

DISCAPACIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL

Ludmila A. Viar⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se fundamenta en una investigación normativa y jurisprudencial acerca de cómo la discapacidad es tutelada por el Estado a través de la seguridad social.

El Estado argentino ha suscripto con jerarquía constitucional a partir de 1994 con la reforma constitucional, los tratados internacionales. Dentro de estos tratados se encuentra la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por ley 26.378 y con jerarquía constitucional por ley 27.044.

Esta Convención parte de una concepción que considera la persona con discapacidad como miembro de la sociedad que requiere un sistema de apoyo para su plena inclusión, superando las barreras que generan la discapacidad. En relación a la discapacidad, podemos mencionar el art. 25 referido a la salud y que en su párrafo inicial dispone: “Art. 25. Salud. 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”.

Un aspecto importante es que la CDPD pone fuerte énfasis en la rehabilitación, como surge del art. 26: “Art. 26. Habilitación y rehabilitación. 1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal

(1) Integrante del Proyecto IUS “Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”. Acreditado por facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina.

fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales”.

También debe tenerse presente que, como contracara, la CDPD promueve la igualdad de las personas con discapacidad en cuanto al trabajo, en el art. 27, que comienza así: “Art. 27. Trabajo y empleo. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación”.

Finalmente, el art. 28 dispone: “Art. 28. Nivel de vida adecuado y protección social. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad; b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza; c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados; d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública; e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación”.

El sistema argentino establece una serie de paliativos para favorecer a este colectivo de personas.

Nos proponemos analizar si el sistema previsional nacional cumple efectivamente con la manda del art. 75 inc. 2º CN cuando habla de la solidaridad, entendida como la distribución justa de las cargas, como un objetivo alcanzado desde este plano en relación a las personas con discapacidad.

El método elegido para esta presentación es el siguiente. Primero, presentaremos el marco normativo con específica referencia a la seguridad social y las posibilidades de acceder a pensiones o jubilaciones. Luego haremos un repaso de alguna jurisprudencia seleccionada y finalizaremos con algunas conclusiones.

II. MARCO NORMATIVO

La ley 22.431 es la primera norma que sienta el marco a nuestro tema. En el art. 4º inc. d) se establece que el Estado debe garantizar, frente aquellas personas con discapacidad que no están incluidas dentro del sistema de obras sociales, el servicio público de Regímenes diferenciales de seguridad social.

En el art. 3º de la misma norma se establece una autoridad de contralor y se crea el Certificado Único de Discapacidad (CUD) que se extiende cuando se cumplen ciertas condiciones.

Esta misma norma contempla un capítulo que refiere a la “Seguridad Social” y enumera varias de las normas que establecen los requerimientos para el acceso de jubilaciones por discapacidad así como pensiones. También, cabe mencionar que el Poder Legislativo ha sancionado normas que por su especificidad se aplican a un determinado grupo de discapacidad como es el caso de los afectados por ceguera.

En cuanto al régimen general por minusvalía la ley 20.475 que se subsume dentro de la 22.431, establece un porcentaje del 33% o disminución mayor de la capacidad laborativa para poder considerar la concesión de una jubilación por discapacidad. De esta forma, encontramos dos requisitos establecidos por la normativa nacional. Por un lado, la ley 22.431 que exige la extensión del Certificado Único de Discapacidad el cual procederá del Ministerio de Salud más la consideración de una disminución del 33% o más de disminución de capacidad laboral, lo cual podría parecer redundante visto desde el lado que hace al “33% o más de *discapacidad laborativa*”, ya que aquella presumiría el Certificado Único de Discapacidad, una vez que el organismo competente declarase el porcentual de afectación laborativa.

Los montos jubilatorios que deberán ser asignados para los trabajadores en relación de dependencia será el establecido en el art. 45 de la 18.037, mientras que el correspondiente para autónomos será el del art. 33 de la ley 18.038.

Sin embargo, con posterioridad a esta ley en el año 1993 se sancionó la ley 24.241, mediante la cual se establece el retiro por invalidez. Aquel se encuentra previsto en el art. 48, el cual dice que la discapacidad laboral requerida para acceder al beneficio deberá ser del 66% o más excluyendo las invalideces sociales o gananciales. Y establece un segundo requisito en el apartado b) del mismo artículo. Al decir que no debe haber alcanzado la edad para la jubilación ordinaria ni encontrarse percibiendo la jubilación en forma anticipada, lo que parece redundante, ya que en tales casos estarían gozando de por sí un beneficio de similares características y naturaleza.

