

2017

EL DESAMPARO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY Nº 26.682

Carolina Tejerina Baca

Pamela Leticia Biasi

RESUMEN

El presente trabajo postula una visión crítica del artículo 10 de la ley Nº 26.682 a partir del análisis del caso “ZMV¹” en el que una mutual de salud consideró la discapacidad de una usuaria como una enfermedad preexistente y requirió el pago de un valor diferencial en su cuota.

VOCES

Personas con discapacidad. Medicina prepaga. Igualdad. No discriminación. Vulnerabilidad. Control de constitucionalidad y de convencionalidad.

¹ Juzgado Federal de Río Cuarto. Expte. Nº 33010/2016. 28/7/2017.

EL DESAMPARO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY Nº 26.682²

INDICE

1. Introducción. 2. La noción de discapacidad a partir del modelo social 3. El derecho a la salud de las personas con discapacidad (artículo 25 de la CDPCD) 4. Obligación del Estado argentino de asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la PCD 5. Postulados de no discriminación e igualdad para garantizar los derechos de las personas con discapacidad 6. Control de Convencionalidad y constitucionalidad del art. 10 de la ley Nº 26.682 7. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

En el caso que nos convoca, la actora solicitó a la “Mutual Federada Salud 25 de Junio” la afiliación de sus sobrinos. La mutual, ante dicha petición y bajo el *paraguas* del art. 10 de la ley Nº 26.682, le requirió pagar un valor diferencial de \$17.000 en relación a la niña F., por su discapacidad.

En este marco, la actora entabló una acción de amparo ante el Juzgado Federal de Río Cuarto a fin de que se proceda a la afiliación de la niña sin exigir el pago de un valor diferencial y se brinde la cobertura a las prestaciones de salud que necesitaba. En subsidio, se esgrimió que, en caso que se considere pagar un valor diferencial, se emplace a la Superintendencia de Servicios de Salud (en adelante la SSSalud) para que lo fije de manera razonable.

El Juez Federal, al proveer la petición formulada, ordenó cautelarmente a la accionada que en forma inmediata y urgente, en el plazo de veinticuatro horas, arbitre los medios conducentes a fin de incorporar a la niña dentro del grupo familiar de la actora mediante el pago del canon correspondiente a la cuota mensual sin exigir un valor diferencial o adicional con motivo de la discapacidad de la niña, hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión y sin perjuicio de lo que allí se decida. La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, Secretaría Civil, confirmó la decisión.

El 28 de julio de 2017 el juzgado federal hizo lugar a la acción de amparo y ordenó a la Mutual Federada Salud 25 de Junio la afiliación de la niña con el pago del canon mensual, sin exigir un valor diferencial con motivo de su discapacidad.

Este caso es un fiel testimonio de la práctica inconstitucional de equiparar las nociones de discapacidad y de enfermedad preexistente, generada a la luz del art. 10 de la ley Nº 26.686, norma que consideramos *per se* discriminatoria y, por ese motivo, inconstitucional.

² Agradecemos por los comentarios a borradores de este trabajo a Mauro Lauría Masaro.

La realidad evidencia que en el marco de este tipo de contratación existe una auténtica barrera social, legislativa y, muchas veces, judicial que enfrentan las PCD al procurar su afiliación a los agentes aseguradores de salud comprendidos en el artículo 1 de la ley Nº 26.682³, toda vez que éstos exigen el pago de valores diferenciales que, por su excesiva cuantía, tornan inaccesible la contratación. Esta práctica inconventional, muchas veces se efectiviza, incluso, sin observar el procedimiento de autorización de la SSSalud que contempla el artículo 10 de la ley Nº 26.682. De esta forma, se implementa un valor económico inalcanzable que oculta la adopción de un mecanismo prohibido de selección adversa, en franca vulneración del deber de buena fe establecido en el art. 991 del CCyCN.

No obstante ello, aunque se observara dicho procedimiento y la SSSalud autorizara la proyección de costos presentada por los agentes aseguradores de salud en un caso concreto, creemos que tampoco dotaría de legitimidad al valor diferencial, por cuanto resulta discriminatorio, inconstitucional desde su génesis.

