

Accion De Amparo Derecho De Eleccion Obra Social Igualdad Ante La Ley Trabajador Jubilado Declaracion De Inconstitucionalidad

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Derecho de elección. Obra social. Igualdad ante

la ley. Trabajador jubilado. Declaración de inconstitucionalidad Se hace lugar a la acción de amparo interpuesta por el actor y, en consecuencia, se declara la inconstitucionalidad e inconveniencia del artículo 3 de la ley 3021 y de su reglamentación dispuesta en el artículo 3 del Decreto n° 377/09, en cuanto excluyen al actor del ejercicio del derecho de opción de obra social por el solo hecho de ser un agente pasivo. Para decidir de este modo, se dijo que una restricción al derecho de opción de la obra social de fuente legal se traduce en una afectación indirecta al derecho de igualdad y no discriminación, cuya garantía mediante acciones positivas resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas, especialmente, en la hipótesis de las personas mayores, pues bien puede presumirse que su condición demande una mayor cobertura y necesidad del sistema de salud.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 24 de febrero de 2017.- Vistos: los autos indicados en el epígrafe, los cuales se encuentran en condiciones de dictar sentencia y de los que resulta: 1. A fojas 1/6 se presenta Juan Pablo Righetti, con el patrocinio letrado de Marta Liliana Stirparo, e interpone acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante ObsBA) a fin de ejercer el derecho a la libre opción de obra social previsto en la ley n° 472. Asimismo, solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 3° de la ley n° 3.021 y concordantes en razón de impedirle el derecho a elegir libremente la misma. Relata que al momento de interponer la acción revistaba como agente de la Ciudad de Buenos Aires y en tal carácter inicia el trámite pertinente a efectos de obtener el beneficio jubilatorio. Precisa que en ejercicio del derecho a la libre opción de cobertura médica consagrado en las leyes n° 472 y n° 3.021, se encuentra adherido a OSDE junto a su hijo. Enfatiza que cuando se concrete su pase a situación pasiva ¿quedar[á] nuevamente incluido en la OBSBA, sin posibilidad de cambiar de obra social?. Ello, con arreglo a lo normado en el artículo 3° de la ley n° 3.021. Interpreta que tal circunstancia vulnera el derecho de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y las disposiciones contenidas en el artículo 41 de la carta constitucional local, en tanto garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y el pleno goce de sus derechos. Tras reconocer que el derecho de opción posee rango legal, apunta que el mismo se halla en estrecha vinculación con el derecho a la salud integral que goza de expreso reconocimiento constitucional con sujeción a lo normado en los artículos 33 de la Constitución Nacional y 20 de la Constitución local. Sobre tales premisas, considera que toda lesión, restricción o menoscabo al derecho a la libre elección se traduce -a la postre- en una afectación directa o indirecta de aquél. Aduce que el derecho de las personas mayores a gozar de una adecuada cobertura de salud constituye una de las necesidades específicas a las que refiere el artículo 41 de la Constitución local y que el artículo 21 apartado 6° de su texto reconoce a dicho sector de la población el derecho a una asistencia particularizada. Enfatiza que la reglamentación del derecho de elección de cobertura médica no puede derivar en una lesión a los postulados constitucionales antedichos. Concluye que el obstáculo legal singularizado en la prohibición de continuar libre y voluntariamente con la prestadora de salud escogida transgrede abiertamente el derecho a la libre opción de obra social. Solicita como medida cautelar que la demandada se abstenga de incorporarlo al régimen de la ObsBA y que mantenga al actor y a su hijo en la prestadora de salud OSDE. Funda en derecho y cita jurisprudencia que considera aplicable al sub lite. Ofrece prueba, efectúa reserva del caso constitucional y federal y finalmente a fojas 9/13 acompaña documental. 2. A fojas 28/32 se concede la medida cautelar peticionada y se ordena a la ObsBA que se abstenga de incorporar al actor y a su grupo familiar como afiliados de la misma. Dicha medida se encuentra consentida en razón de no haber sido objeto de recurso alguno. 3. A fojas 38/50 la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires contesta demanda y peticona el rechazo de la acción intentada. 3.1. Efectúa una negativa de los hechos esgrimidos por el amparista. Especialmente, niega que se encuentren reunidos los elementos que hacen a la viabilidad de la acción; que el desarrollo normativo vertido por el actor tenga asidero; que la demandada conculque los derecho de aquél; que el amparista haya ejercido el derecho de opción a favor de OSDE; que sea inconstitucional el artículo 3° de la ley n° 3.021; que exista un derecho subjetivo de poder elegir obra social con el alcance que pretende el actor; que se conculquen derechos del amparista reconocidos por la Constitución Nacional o local y que éste tenga por prestadora a OSDE. Aduce que el plazo de caducidad de la acción de amparo se encuentra fenecido sobre la base de entender que ha transcurrido el plazo de 45 días previsto por el artículo 4 de la ley n° 2.145 que computa desde la vigencia de la ley n° 3.021. Cuestiona la vía procesal elegida por considerar que existen otras vías más idóneas para la salvaguarda útil y adecuada del derecho que se entiende lesionado. Esgrime que se pretende forzar el ámbito de aplicación de la vía procesal de amparo para el tratamiento de una compleja controversia de compatibilización de normativa federal y local de alcance general y que se intenta ordinarizar una vía de neto corte expeditivo. Añade que la pretensión amparista

