular de una pensión no contributiva por invalidez la cual está destinada a personas de alta vulnerabilidad, lo que se expone es que R.A.B nunca fue incorporada al Programa Federal "Incluir Salud" (ex Programa Federal de Salud, PROFE).

Mediante esta denegatoria el organismo estatal justifica el rechazo a la incorporación para que no exista sobreposición de afiliaciones.

Por otra parte, la joven cumple los requisitos exigidos por el INSSJP para revestir el carácter de beneficiaria (art. 2, Ley 19.032 de creación del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados; y art. 4, inc. e, de la resolución 1100/2006), el cual menciona el siguiente artículo: Art. 2°.- El Instituto tendrá por objeto principal la prestación, por sí o por intermedio de terceros, a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y a su grupo familiar primario, de servicios médicos asistenciales destinados al fomento, protección y recuperación de la salud”.

Como puede observarse la norma contradice un principio constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N., Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Señalando que R.A.B. no se encuentra afiliada a ningún otro agente del Sistema Nacional de Seguro de Salud en forma superpuesta, por lo que no incurre en la incompatibilidad prevista en el artículo 8 del decreto 292/95.

Art. 8º- Ningún beneficiario del Sistema Nacional del Seguro de Salud podrá estar afiliado a más de un Agente, ya sea como beneficiario titular o como miembro del grupo familiar primario. En todos los casos éste deberá unificar su afiliación. El ente recaudador dictará las normas necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de esta obligación.

Historia Procesal:

En consecuencia, al pedido de reincorporación a la obra social demandada el juzgado de primera instancia ratificó la demanda. por su parte, la cámara la rechazó, su decisión se basó en aplicar el art 10 de la resolución 1100/2006 del INSSJP.

No conforme con la resolución, la demandante presentó un recurso extraordinario federal que fue rechazado. En consecuencia, se formuló una queja. En sus motivos, señaló que su hija cumplía con los requisitos que preveía la Ley N° 19.032 de creación del PAMI. Agregó que nunca había sido incorporada al Programa Federal “Incluir Salud” que la normativa que se había aplicado contrariaba el sistema de protección de derechos de las personas con discapacidad la cual prevé asegurar la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad., por esa razón, la causa involucraba una cuestión federal. Expresó que la obra social exigía de manera implícita que la joven renunciara a la PNC para disponer de PAMI, al absurdo de que un beneficio concedido en razón de la situación de vulnerabilidad asociada con el estado de salud de R.A.B. y que está destinado a brindar un mínimo resguardo a la persona con discapacidad, representa también un perjuicio para ella. Por último, precisó que no existían incompatibilidades, dado que su hija no estaba afiliada a ningún otro agente de salud de manera superpuesta.

Al dar lugar al pedido ya que la queja es un derecho del cual El art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que “Cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del artículo 282 (...)”. Según resulta del citado artículo, el recurso directo constituye un medio de impugnación solo de decisiones que denieguen recursos deducidos para ante la Corte Suprema, para lo cual es preciso que se haya interpuesto y denegado una apelación -ordinaria o extraordinaria - sobre el motivo del agravio.

Decisión del Tribunal

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dio lugar a la queja, procedió a dar lugar al recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia y ordeno a la instancia de grado emitir un nuevo fallo

a favor de la actuante tomando como sustento la jurisprudencia existente del fallo B. M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo ley 16.986 Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca Fecha: 1-jun-2021 Cita: MJ-JU-M-132393-AR | MJJ132393 | MJJ132393 PAMI donde se establece lo siguiente:

“Declaró la inconstitucionalidad de la restricción consagrada por el art. 10 de la Resolución 1100/2006 del INSSJP que impide a una persona con discapacidad acceder a la cobertura de salud acordada en la Ley 19.032 si no renuncia a la pensión social. Afirmó que el propósito de alcanzar sistemas sociales sustentables y coherentes no puede justificar reglas de incompatibilidad entre prestaciones que tienden a cubrir riesgos sociales diferentes y complementarios que, además, responden al cumplimiento de obligaciones constitucionales distintas en resguardo de los derechos de las personas con discapacidad. Señaló que la pensión no contributiva por invalidez es una prestación dineraria conferida ante la situación de precariedad económica y la dificultad para generar ingresos laborales, y resguarda el derecho a la seguridad social, mientras que la cobertura de salud se relaciona con el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

El acceso a la salud es un derecho de índole constitucional, de instrumentos de tratados internacionales con jerarquía constitucional como ser la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, diversos fallos han establecido la inconstitucionalidad de la Resolución 1100/06, sin embargo, se sigue aplicando. Esto afecta la calidad de vida de las personas con discapacidad y sus familias.