Dentro de la multiplicidad de situaciones que abarca el cobro de este plus, abordaremos la problemática concreta generada en torno a las PCD. La práctica de incluirlas en la norma cuestionada provoca y consolida su marginación permanente en el acceso a la contratación, en virtud de que no se parte de una perspectiva incluyente de las distintas variables de la diversidad humana y, de ese modo, se las priva de elegir libremente la cobertura de salud que desean y, se compromete su derecho a la salud y, en definitiva, su derecho a la vida.

Por esa razón, elogiamos la resolución adoptada en cuanto no convalida el cobro de un valor diferencial con motivo de la discapacidad, sustentando su decisión en la inviabilidad de equiparar las nociones de discapacidad y enfermedad preexistente, aunque advertimos que el tribunal realiza una interpretación convencional del art. 10 de la ley Nº 26.686.

Con lo expuesto hasta aquí, podemos afirmar que las normas que se aplican son lo suficientemente imprecisas como para generar una práctica que contraviene la CN, la CDPCD y la CETD. Entonces, cabe preguntarnos si resulta acertado circunscribir el caso a un análisis de razonabilidad y equidad o si corresponde cuestionar la convencionalidad y constitucionalidad de dicha norma.

Entendemos que tanto la normativa, en general, como la práctica de fijar un valor diferencial para la afiliación de las PCD, en particular, importan un trato discriminatorio, arbitrario e inconstitucional.

Es que se vulnera abiertamente el principio de igualdad de los ciudadanos y se incumple la obligación que tiene el Estado de adoptar medidas positivas⁴ que tiendan a garantizar la vigencia

³ Empresas de medicina prepaga, cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

⁴ “135. [...] la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las

de los derechos consagrados en la CDPCD y la CETD. Todo lo cual es muy importante de valorar ya que dichos actos son susceptibles, incluso, de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino.

Repárese en que los actos discriminatorios cuestionados no son meros actos aislados sino que se erigen como casos de gravedad institucional por cuanto es el Poder Legislativo, en primera instancia, el que a través de la ley Nº 26.682 crea la potestad para fijar un valor absolutamente arbitrario y, autoriza la creación de una práctica inconstitucional con respecto a las PCD. Luego, el Poder Ejecutivo, a través del decreto Nº 1993/2011, agrava la situación al facultar a un organismo de su órbita –la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación– para determinar ese valor. Finalmente, el Poder Judicial materializa el acto discriminatorio en caso de confirmar el texto legislativo al aplicarlo a un caso concreto.

Para la tranquilidad del lector, el Poder Judicial demuestra atisbos de esperanza para las personas involucradas en este tipo de litigio.

2. LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD A PARTIR DEL MODELO SOCIAL

La CETD (art. 1.1) y la CDPD (art. 1, 2º párrafo) afirman que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

Dichos instrumentos expresan que las limitaciones pueden ser causadas o agravadas por el entorno económico y social e impedir la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En definitiva, en los términos del art. 2 de la ley Nº 22.431, se traducen en desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

AL respecto, sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH), en el caso “[Furlan y familiares v. Argentina](#)” que en las Convenciones mencionadas se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

Dicha reseña normativa y jurisprudencial nos permite afirmar que el concepto de discapacidad debe abordarse desde un modelo social que permita a las personas con discapacidad acceder a la cobertura de salud de manera igualitaria, sin exigencias que importen limitaciones al ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales. En ese sentido, el artículo 10 de la ley Nº 26.682 configura en este modelo una barrera para el goce efectivo de los derechos de las PCD al permitir la imposición de un plus para acceder a un ámbito común de todo ciudadano y posibilitar que se consume una discriminación arbitraria hacia un grupo de suma vulnerabilidad.

discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad...”. Corte IDH, Furlan y familiares vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie c n°246.

3. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (ARTÍCULO 25 DE LA CDPCD)

El derecho a la salud encuentra recepción constitucional no sólo en los tratados internacionales de derechos humanos⁵ sino también, implícitamente, en el artículo 33 de la CN. Además, existe basta jurisprudencia de la CSJN sobre este tópico⁶. El pilar de dicho andamiaje es el artículo 25 de la CDPCD, que establece:

[...] Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular [...] b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, –20– incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores [...] e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; [...] f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad (el subrayado es propio).