no se dirige contra una acción u omisión que afecte sus derechos en forma actual o inminente y descarta que exista un nexo causal directo entre la pretensión y el derecho que se entiende vulnerado. 3.2. En torno al fondo del asunto sostiene que si bien el derecho a la salud goza de rango constitucional, el derecho de opción tiene jerarquía legal. Descarta que la ley n° 3.021 y su reglamentación alojen alguna forma de discriminación, en tanto entiende que la mencionada normativa dispone de una solución lícita y posible al derecho de opción, sin mengua de las pautas constitucionales. Apunta que la pretensión actora se desvincula de los principios de universalidad, integralidad y solidaridad de la seguridad social y que se erige como una salida innominada, atípica e ilegítima del sistema vigente. Argumenta que debe considerarse la ?alternativa normativa en materia de derecho de opción? efectuada por el legislador local en la ley n° 3.021 por ser posterior a la ley n° 472. Asevera que el texto de la norma es contundente al acotar el derecho de opción a los afiliados activos y que dicho criterio tiene su correlato lógico en la reglamentación en tanto el artículo 3° del Decreto n° 377/09 prevé que los jubilados y pensionados comprendidos en la ley n° 472 no pueden ejercer la opción. Aduce que su tesis es avalada por el precedente ?Laura, Guillermo Domingo c/ GCBA s/ Amparo? del Juzgado de Primera Instancia en lo CAyT n° 3, Secretaría n° 5. Por otra parte, añade que la empresa OSDE es una prepaga y que ésta no ha sido demandada. Cita jurisprudencia en abono de su tesis y hace reserva del caso federal. 4. A fojas 54/55 se abre a prueba la presente causa. La misma se encuentra producida conforme constancias de fojas 63/64 y 73/74. 5. A fojas 103/106 el Ministerio Público Fiscal dictamina sobre la cuestión de fondo. Efectúa una reseña de las circunstancias fácticas y de la normativa involucrada en la litis. Entiende que resulta de aplicación al sub examine la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia y las Salas de la Cámara de Apelaciones del fuero que se pronunciaron en favor de la inconstitucionalidad del artículo 3° de la ley n° 3.021. Asevera que en la presente causa la ObsBA no expuso las razones que fundarían el disímil trato acordado a los jubilados respecto del previsto para los trabajadores activos. Concluye que las previsiones legales y reglamentarias que limitan el derecho de elección de obra social a los trabajadores activos, con expresa exclusión de los jubilados, resultan inválidas y transgreden el principio constitucional de igualdad. Por último, recuerda la jerarquía constitucional y convencional del derecho integral a la salud y el mandato que anida el artículo 41 del plexo constitucional local en orden a la protección de las personas mayores. 6. A foja 109 pasan los autos a resolver. Y CONSIDERANDO: I Idoneidad de la vía elegida y temporaneidad de la acción 1. Ante el desconocimiento de la demandada en torno a este punto, se pasa en forma liminar a despejar tal cuestionamiento. De consuno con los artículos 43 de la CN y 14 de la CCABA, la vía procesal escogida requiere que la pretensión amparista acredite una lesión, restricción, alteración o amenaza, actual o inminente. La doctrina señala que dicha lesión debe ser ?real, efectiva, tangible, concreta e ineludible?