En el caso B. M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo ley 16.986 el tribunal se manifestó diciendo que debe afiliarse como adherente a la cónyuge

discapacitada del accionante, aun cuando ésta perciba una pensión no contributiva, al no encontrarse afiliada a ningún otro agente del Sistema Nacional de Seguro de Salud.

La afiliación al Programa Federal de Salud no tiene carácter obligatorio, sino que es optativo para la persona con discapacidad frente a la posibilidad de afiliación como adherente a otro agente de salud.

Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta el siguiente Artículo:

Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Por lo tanto, ordenó a la instancia de grado que emitiera un nuevo fallo acorde a lo resuelto.

La ratio decidendi de la sentencia

El tribunal sostuvo que el no existir una afiliación al programa incluir salud ya que la misma no es de carácter obligatorio si no que es una opción para las personas con discapacidad si bien las reglas de incompatibilidades pueden perseguir un fin legítimo –esto es, evitar que se superpongan prestaciones que pueden brindar diferentes sistemas públicos, incluso de diferentes jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles.

La decisión del máximo tribunal está basada en el precedente registrado en Fallos: 310:1065, "Salandria", y sus citas; Fallos: 313:1714, "Pay TV"; 322:1201, "Cresta"; dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte Suprema en el precedente registrado en Fallos: 327:4103, "Cadegua"; y dictamen de esta Procuración General al que remitió la Corte Suprema en el precedente registrado en Fallos: 341:1322, "Mayorga Vidal"; entre muchos otros.

Se puntualizo en la ley 19.032 que el artículo 10 de la resolución 1100/2006 que si bien prohíben la incorporación de un familiar cuando este cuente con una pensión no contributiva, exigiendo tácitamente que puede ser incorporada si renuncia a la prestación de la cual goza y de la cual percibe en un contexto de alta vulnerabilidad, según el artículo 1 del decreto 432/1997 (reglamentario del otorgamiento de pensiones a la vejez y por invalidez) donde para obtener el beneficio de pensión no contributiva se requiere que la persona se encuentre incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez.

Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del SETENTA Y SEIS (76 %) o más.

Este requisito se probará mediante certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. No tener parientes que estén obligados legalmente a proporcionarle alimentos o 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 poseer bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia.

La SECRETARIA DE DESARROLLO SOCIAL de la PRESIDENCIA DE LA NACION tendrá en cuenta la actividad e ingresos de los parientes obligados y su grupo familiar, como así

también, cualquier otro elemento de juicio que permita saber si el peticionante cuenta con recursos o amparo.

Ente todos estos supuestos fácticos es donde el Estado debe garantizar la protección de las personas con discapacidad como el derecho a la salud donde este derecho no solo es proporcionar las debidas prestaciones sino a el acceso a bienes y servicios de salud.

La Ley 24.901 es clara en su art. 1, donde se instituye por la presente ley un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

Por lo expuesto, es irracional, desproporcionado e inconstitucional el requerimiento de renunciar a la pensión por invalidez para poder incorporar a la obra social como adherente del titular a R.A.B.

Es por ello ante todos estos argumentos esgrimidos, el máximo tribunal, hacer lugar al recurso de queja oportunamente planteado, declarando admisible el recurso extraordinario y revocando la decisión recurrida.

4- Análisis del fallo

4.1.- la descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Estoy de acuerdo con la decisión de la Corte Suprema de Justicia en virtud de las siguientes consideraciones:

A).- Thema Decidendum: El hombre es EJE y CENTRO de todo el sistema jurídico y en tanto FIN en sí mismo...” Pasaron 30 años de la Reforma Constitucional de la Argentina, celebrar la continuidad constitucional, incluso en épocas de notables crisis institucionales de nuestro país, es un