El artículo 10 de la ley Nº 26.682 limita el derecho a la salud al subordinar el acceso a una cobertura de salud al pago de un diferencial. En consecuencia, configura un trato discriminatorio que atenta contra la dignidad de las personas que padecen una discapacidad y posibilita la generación de una práctica inconstitucional con respecto a las PCD. Dicha limitación está expresamente prohibida por la CDPCD en cuanto establece la prohibición de discriminación contra las personas con discapacidad en lo que respecta a la prestación de seguros de salud (art. 25 inciso e).

4. OBLIGACIÓN DEL ESTADO ARGENTINO DE ASEGURAR Y PROMOVER EL PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LAS PCD

El artículo 4 de la CDPCD establece:

⁵ Artículo XI de la DADDH, el artículo 25.1 de la DUDH, art. 12 inc. 1 del PIDESC, arts. 2, 5.1 y 11.1 y 26 de la CADH.

⁶ La C.S.J.N., en Fallos 323:1339, sostuvo que la vida de las personas y su protección –en especial el derecho a la salud– constituye un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. (Fallos CSJN 278:313).

En otros pronunciamientos señaló que: “...la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o entidades de la llamada medicina prepaga...” (Fallos CSJN 329:1226, en autos “Barria, Mercedes Clelia y otro c/ Chubut, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ amparo”).

Obligaciones generales 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y **de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención**; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad... ..d) **Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención** y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; e) **Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad**; 2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio **de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.**(el destacado es propio)

Recordamos el criterio sentado por la Corte Interamericana en el caso “Furlan”, en el que reiteró que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales del Estado que debe cumplir para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El tribunal recordó que “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas”, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

Así, **es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad.**

Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

El artículo 10 de la ley N° 26.682, lejos de ser una medida o acción positiva del Estado, vulnera los derechos garantizados en la CDPCD y a los principios de la no discriminación e igualdad plasmados en el derecho internacional en cuanto establece una categorización incompatible con la convención en los términos de su artículo 4 inc. d.

5. POSTULADOS DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En el Preámbulo de la CDPD se reafirma la “universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como **la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación**”, a la vez que se reconoce la importancia de la accesibilidad a *la salud*, entre otros derechos, para

que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Estos postulados son el propósito mismo de la CDPD, a saber:

Artículo 1

El propósito de la presente Convención es 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** (el destacado es propio)

Para concretarlo se delinearán en el artículo 3 una serie de principios entre los que cobran relevancia los de *no discriminación, inclusión plena, igualdad de oportunidades y accesibilidad a la salud*. Como surge del art. 2 de la CDPCD:

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

En relación con los principios de igualdad y no discriminación, se desprende que:

Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. 2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad (artículo 5 de la CDPCD) (el destacado es propio)

Ahora bien, no obstante la claridad del andamiaje normativo que regula la materia, vemos que, según el **informe de ACNUDH 34/26**, si bien el principio de no discriminación establece obligaciones inmediatas lo cierto es que, en la práctica, a las personas con discapacidad se les imponen condiciones que socavan la aplicación del principio de no discriminación. Son excluidas de manera sistemática de todas las esferas de la vida. Las leyes (entre ellas, el artículo 10 de la ley Nº 26.682 que abordamos) y distintas políticas nacionales han perpetrado –de manera consciente o no– la exclusión, el aislamiento, la discriminación y la violencia contra las personas con discapacidad, a pesar, como dijimos, de las normas internacionales de derechos humanos.

Con esto no negamos que el Estado pueda crear categorizaciones legales, lo que repudiamos es que resulten arbitrarias, discriminatorias y, por lo tanto, inconstitucionales. En este caso, efectuó una distinción que agrava la situación de vulnerabilidad en que ya se encuentran las personas con enfermedades preexistentes y posibilitó la generación de una práctica que coloca a las PCD en desamparo.