Por ende existen dos beneficios. Por un lado la jubilación por minusvalía, la cual exige un determinado tiempo de trabajo así como de edad. Mientras que por el otro lado, existe el retiro por invalidez, el cual se abona a todo trabajador perteneciente al SIPA, sin importar su edad o antigüedad en el servicio. Y bloquea cualquier tipo de percepción por prestaciones en relación de dependencia⁽²⁾. En contraposición quien acceda a la jubilación por minusvalía puede volver a ejercer una actividad en relación de dependencia en la medida que lo denuncia para luego poder efectuar el ajuste del haber de su prestación mediante el cómputo de la nueva actividad⁽³⁾.

Por su parte, la 24.901 se ocupa de brindar una cobertura, tanto al discapacitado, como un beneficio a su grupo familiar, al establecer un Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitaciones y Rehabilitaciones Integral a Favor de las Personas con Discapacidad.

Para finalizar, en lo que hace al corriente año se han publicado en el Boletín Oficial dos decretos que hacen al contenido del tema expuesto en este trabajo.

III. JURISPRUDENCIA

Una vez expuesto lo anterior, si bien la norma en abstracto es aplicable a todos por igual, la justicia se ha ocupado de ajustar estas premisas legislativas al caso concreto. Tal es el caso de la sentencia "Zarza, Clau-

(2) Ver online: <http://www.anses.gob.ar/prestacion/jubilacion-trabajadores-minusvllidos-180>.

(3) Art. 4º de la ley 20.475.

dia Elizabeth c. ANSES s/ retiro por invalidez (art. 49 P.4 Ley 24.241)”⁽⁴⁾ donde la Cámara Federal de la Seguridad Social sentencia a favor de la actora, toda vez que reconoce la procedencia del retiro por invalidez, a pesar de existir una discapacidad inferior al 66% exigido por ley. El fundamento de aquella decisión fue la consideración de las condiciones económico- sociales, el tipo de tareas y la repercusión que tiene en su desempeño labora la afección padecida.

En otro caso⁽⁵⁾, la Corte vuelve a considerar nuevamente las circunstancias en torno a la afectación de la trabajadora, por más de no cumplir con el porcentual exigido por la ley. Además la Cámara solicita al Cuerpo Médico, que la determinación de la discapacidad sea analizada dentro de los 5 años posteriores a la cesación. Siendo esta discapacidad creciente a raíz del tiempo.

En autos “Rodríguez, Graciela c. ANSES” se resolvió que si del dictamen del Cuerpo Médico Forense —del cual se dio traslado y no fue impugnado por las partes— resulta que a los cinco años del cese laboral, la actora tenía una incapacidad del 64% (consecuencia de alteración de la visión determinada por el deterioro de la agudeza visual de ambos ojos y el compromiso del campo visual bilateral); frente a su situación (56 años de edad) y a la índole de sus padecimientos, su reinserción en el mercado laboral era y es altamente improbable, por lo que su pretensión resulta admisible por demostrarse los presupuestos de procedencia de la jubilación por invalidez. Máxime si se tiene en cuenta que con posterioridad al cese de tareas, sus dificultades han continuado evolucionando, pues en la actualidad presenta una incapacidad del 68,54%.

En tal sentido en el Considerando 5, la Corte mantiene la postura que ha venido tomando al decir:

5º) Que la Corte Suprema se ha expedido en reiteradas oportunidades con respecto a que la exigencia del 66% de incapacidad requerida por la ley, no debe ser tomada de una manera rigurosa, sino que configura pauta de referencia para evaluar la aptitud laboral y la posibilidad de continuar ejerciendo en la misma actividad o en otras compatibles con sus aptitudes personales (Fallos 316:1705; 317:70; 323:2235 entre otros)⁽⁶⁾.

(4) CFed. Apel. Seguridad Social, sala II, “Zarza Claudia Elizabeth c. ANSES s/retiro por invalidez (art. 49 P. 4 Ley 24.241)”, 30/09/2014, cita online: MJ-JU-M-89214-AR | MJJ89214 | MJJ89214.

(5) CSJN, “Rodríguez, Graciela c. ANSES”, 27/12/2011.