aspecto que merece destacarse, como también la incorporación de los Tratados Internacionales de derechos humanos en la máxima jerarquía constitucional. No obstante, muchas de las promesas contenidas en la Constitución Nacional constituyen deudas que aún aguardan ser saldadas. Hace tiempo el Maestro Bidart Campos se preguntaba cuál era el rostro de la reforma de 1994. Y contestaba: “Un texto extenso, en oposición a la parquedad sobria de la constitución histórica. Normas a veces ambiguas, y otras muy abiertas. Un consenso de base presta legitimidad. Es la hora de que el rostro que por ahora sólo atisbamos a través de la letra escrita de la constitución cobre corporeidad efectiva y real” es por ello que este trabajo pretende intentar sacar a luz la corporeidad efectiva y real de la Constitución que no es otra cosa que el Hombre.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene afirmando que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, reconocidos por la Constitución Nacional (cfr. doctrina que surge de Fallos: 323:1339; 323:3229; 324:3569; 326:4931; entre otros) Asimismo, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y artículo 24 de la Carta Magna vernácula), contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud de los ciudadanos. Ello surge de numerosas disposiciones vinculadas con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar, a saber: artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; del artículo 25, inciso 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; de los artículos 4, inciso 1 y 19, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); del artículo 24, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y del artículo 10, inciso 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La buena doctrina expresa que “los derechos reconocidos en los tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno. Si el alcance de aquellos fuese menor, prevalece el derecho interno,

o, por el contrario, el del tratado que otorgue mayor protección” (Gelli María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, pág. 520).

El artículo 75 inciso 12 confiere al Congreso de la Nación la facultad de dictar el Código de Trabajo y de la Seguridad Social, es decir, la normativa de fondo específica de la materia. O sea, es atribución de ese Congreso la sanción de las leyes comunes, sin perjuicio de la competencia jurisdiccional de los Estados locales, si las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción. El derecho de la Seguridad Social es una expresión de la justicia social, calificada por la Corte Suprema como “la justicia en su más amplia expresión” y cuyo contenido “consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con los que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización” (cfr. CSJN, “Berçaitz Miguel A. s/ jubilación”, Fallos: 289:430). Tal derecho tiene raigambre constitucional. La Carta Magna Federal, en su artículo 14 bis, garantiza los beneficios inherentes a la seguridad social. Las disposiciones contenidas en esta norma no constituyen privilegios de una clase o grupo determinado de personas, antes bien, son derechos de todo individuo o entidad de cualquier clase. A más de ello sus disposiciones se inspiran en los principios de la justicia social, imperativa tanto para el Estado como para los particulares, quienes, en consecuencia, deben abstenerse de realizar cualquier conducta que pueda resultar lesiva de los derechos. (cfr. Ramella Pablo, Los Derechos Sociales en la Constitución Argentina, Boletín del instituto de derecho comparado de México Año 17, No 50, Universidad Autónoma de México, México, 1.964, pág. 321 y ss.). En ejercicio de esa atribución constitucional es que se dicta la Ley 23.660, que regula el régimen de obras sociales, cuyo artículo 1° inciso h) establece que quedan comprendidas en sus disposiciones toda entidad creada o a crearse que, no encuadrándose en la enumeración de los incisos anteriores, tenga como fin lo establecido por la ley, cual es la prestación de los servicios de salud.

La citada ley prevé una regulación general para todas las obras sociales, cualquiera sea su origen. Se trata de una expresión de la regulación del derecho de la seguridad social, de manera que estamos ante una facultad otorgada por la Constitución Nacional al Congreso de la Nación, sin perjuicio de la competencia concurrente de los Estados locales. Es claro, entonces, que se trata de una entidad que tiene como finalidad prioritaria la atención de prestaciones sociales de salud (artículo 3, Ley 23.660), con lo cual queda connaturalmente aprehendida por lo dispuesto en el artículo 1º inciso h) precitado, desde que se trata de un organismo creado por la Provincia de Tucumán con el fin de cumplir con los objetivos que marca la ley de obras sociales.

Ahora bien, cuando en la Resolución 1100/2006 aduce: “Artículo 10º- PROHIBICIONES No podrán afiliarse a este Instituto los familiares, convivientes o no, cuando sean titulares de un beneficio previsional y puedan acceder por sí mismos a cualquier otra Obra Social, integrante o no del sistema establecido por las leyes N° 23.660 y 23.661, o que gocen de una pensión graciable o no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social.” Contradice ostensiblemente el bloque de Constitucional dado que no asiste razón alguna, limitar el acceso a la salud sin quebrar el test de constitucionalidad, cabe recordar que el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de la preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino, por el contrario, es la restricción que se haga de los mismos la que debe ser justificada.