La definición de no discriminación o igualdad de trato formulada por el Tribunal Europeo que expone que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" (Eur. Court H.R., case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" [merits], judgement of 23-VII- 1968, pág. 34) ha sido aprobada y citada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984:

...no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera **repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana...**

De lo mencionado con anterioridad se desprende que la distinción efectuada en la ley N° 26.682 es discriminatoria en cuanto carece de una justificación objetiva y razonable y de una relación de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla, toda vez que el valor diferencial (medio empleado) importa un obstáculo para el acceso a la libre elección de la cobertura de salud para las personas con enfermedades preexistentes y en particular las PCD. En otras palabras, el art. 10 cuestionado socaba la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

Expusimos la vinculación de estas nociones con el concepto de igualdad y la obligación estatal de adoptar medidas positivas a favor de las PCD, a los fines de colocarlas en condiciones iguales para gozar en forma plena y efectiva de sus derechos. Esto se traduce en que el Estado debe cumplir un rol activo a los fines de suprimir las barreras para su inclusión plena, legislando y aplicando políticas inclusivas y/o, en su caso, procurando un riguroso control de convencionalidad del poder judicial.

Al efecto, el punto 13 del **informe de ACNUDH 34/26** señala que los Estados tienen el deber de reformar y establecer marcos jurídicos y políticas efectivas a fin de conseguir la igualdad para las personas con discapacidad.

Es indudable que dicha obligación recae sobre el Estado y, además, sobre todos los operadores jurídicos.

De lo expuesto *supra* podemos concluir que con la práctica generada a partir del art. 10 de la ley Nº 26.682 se incurre en una discriminación por asociación⁷ (en los términos del informe de ACNUDH); lo que, dado el marco legislativo, sólo podrá ser derribado mediante una declaración judicial de inconstitucionalidad.

Como corolario, **el Estado faltó a su obligación de velar por que la ley Nº 26.682 compatibilice con el artículo 26 del PDCyP, la CDPCD y demás normas internacionales.**

6. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DEL ART. 10 DE LA LEY Nº 26.682

A poco más de 30 años de la ratificación de los PIDESC y el PIDCyP, a través de los cuales el Estado Argentino se comprometió a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados sin discriminación alguna, nos inquieta de sobremanera la vigencia legal y aplicación práctica de la ley Nº 26.682, cuyo texto contiene una serie de disposiciones en clara contravención con dichos pactos y otros tratados de Derecho Humanos.

Específicamente, el art. 10 de la ley establece una categoría discriminatoria y arbitraria, la de “personas con enfermedad preexistente”, respecto de las cuales autoriza el cobro de un valor diferencial para amortizar los costos de empresas de medicina prepaga.

Consideramos que con la vigencia de esta norma el Estado incurre en inobservancia de su deber de adoptar disposiciones positivas para eliminar las condiciones que facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por los Pactos. Es que tal como aclara el Comentario General del Comité de Derechos Humanos:

el artículo 26 del PIDCyP [...] establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.

Otro aspecto cuestionado es que la norma no supera el *test* de constitucionalidad a la luz del art. 42 de la CN, en cuanto cercena la libertad de elección y es incompatible con el concepto de trato equitativo y digno que debe propiciarse al consumidor, previsto además por los arts. 1097 y, 1098 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido, la categorización efectuada coloca a la persona con enfermedad preexistente en una situación vejatoria y vulnera la prohibición de establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad. Asimismo, esta norma inconstitucional y, la práctica generada a partir de ella, de equiparar las nociones de “enfermedad preexistente” y

⁷ Esto es, una persona es tratada de manera menos favorable en razón de la condición o las características protegidas de otra persona, como la discapacidad y puede cometerse también mediante discriminación indirecta.

“discapacidad”, colocan a las PCD en situación de desamparo y agrava su condición de un grupo vulnerable al fijar arbitrariamente un valor diferencial por su discapacidad.

En ese marco, exigir el pago de un plus para la afiliación por padecer una discapacidad, vulnera el ejercicio de aquellos derechos y libertades. En términos de la ley N° 24.901, implica una **desventaja considerable para su integración familiar, social, educacional o laboral**.

Asimismo, como ya mencionado, según la CDPCD, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables⁸. Es decir, es el Estado quien debe garantizar que los derechos se ejerzan plenamente y desbaratar, de ser necesario, aquellas barreras o limitaciones que puedan presentarse para su ejercicio. Si este objetivo no se consigue en el ámbito legislativo, debe ser el sistema judicial el que adopte medidas positivas y verifique –es su obligación– la adecuación del derecho interno a la CADH, a otros instrumentos internacionales esenciales en la materia y a los postulados que la CorteIDH ha acuñado⁹.

Los magistrados, en casos como el traído a debate, deben brindar soluciones que se avengan con la urgencia de este tipo de prestaciones y deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor formal frustre derechos constitucionales¹⁰.