(6) CSJN, “Rodríguez, Graciela c. ANSES”, 27/12/2011.

Otro caso relevante⁽⁷⁾ refiere a una mujer de 55 años con domicilio en la Provincia de Buenos Aires, que padece una esclerosis múltiple promoviendo acción de amparo con el fin de que se le provea la medicación necesaria. Esta enfermedad no se encuentra cubierta por la Dirección de Política de Medicamento, por lo que la autoridad local no lo brinda. Paralelamente, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación le entrega seis cajas del medicamento solicitado.

La Corte considera procedente el recurso de amparo interpuesto por la actora, toda vez que logra acreditar los extremos requeridos para el acaecimiento de aquel. En tal sentido cumple con las características de excepcionalidad, peligro de la salvaguarda de derechos fundamentales, así como la presencia de arbitrariedad manifiesta, donde ante la falta de un proceso ordinario, se origina un daño concreto y grave.

Asimismo aplica una suerte de teoría de los actos propios del Estado, al identificar que ni desde el Estado Nacional, ni desde la Provincia de Buenos Aires se cuestiono el 100% de cobertura, así como el diagnóstico y tratamiento de la actora. Por el contrario por un plazo le proveyeron el medicamento solicitado. Sumado a que la actora logra acreditar la naturaleza del mal que la aqueja, lo que le requiere que su tratamiento sea prolongado, no pudiendo ser los medicamentos provistos tan sólo por período acotado como esgrimía la Provincia.

En cuanto al fondo del asunto reconoce dentro de los derechos fundamentales afectados, por sobre todo el derecho a la salud como una garantía constitucional inminentemente ligada al derecho a la vida. Luego de ello pone un tópico de resalto que hace no sólo a la responsabilidad del Estado sino a la administración de recursos desde el punto de vista de lo que hace a la Seguridad Social al decir: “el Tribunal ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931)”.

En lo que refiere a la responsabilidad por parte de la Provincia de Buenos Aires sí la Corte pone el acento en los derechos fundamentales dentro de su carta magna al decir el derecho a la vida así como la eliminación de todos los obstáculos económicos, sociales o de cualquier naturales, bajo este último concepto y bajo una interpretación armonizada el sistema parece lograr encuadrar dentro de la tutela del derecho a la

(7) CSJN, “Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, 24/05/2005.

salud, y dentro de ello el acceso a los medicamentos para personas con discapacidad. Para fortalecer esta postura la misma Constitución refiere de forma explícita el derecho social a la salud, art. 36 inc. 5º.

IV. CONCLUSIÓN

- 1) El Sistema de Previsional establecido para personas con discapacidad abarca y contempla las exigencias a las que remite la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad así como de lo establecido por la Constitución Nacional al abarcar una serie de programas que se ocupan de proveer un ingreso, un sistema de salud, rehabilitación y empleo para este colectivo de personas.
- 2) El Sistema contempla a su vez a las personas que conviven o se encuentran a cargos de discapacitados, de forma tal que la contemplación de la problemática es general. Lo que hace que el sistema contenga además a la familia del afectado.
- 3) Los requisitos que la norma establece ya sea para el acceso a jubilaciones como retiros por discapacidad, a pesar de establecer porcentuales fijos de afectación para la procedencia del beneficio previsional, la prudencia del juez viene subsanar esta aplicación en abstracto adaptándola al caso concreto. De esta forma, la Corte así como los tribunales inferiores siguen el criterio de considerar las circunstancias de las personas que padece la afectación.
- 4) Existen, dentro de este Sistema para discapacitados, sistemas más específicos dependiendo del tipo de discapacidad como es el caso de aquellos que padecen ceguera. Por entender el sistema la peligrosidad así como lo grave de la pérdida de la vista no sólo en el ámbito previsional, flexibilizando los requisitos para acceder a los beneficios previsionales. Mismo desde el ámbito de las ART se establecen los porcentuales más altos para personas que padecen esta discapacidad.
- 5) Por último, en lo que refiere a la salud, la cobertura tiende a ser universal y sobre todo la Corte entiende al derecho a la salud como un derecho satélite del derecho a la vida, lo que provoca la obligatoriedad de la cobertura de las necesidades de medicamentos y tratamientos a aquellas personas que padecen enfermedad crónica provocándole cierta discapacidad.