No podemos olvidar que el máximo Tribunal resolvió en “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo” (Cita: IJ-XVII-36) (07.07.92) que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados aprobada por Ley No 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno, prioridad de rango que integra el ordenamiento jurídico argentino. Señaló que la convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que

asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, por lo que su necesaria aplicación impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art.27. En el fallo citado, la CSJN advirtió, asimismo, que debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. En este sentido, se afirma que la interpretación textual según la cual toda persona “tiene derecho a...” despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que “la ley debe reconocer” (art. 17) o “estará prohibido por la ley” (art. 13, 5). Finalmente debe quedar claro que cualquiera sea la norma reglamentaria que se cite, siempre debe prevalecer en definitiva la garantía de razonabilidad que protege la debida proporción entre medios y fines (art. 28, C.N.), y que asegura que todo acto jurídico sea una derivación racional sustentable en las circunstancias de hecho que lo preceden.

En efecto, la Resolución es arbitraria y por lo tanto ilegal lo cual supone algo contrario a la ley y, por tanto, ilícito. Pero tal ilegalidad puede ser manifiesta, ostensible, indudable, o bien ser

producto de una interpretación equívoca, de ostensible error, irracional, de palmario vicio en la inteligencia asignada, casos en los cuales dicha ilegalidad asume la forma de arbitrariedad, tal como ocurre en este fallo, toda vez que PAMI considera como Obligatorio pertenecer a Incluir Salud por el solo hecho de tener una Pensión No Contributiva por Discapacidad. (Osvaldo Alfredo Gozaíni, "Presupuestos del proceso de amparo" en Revista de Derecho Procesal, no 4, Amparo Hábeas Data Hábeas Corpus, I, Rubinzal - Culzoni Ed., Santa Fe, 2000, pág. 63).

Siendo así las cosas podemos advertir que en un caso similar, cuyo autos caratulados Marta Pérez de Capiello por sí y por su hijo Tomás Capiello en la causa Pérez de Capiello, Marta c/ Instituto de Seguros de Jujuy y Estado Provincial", del 06-03-2012, de la C.S.J.N se discutió la aplicación, inteligencia e interpretación de normas federales (como son las que tutelan el derecho a la salud de los discapacitados y las que regulan el Programa Federal de Salud) frente a lo señalado en la normativa local de la provincia de Jujuy. La C.S.J.N. enfatizó que la protección de la garantía constitucional de las personas discapacitadas "no constituye una mera enunciación programática, sino que pesan sobre la estructura local responsabilidades semejantes que se proyectan sobre las entidades públicas y privadas de ese ámbito a las que incumben a la Nación en la esfera federal, lo cual no implica desconocer el rol que tiene el Estado Nacional en subsidio de las prestaciones de salud a cargo de la jurisdicción provincial para el caso en que éstas no pudieran ser provistas, aspecto que no ha sido alegado por el organismo en este juicio (conf. doctrina de Fallos: 321:1684; 323:3229; 328:4398, y párrafos 1 y 2 del art. 28 del Pacto de San José de Costa Rica)". Agregó que por ello – haciendo énfasis en la puja entre la cobertura local o la posibilidad de una cobertura del Pro.Fe. que "no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona, compeliéndola a acudir a órganos ajenos a su cobertura de salud, máxime cuando el traslado fuera de la órbita en que recibe su asistencia médica habitual, representa un dispendio de

fondos y recursos humanos que sustrae posibilidades de tratamiento a otros enfermos que lo necesitan dentro del sistema general de salud pública" y que este aspecto resultaba congruente con la obligación asumida por el Estado Nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 12, apartados 1 y 2, inciso d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -incorporado a nuestro derecho interno por ley 23.313, con rango constitucional según lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental- en cuanto exige a los Estados firmantes "el reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, para lo cual se comprometen a crear las condiciones que aseguren, a todos, asistencia médica en caso de enfermedad".

B).- Incluir Salud: No obstante, es preciso advertir que El PROGRAMA FEDERAL DE SALUD INCLUIR SALUD, es un programa, NO UNA OBRA SOCIAL, sino un sistema de asistencia financiera a las jurisdicciones provinciales para brindar asistencia médica a sus afiliados, brinda prestaciones mediante convenio directamente con prestadores, por un lado, y por el otro lado mediante convenio con todas las PROVINCIAS, al respecto a la responsabilidad exclusiva de las provincias y de la ciudad autónoma de Buenos Aires, en la referida circular se sostiene que: "A su vez existen las prestaciones que DEBEN cubrir las OBRAS SOCIALES PROVINCIALES. En este sentido, LAS PROVINCIAS TIENEN LA OBLIGACION de garantizar a quienes tienen como beneficiarios de sus OBRAS SOCIALES PROVINCIALES, las prestaciones que garanticen la salud en los términos de las propias CONSTITUCIONES PROVINCIALES, la CONSTITUCIÓN NACIONAL, y LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (la que en su artículo 4 inciso 5 establece que la misma se aplica a TODAS LAS PARTES DE LOS ESTADOS FEDERALES)". Conforme lo expuesto, ninguna duda cabe en cuanto a que no existe incompatibilidad alguna entre el programa Incluir Salud y PAMI.