(1). Asimismo, debe configurarse una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Es decir, si se viola el derecho positivo o, aún de existir legalidad en sentido amplio, si el plexo normativo invocado en el supuesto de autos es írrito por apartarse de la voluntad del legislador o es irracional. La jurisprudencia del fuero tiene dicho que ?La idoneidad de la vía debe determinarse en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente violatorio de derechos o garantías constitucionales o legales y de la concreta necesidad de acudir a la garantía en examen para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos?(2). Vale decir que será el juez quien deberá sopesar si la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que ostente el acto o conducta impugnada necesita de un eficaz y pronto remedio judicial, obtenible a través de la eficacia de este proceso constitucional. En el sub examine, la naturaleza de los derechos debatidos referidos a la garantía de la igualdad -de raigambre constitucional- en íntima conexión con el derecho integral a la salud, a una asistencia particularizada de la tercera edad y a la seguridad social, consagrados en los artículos 20, 21 apartado 6° y 44 de la Constitución local, respectivamente, permite advertir que la utilización de la vía contenciosa prevista en el título VIII del CCAyT implicaría un menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, la dilación en el tiempo de la presente acción importaría una negativa a una respuesta eficaz en el tiempo para el justiciable. En virtud de lo expuesto se valora la presente acción constitucional -libre, en el decir de Morello, de vasallajes procesales- como pertinentemente idónea para la resolución del entuerto de autos. 2. En relación a la caducidad de la acción acusada por la ObsBA sobre la base del vencimiento del plazo previsto en el artículo 4 de la ley n° 2.145 al momento de iniciarse la misma, es preciso recordar que con fecha 27/12/2007 el Tribunal Superior de Justicia declaró la inconstitucionalidad del precitado artículo(3). En consecuencia, toda vez que la disposición deviene inaplicable, corresponderá rechazar también el planteo incoado por la demandada. II Fondo de la cuestión 1. Pretensión actora y su rechazo por la ObsBA 1.1. El amparista persigue el reconocimiento del derecho a la libre opción de obra social previsto en la ley n° 472 una vez que pasara a registrar como pasivo con la obtención del beneficio jubilatorio. Fundamenta la misma en la falta de validez constitucional del artículo 3° de la ley n° 3.021 y concordantes, en tanto excluye a jubilados y pensionados del ámbito subjetivo de aquél derecho. 1.2. A su turno, la ObsBA resiste la tacha de inconstitucionalidad impetrada sobre la base de entender que el derecho de opción tiene jerarquía legal y que la norma en crisis no traduce una discriminación que violente pauta alguna de la carta constitucional. Antes bien, apunta que la ley n° 3.021 vino a regular los alcances y modalidades con que podría ser ejercido el derecho, para añadir que el texto de la ley local es contundente al