Al respecto, el Protocolo del Juez Iberoamericano de 2001 y, los acuerdos sobre “Los Derechos de las Personas ante la Justicia” de la “VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas” de México de 2002, establecen que el juez no puede sentenciar sin tener en cuenta las consecuencias de su fallo. En este sentido, el art. 59 de dicho Estatuto que:

En la resolución de los conflictos [...] los jueces, sin menoscabo del estricto respeto a la legalidad vigente y teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos, procurarán atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables¹¹.

Así, el control de convencionalidad¹² –según la jurisprudencia de la Corte Interamericana– se erige en la herramienta que permite a los Estados materializar su obligación de garantizar los

⁸Art. 2 de la CDPCD por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

⁹ El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional* Anne F. Bayefsky** *Título original: “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34.* Artículo traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y reproducido con la autorización expresa de *Human Rights Law Journal, N.P. Engel Verlag.*

¹⁰ “Z.,M.,V c/ MUTUAL FEDERADA SALUD 25 DE JUNIO - s/ LEY DE DISCAPACIDAD” (Expte. N°33010/2016).

¹¹ Ídem 15.

¹² Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* y en adelante “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006*”, “*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010*”, entre otros, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del control de convencionalidad. El mismo, afirmamos, debe seguir los siguientes preceptos: **a)** Verificación de la compatibilidad de las normas internas con la CADH, la jurisprudencia de

derechos humanos en el ámbito interno, al verificar la conformidad de las políticas nacionales con la (CADH) y su jurisprudencia¹³.

7. REFLEXIONES FINALES.

Consideramos que el art. 10 de la ley 26.682 resulta inconstitucional por cuanto supedita, de manera arbitraria y discriminatoria, el acceso al servicio de salud a las personas con enfermedades preexistentes al imponerles el pago de un valor diferencial que, ciertamente, se encuentra en contravención con lo establecido en los arts. 2 del PIDESC y del PIDCP.

Dichas normas obligan a los Estados a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación, incluyendo entre las prohibiciones a la discriminación la manifestación “*otra condición*”, cuya expresión permite extender el espectro de protección al caso que nos ocupa.

Asimismo, deviene incompatible con el deber de propiciar un trato digno y equitativo al consumidor de acuerdo al art. 42 de la CN y art 1097 y 1098 del CCyCN.

Por su parte, en lo que respecta concretamente a las PCD, es indudable que el marco jurídico nacional e internacional existente significó un gran avance en el reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, el artículo cuestionado es lo suficientemente ambiguo como para generar una práctica contraria a los postulados de la CN, CDPCD y la CETD, toda vez que deja abierta la posibilidad que los agentes de salud, bajo el paraguas del art. 10 de la ley 26.682, equiparen las nociones de discapacidad con la de enfermedad preexistente y, de esta manera, se permita fijar una cuota diferencial a un colectivo vulnerable, significando una auténtica barrera para el ejercicio efectivo de sus derechos.

La adopción de medidas positivas para erradicar estas políticas discriminatorias, entendemos, compete a todos los operadores jurídicos y, es por ello, que consideramos que el examen de razonabilidad y equidad realizado en el fallo bajo análisis, si bien constituye un progreso, no resulta suficiente para desterrar esta práctica toda vez que no se cuestiona la constitucionalidad de la norma.

Finalmente, sostenemos que los cuestionamientos planteados debieran hacerse extensivo a casos que involucren incluso a otros sectores vulnerables, como lo son los adultos mayores en el marco del art. 12 de la ley 26.682, con los fundamentos jurídicos pertinentes.

la Corte IDH y los demás tratados que el Estado sea parte. **b)** La verificación es obligación de toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias: poder ejecutivo, legislativo y judicial. **c)** Para determinar la compatibilidad con la CADH, se debe tomar en consideración dicho instrumento internacional, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados que el Estado sea parte. **d)** El control debe ser realizado *ex officio* por la autoridad pública. **e)** Supresión de las normas contrarias a la CADH o bien, morigeración de su interpretación, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

¹³ Control de convencionalidad. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7.

BIBLIOGRAFÍA

Bayefsky, Anne F. (1990) The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. Human Rights Law Journal. Vol. 11, Nº 1-2. Páginas 1-34.