C).- La Vulnerabilidad. No podemos pasar por alto que estamos en presencia de una persona discapacitada vulnerable, en esta línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos “Furlan, Sebastián y Familiares c. Argentina” del 31/8/2012, sostuvo que: “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial...” Ahora bien, ¿¿¿qué significa encontrarse en una situación de vulnerabilidad??? ¿qué implica dicha protección especial? Encontramos un colectivo amplió, consumidores, niños, niñas y adolescentes, mujeres, adultos mayores, discapacitados, personas que padecen enfermedades poco frecuentes. Vulnerables son aquellos cuya autonomía o dignidad o integridad pueden ser amenazadas. Con respecto a la especial protección por parte del Estado, debemos sostener que el deber de garantía del Estado es una función de medio y no de resultado, consistente en prevenir que los particulares vulneren los derechos plasmados en la Constitución Nacional y Tratados Internacional de idéntica Jerarquía. La responsabilidad de PAMI por el incumplimiento de su deber preventivo surge y se verifica que 1).- al momento de los hechos existían situaciones de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinados, 2).- que las autoridades conocían o debían tener conocimiento de ese riesgo y 3).- que las autoridades, pese a ello, no adoptaron las medida necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo. Ciertamente, en muchas ocasiones se insinúan con acertado criterio que los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos, sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia. en relación al principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución de la Nación Argentina (C.N.), reza: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base

del impuesto y de las cargas públicas”. Dicho principio puede ser interpretado de dos maneras: O bien impone que sólo se considere igual aquello que es considerado como tal por el legislador a partir de su idéntico tratamiento legal; O bien impone que se evalúe la razonabilidad de las distinciones efectuadas por el legislador sobre la base del material jurídico preexistente. Lo primero se limita a indagar qué distinciones ha ofrecido el legislador. El segundo admite que existen razones por las que el legislador ha consagrado una protección integral a las personas vulnerables que sufren de una determinada patología con una lógica distinta a la protección de la salud de los habitantes argentinos en general. Aunque ambas interpretaciones del principio de Igualdad ante la ley desestimarían el argumento de privilegio de las personas vulnerables. Podría afirmarse que esos supuestos que acabo de enunciar constituyen aquello que debe aceptarse para que el principio de igualdad ante la ley no resulte reducido al principio de legalidad y para que podamos admitir como correcta y relevante la formulación del mismo que nos habla de que “los casos iguales deben ser tratados de igual manera y los casos diferentes de manera diferente en proporción a sus diferencias”. Cuando las obras sociales pretenden argüir que estamos ante un privilegio, pretenden entender “como igual aquello” que el legislador entendió como desigual.

Cuando el legislador ha tratado a las personas que padecen de una vulnerabilidad de manera “desigual”, ello implicó tener en cuenta a aquellos que se encuentran situados de manera diferente y tomar las medidas apropiadas a fin de llevar a cabo el ideal de igualdad de manera real y no ilusoria. La jurisprudencia ha dicho que “son estos casos puntuales, donde las obligaciones de las autoridades públicas y de las obras sociales deben generar acciones positivas a favor del derecho a la salud y del derecho a la plenitud de la vida. Ello es así por cuanto el objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos, sino prestaciones según necesidades que representen una igual posibilidad de gozar de buena salud dentro de un sistema universal y solidario.