circunscribir el ejercicio de la alternativa a los afiliados activos. 2. Inconstitucionalidad deducida en autos: artículo 3° de la ley n° 3.021 En atención a la tacha impetrada en torno a la norma en crisis, corresponde abocarse al discernimiento de la misma. A tal fin, se seguirá el siguiente orden expositivo: A. Subsunción de la situación fáctica del amparista en la norma en crisis; B. Cosmovisión contemporánea que impregna la cuestión a decidir; C. Test de razonabilidad del precepto impugnado; D. Conclusión al planteo actor. A Subsunción de la situación fáctica del amparista en la norma en crisis 1. A fin de situar el sub examine y si la norma deviene írrita en su aplicación al caso concreto, cabe analizar la situación fáctica en que se halla inmerso el mismo, a través de las acreditaciones aportadas en autos. El Sr. Righetti al iniciar esta acción se desempeñaba como agente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la actualidad es beneficiario del haber de pasividad otorgado bajo el n° 15-0-9369116-0 con alta en 09/2016 (vide recibo de sueldo de foja 10 e informe de ANSES glosado a fojas 93/94). A su vez, se halla acreditado que realizó el trámite para adherir al ?Plan Superador ObsBA/OSDE? en noviembre de 2009 y que posee el ?Plan Binario 210? de OSDE, con su hijo a cargo (vide credenciales de foja 11/11vta. e informes de la Dirección de Libre Opción de la ObsBA y OSDE de fojas 63/73 y 73/74, respectivamente). Asimismo, surge que el costo de dicho Plan es facturado por OSDE directamente a la ObsBA en virtud de un acuerdo de complementación de servicios celebrado entre las entidades, quien retiene sus aportes y contribuciones para aplicarlos al antedicho beneficio (vide fojas 63/64 y 73/74). Vale decir que pese al desconocimiento introducido por la ObsBA al negar que ?haya ejercido la actora el derecho de opción OSDE?, mal puede ignorar tal dato fáctico (vide negativa efectuada en el apartado IV punto 4 de foja 45 vta.). 2. En este contexto, cabe memorar que el artículo 1° de la ley n° 3.021 asegura la libre opción de obra social para todos los afiliados activos comprendidos en la ley n° 472, es decir, aquellos que presten servicios en relación de dependencia para la Ciudad. Asombra conceptualmente in limine que dicha norma limite el universo de los sujetos beneficiarios del derecho de opción, lo que se ve reforzado dos artículos después al acotar: ?La afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 quedará a cargo de la ObsBA, la que percibirá a tal efecto los aportes y contribuciones previstos en los incisos b), d) y e) del Artículo 17 de dicha Ley? (artículo 3° de la ley n° 3.021). Esta pauta es plasmada en parejo sentido en la reglamentación que efectúa el artículo 3°(4) del Decreto n° 377/09. Por ende, a tenor de la norma en crisis el ámbito subjetivo del mencionado derecho a la libre opción queda acotado a los trabajadores estatales activos. Ergo, con desmedro de los afiliados jubilados y pensionados. 3. Como derivación lógica de lo anterior surge sin mayor dificultad que el actor encuadra normativamente en la exclusión que disciplina el artículo 3° de la ley n° 3.021 a tenor de su condición de beneficiario del haber jubilatorio. De tal suerte que en esa etapa más vulnerable de su vida, se ve privado del ejercicio del derecho a opción de obra social y cautivo de la ObsBA. B Cosmovisión contemporánea que impregna la cuestión a decidir 1. En miras a poner en marco la textualidad del precepto en el sub lite, se impone valorar que la tutela acentuada de las personas de edad transita hacia un horizonte de sentido de indudable afianzamiento.. Esta cosmovisión debe marcar y enmarcar la tésis de hacia dónde dirige su mirada la justicia en su función tuitiva de los más desfavorecidos, como clave de bóveda de las políticas sociales amparadas por la carta local y el bloque de convencionalidad. Al mismo tiempo, este escenario compromete a los organismos que deben velar por la salud y la vida de sus afiliados -cual la demandada- por expresa exigencia constitucional y legal. Ello, en tanto alumbra el derecho a la salud integral consagrado en la ley n° 153(5), con apoyo en diversos principios tales como su concepción integral, el desarrollo de una cultura de la salud, el gasto público como una inversión social, la cobertura universal y la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema(6). Ésta no se traduce en negar a sus afiliados al final de su vida aquello que sí reconoce a los de menor edad. Sólo así quedará satisfecho el pacto de socialidad que involucra la carta constitucional nacional y local y los tratados internaciones de igual jerarquía. 2. Bajo tal paraguas protector, la comunidad internacional se desvela preocupada por los seres humanos en el ingreso en una etapa más avanzada de su vida, a través de distintos documentos que ponen en agenda la importancia de propiciar medidas para garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales de las personas del sector. En tal sentido el 16/12/1991 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución n° 46/91 los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad a través de la cual exhorta a los gobiernos a introducir en los programas nacionales los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad, al que se añade la Proclamación sobre el Envejecimiento de 1992. En un marco programático, el interés en la materia es reanimado también en el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002, que aloja recomendaciones en áreas vinculadas con el desarrollo y las personas de edad, el fomento de la salud y el bienestar en la ancianidad y la creación de un entorno propicio y favorable para los adultos mayores. Junto a ellos, otros instrumentos regionales dan sobrada cuenta de la necesaria implementación de políticas y programas para las personas de edad y sus problemáticas específicas, tales como: la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia (2007), el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009), la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta

de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012). Por último, resulta de igual modo relevante que la República Argentina ha suscripto la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en el marco de la XLV Asamblea General Ordinaria de la OEA el 15/06/2015. Tal circunstancia da razón de la voluntad del Estado de afianzar la protección de los derechos humanos de aquel grupo humano y de contribuir a su plena inclusión en la sociedad(7). Así las cosas, la reciente entrada en vigor del antedicho instrumento(8) en el sistema interamericano de Derechos Humanos cuyo sujeto específico lo componen las personas mayores constituye un indudable avance en el tránsito hacia la plena protección de los derechos humanos de los adultos mayores.

C Test de razonabilidad de la norma cuestionada Así las cosas, se impone pues indagar si el diferente tratamiento que traduce la norma en juego supera el test de razonabilidad. Este principio se erige en un estándar para establecer cuándo una restricción a un derecho resulta compatible con la carta constitucional, en tanto los derechos constitucionales no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (artículo 28(9) de la Constitución Nacional y 10(10) de Constitución local).

1. La garantía de la igualdad 1.1. Con tal propósito, cabe recordar que la garantía de la igualdad -con expresa protección en los artículos 16(11) y 11(12) de la Constitución Nacional y local respectivamente- fulmina el establecimiento de excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en una razonable igualdad de circunstancias. Ello no obsta a que la ley contemple en forma distinta situaciones que se consideran diferentes siempre que la discriminación no sea arbitraria(13). Y como opuesto a dicha noción se encuentra lo razonable, es decir, lo justo y equitativo, lo exigido por la igualdad, según las condiciones de persona, tiempo, modo y lugar y en función de los valores que integran el plexo axiológico del ordenamiento constitucional(14). A ello se destaca en el caso a estudio que el citado artículo 11 de la Constitución de la Ciudad prohíbe discriminar en razón de la edad.

1.2. Aún más, como segundo mandato de la igualdad el principio cardinal rebasa el concepto de la igualdad formal y exige de las autoridades una acción positiva dirigida a que dicha garantía se modele en la realidad. Así lo dejan plasmado con un sentido de inequívoca interpretación los artículos 75 inciso 23 (15) de la Constitución Nacional y 41(16) y 80(17) del plexo constitucional local, con especial énfasis en las personas de edad más avanzada. Refuerza lo anterior que la singular fragilidad en que se encuentra dicho sector de la población ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al admitir a los jubilados como un grupo "de por sí" vulnerable(18). Por ende, la igualdad de hecho o de oportunidades traduce un mandato positivo al legislador y a los poderes públicos quienes no pueden permanecer ajenos a la necesidad constitucional de hacerla operativa.

1.3. A partir de ello, la garantía de la igualdad en su justa conceptualización no sólo impide dictar normas que establezcan distinciones discriminatorias sino que demanda a los órganos estatales el deber de remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la igualdad e impidan el desarrollo pleno de las personas.