Conclusión

Como se dijo hasta ahora, el Estado debe velar por la parte más débil en la relación jurídica, más aún cuando nace dicha Obligación del Principio PRO HOMINIS, la vulnerabilidad es una condición humana universal. Todos podemos ser heridos, algunos somos más susceptibles que otros. La vulnerabilidad refuerza la dignidad en el sistema jurídico. Creo que la función es la sensibilización (diagnostico) de perspectiva, de abordaje e intervención y hermeneútica. Hoy en día hay capacitaciones para fallar en perspectiva de género, lo cual constituye un gran avance, pero no siempre hay capacitaciones para fallar con perspectiva de sujetos vulnerables como son los niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, discapacitados, adictos, personas que sufren de enfermedades poco frecuentes, cierto es que multiplicar capacitaciones puede ser contra productivo, elegir una sobre otras, arbitrario. El problema es siempre la clasificación, quizás es el origen de la discriminación, sin embargo, es la principal herramienta del derecho antidiscriminatorio contemporáneo. Pero aun, cuando la clasificación se esgrime como una política de identidad en una lógica antagónica de oprimido-opresor. El fin de la igual dignidad y la igual protección se torna inalcanzable y la sociedad se vuelve contra sí misma. Es preciso referir, que la perspectiva de vulnerabilidad no sirve para declarar la inconstitucionalidad una norma y/o DNU, sino de intervenir correctivamente en el diagnostico, la interpretación y el abordaje de la vulnerabilidad, no sirve para redefinir el derecho, sirve para comprender más profundamente e intervenir más acordemente en el caso concreto. Sirve para hacerlo más justo, tampoco sirve como palabra mágica, requiere de evidencia y fundamentación.

Por todo lo analizado, en procura del desarrollo y progreso humano de nuestra sociedad, con la consciencia de que las preguntas y respuestas que surgen en torno a la temática abordada y a

investigar son inagotables, debemos recuperar el valor de la dignidad humana, su naturaleza social y racional y su unicidad, dado que dignifica no solo al Justiciable también humaniza al Operador Jurídico. –

Referencia bibliográfica

Asociación Defensores del Pueblo de la República Argentina [ADPRA]. (2024,16 de abril). Pronunciamiento sobre la situación del Programa Federal Incluir Salud. *Preocupación por el programa incluir salud*. Defensoría del Pueblo de Río Negro. <https://defensoriarionegro.gov.ar>

Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (2018, 3 de julio) FCB 22477/2014/CSI, *G.M.S. y otro en representación de su hija de INSSJP - PAMI si afiliaciones*. Ministerio Público Fiscal. <https://www.mpf.gob.ar/dictámenes>

Decreto Nacional N° 292/95 Reducción de las Contribuciones Patronales de 1995. Boletín Oficial (1995,17 de agosto). Poder Ejecutivo Nacional [PEN].

Ley de Acción de Amparo N° 16.986 de 1996. FBB 18197/2017/2/RH1 B., R. A. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

Ley de Acción de Amparo N° 16.986 de 1996. B. M. E. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo. Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca Fecha. (2021, junio) Cita: MJ-JU-M-132393-AR | MJJ132393 | MJJ132393. PAMI

Ley de Acción de Amparo N° 16.986. Acceso a la cobertura de salud de una persona con discapacidad. B., R.A c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/Amparo Ley 16.986. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ley N° 13.478 para el otorgamiento de pensiones, a la vejez y por invalidez. Decreto 432/97 de 1997. Ministerio de Justicia de la Nación. Información Legislativa [InfoLEG]. <https://servicios.infoleg.gob.ar>

Ley N°24.901 de 1997. (1997,12 de mayo). Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad. Honorable Congreso de la Nación. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional>

Ley N° 26.378 de 2008. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2006, 13 de diciembre). Artículo N° 12 - Derecho al disfrute de salud física y mental Art. N° 34. H. Cámara de Diputados de la Nación.

Ministerio de Justicia. (2024,24 de agosto). *Norma que impide afiliarse al PAMI a un joven con discapacidad por cobrar una pensión es inconstitucional*. Sistema Argentino de información Jurídica [SAIJ]. www.saij.gob.ar

Ministerio de Salud. Resolución 4210.(2023, 12 de agosto). Metodología de Costeo del Plan Argentino Integrado de Servicios de Salud-Plan de Beneficios. Boletín Nacional (2023, 18 de diciembre). <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional>

R., M. S. c/ OSDE s/ amparo de salud. (2020, 27 de agosto). Recurso Queja N° 2 - R., M.S. c/ OSDE s/Amparo de Salud. Secretaría de Jurisprudencia. Corte Suprema de Justicia de La Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica [SAIJ]. <https://www.saij.gob.ar>

Secretaría de Jurisprudencia. (2024). *Recurso de queja y previa denegación del recurso extraordinario*. Corte Suprema de Justicia de la Nación. <https://sj.csjn.gov.ar>