2. El plexo de derechos bajo el que se imbrica el sub lite Bajo tales lineamientos, cuadra apuntar que el principio de igualdad y de exclusión de discriminaciones injustas se entrelaza en el sub examine en profunda imbricación con otros derechos con amparo constitucional, tales como el derecho a salud integral (artículo 33(19) de la Constitución Nacional y 20(20) del Constitución local), a una asistencia particularizada propia de la tercera edad (artículo 21 inciso 6º(21) del plexo local) y a la seguridad social (artículo 14 bis(22) de la Constitución Nacional y 44(23) de la Constitución local). En efecto, es de toda evidencia que una restricción o menoscabo al derecho de opción de la obra social de fuente legal puede traducirse en una afectación indirecta a aquellos derechos de jerarquía constitucional, cuya garantía mediante acciones positivas resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas.

Especialmente, en la hipótesis de las personas mayores, pues bien puede presumirse que su condición demande una mayor cobertura y necesidad del sistema de salud. Repárese que la libre elección de obra social tiende a asegurar al individuo conjuntamente la de aquellos medios que se ostentan como más adecuados para garantizar su salud integral, bienestar y calidad de vida, incluso en su dimensión preventiva, lo que cobra especial gravitación para esta franja etaria. De ahí que no resulte antojadiza la implantación constitucional del derecho de la tercera edad a una asistencia particularizada en el citado artículo 21 inciso 6º del plexo local, en tanto da razón del trato prioritario que dispensa la lex superior en beneficio de este grupo implicado. De suyo, la adecuada cobertura en materia de salud se erige como una de las necesidades específicas de la tercera edad a las que refiere el texto del artículo 41 de la carta constitucional local cuando exhorta al Estado a velar por su protección e integración a través del diseño de políticas especiales que atiendan aquéllas. Por fin, no puede obviarse que la ley n° 153 -"Básica de Salud"- consagra en el artículo 4º inciso b) el derecho de todas las personas en su relación con el sistema de salud a "la inexistencia de discriminación de orden económico, cultural, social, religioso, racial, de sexo, ideológico, político, sindical, moral, de enfermedad, de género o de cualquier otro orden". En tales condiciones, no parece razonable presumir que a quienes más necesiten, menos se le acuerde a tenor de la interdicción de la arbitrariedad en el elaboración de categorías y la obligación tuitiva estatal de consagrar acciones positivas para favorecer a los sectores más desprotegidos.

3. La categoría sospechosa y la ausencia de fundamentación 3.1. A su vez, la diferenciación que crea el precepto en crisis a partir de la condición de afiliado activo o pasivo encuadra en la doctrina de las denominadas "categorías sospechosas" con origen en la jurisprudencia estadounidense(24) que exige un escrutinio

aún más estricto de la razonabilidad. Si bien esta construcción jurisprudencial se efectuó tempranamente a raíz de las categorizaciones de raza y religión, el Tribunal Superior de Justicia la ha demarcado para referir a discriminaciones legales que instituyen la edad como requisito restrictivo de ciertos derechos(25). Desde este enfoque, resulta forzoso que quien defiende la validez del precepto explicita las razones que justifican el empleo de la clasificación cuestionada, lo que traduce un deber de justificación singularmente agravado. No basta con señalar la licitud del fin a alcanzar con la norma en juego, en tanto deviene mandatorio que se exhiba la estricta necesidad de acudir a dicha distinción. Ello luce precisamente huero de contenido en autos.

3.2. Bajo tal perspectiva, no puede obviarse que no surge explicitado en el texto del artículo 3° de la ley n° 3.021 las motivaciones que aporten razonabilidad a la discriminación allí consagrada. La demandada, por su parte, no se ha hecho cargo de demostrar que la categoría de sujetos a la que se excluye del ejercicio de la alternativa dentro del conjunto de los afiliados de la ObsBA se apoya en indudables razones objetivas. Tampoco vierte explicaciones razonables y suficientes que acrediten cuál es el fin perseguido por la disposición legal en crisis y que el empleo de la clasificación dudosa resulta estrictamente necesario para el cumplimiento de aquél. Máxime cuando la singular situación de vulnerabilidad y la tutela constitucional preferente acordada al grupo etario implicado, colocaba en cabeza de la ObsBA una carga de argumentación y un andamiaje probatorio agravado para la defensa del precepto. Lejos de ello, la misma se ha limitado a transitar meras alegaciones dogmáticas y a recitar la literalidad del texto normativo impugnado y la validez de la opción de política legislativa que contiene la ley n° 3.021. ¿Por qué los activos pueden optar por otra obra social y los pasivos no? Parece que por puro decisionismo. Así las cosas, no resultan atendibles sus razones en el sentido de que el dictado de ésta importó regular -de un modo diverso a la ley n° 472- el derecho de opción de obra social. ¡Obviedad innecesaria de aclarar! Repárese que el derecho de libre opción de obra social en los términos del artículo 37 de la ley n° 472 permanece vigente desde que no ha sido derogado y viene a ser complementado por las disposiciones de ley n° 3.021 en juego. No puede obviarse que si bien el proyecto original del Poder Ejecutivo derogaba -entre otros- el artículo 37 de la ley n° 3.021, el texto sancionado por el parlamento deja incólume el derecho en cuestión(26). Por último, la ObsBA soslaya abiertamente o quizás no sabe que el pronunciamiento que cita en abono de su tesis fue revocado por la Alzada del fuero(27) en orden a declarar la inconstitucionalidad del precepto en pugna. Pareciera ignorar también que las distintas Salas de la Cámara de Apelaciones del fuero se han expresado en pareja inteligencia en repetidas ocasiones(28).

4. En esa suerte discurre igualmente la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia al fallar in re Touriñan, Norma Susana?(29), en el que se rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la ObsBA. El Tribunal Superior sostuvo que No es dudoso que personas en actividad y jubilados son categorías conceptualmente discernibles. Pero, la circunstancia que permite distinguirlos no constituye por sí una razonable causa para limitar a unos y abrir la posibilidad de elegir a otros. La mayor necesidad de servicio que podríamos presumir en quienes suponemos de mayor edad no parece un buen motivo para justificar que quienes más necesidades tienen menos reciban?(30) (resaltado agregado).

D Conclusión en orden al planteo de inconstitucionalidad Como corolario lógico del apartado precedente, deviene la descalificación al precepto en crisis en virtud de la distinción que consagra a partir de la condición de jubilado. Ello, por no encontrar sustento en pautas objetivas que acuerden validez a la restricción impuesta a los pasivos. En tales condiciones, a la luz de la especial protección reconocida al amparista, aquél contraviene el principio que alojan los artículos 28 de la Constitución Nacional y 10 de la carta local y por ende, conculca la garantía de la igualdad amparada por el bloque constitucional.

Por último, el frontal choque con este derecho tiene su correlato en la afectación de otros mandatos constitucionales, tales como el deber de la Ciudad de velar por el pleno goce de los derechos de las personas mayores (artículo 41 de la Constitución local), el derecho integral a la salud (artículo 33 de la Constitución Nacional y 20 de la Constitución local), a una asistencia particularizada de la tercera edad (artículo 21 inciso 6° de la carta local) y a la seguridad social (artículo 14 bis de la Constitución Nacional y 44 de la Constitución local). En consecuencia, corresponderá dar favorable acogida al planteo de inconstitucionalidad interpuesto por el amparista contra el artículo 3° de la ley n° 3.021 en tanto excluye al sector pasivo del derecho de opción de obra social. Igual suerte deja ello sellado para su reglamentación dispuesta en el artículo 3° del Decreto n° 377/09 por consiguiente.

III Control de Convencionalidad 1. La prestación del servicio de justicia no debe soslayar la obligación en cabeza de los magistrados de ejercer el control de convencionalidad, mediante la evaluación del respeto al plexo internacional de derechos de las normas aplicadas en cada caso. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los jueces ...deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana?(31). Conteste con ello, el Alto Estrado recoge de modo expreso el control de convencionalidad interno que enuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos como pieza central de la plena eficacia de los derechos humanos(32).

2. En el sub examine, resultan de aplicación directa las normas internacionales que consagran el derecho a la igualdad (artículo 1° (33) y 7°(34) de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; artículo 26(35) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; artículo II(36) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; artículos 1°

apartado 1(37) y 24(38) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículos 3º(39) y 4º(40) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 2.1. Refuerza la inconvencionalidad de la norma en crisis el principio de no regresividad al que el país y esta ciudad se hallan obligados a respetar en virtud del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales(41), incorporado a la Constitución Nacional y por el reconocimiento del artículo 10 de la constitución local a los tratados suscriptos. Desde luego, no resulta permisible la adopción de medidas regresivas que impacten negativamente en el pleno y efectivo goce de los derechos que consagra el plexo. 2.2. Por último, nótese que el sub discussio se encuentra conectado con otros derechos que gozan de idéntica tutela convencional. Tal es el caso del derecho a la salud integral consagrado en el artículo 25 inciso 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículos 10 inciso 1º y 12 incisos 1º y 2º puntos c) y d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 5º inciso 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre el particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de la Observación General n° 14(42) -sobre 'El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud'- interpreta que el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y rechaza la adopción de medidas regresivas en la materia. De igual modo interesa el derecho a la seguridad social que encuentra recepción en el artículo XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Especialmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General n° 19(43) interpreta el derecho a la seguridad social, reconocido en el artículo 9º del PIDESC, como comprensivo del 'derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente y del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales?'. Por último, no puede obviarse que el artículo 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- dispensa una protección especial durante la ancianidad. 3. En síntesis, desde la atalaya del bloque de legalidad supranacional reseñado, no se compadece la discriminación efectuada en el artículo 3º de la ley n° 3.021 -ni en su consecuente reglamentación alojada en el artículo 3º del Decreto n° 377/09- a partir de la condición de jubilado, en miras a privarlo del derecho de libre opción de obra social. Por ende, de consuno con el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos(44) en torno a las restricciones permitidas al ejercicio de los derechos, se concluye en la definitiva inconvencionalidad de la norma en juego y su reglamentación en tanto desnaturalizan el derecho a la igualdad que encuentra protección en las normas supranacionales antedichas. Ello en íntima conexión con el derecho a la salud integral, a la seguridad social y a una protección especial durante la ancianidad reseñados en el punto 2.2. supra. IV Conclusión y conducta a seguir por la ObsBA En virtud de las consideraciones ut supra apuntadas, constitucionales y supranacionales, corresponderá declarar la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad del artículo 3º de la ley 3.021 y su reglamentación del artículo 3º del Decreto n° 377/09 en cuanto limitan el derecho de elección de obra social a los afiliados activos de la ObsBA, por lo que se habrá de acoger favorablemente la acción constitucional deducida en autos. Como corolario de la conclusión arribada ut supra, la ObsBA deberá asegurar el derecho de libre opción del amparista, con idéntico alcance al que le es reconocido a los afiliados activos de la ObsBA. V Honorarios A los fines arancelarios, cabe señalar que al momento de regular honorarios el magistrado debe ponderar el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada, la complejidad y novedad de la cuestión planteada, el monto del asunto, el resultado obtenido y el tipo del proceso de acuerdo a lo reglado en la ley n° 5.134. El sublite es una acción de amparo no susceptible de apreciación pecuniaria en la cual se ha solicitado medida cautelar, se ha producido prueba y se ha obtenido resultado favorable para el actor. Con esta mirada se fijarán los respectivos emolumentos. Por todas las consideraciones vertidas, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar a la acción de amparo incoada por Juan Pablo Righetti (DNI ...), con costas (artículo 62 del CCAyT). 2º) Declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del artículo 3º de la ley 3.021 y de su reglamentación dispuesta en el artículo 3º del Decreto n° 377/09, en cuanto excluyen al actor del ejercicio del derecho de obra social que consagra el artículo 37 de la ley n° 472, a tenor de lo decidido en los apartados II y III. 3º) En consecuencia, condenar a la ObsBA a cumplir con lo ordenado en el apartado IV de la presente sentencia. 4º) Regular honorarios a favor de Marta Liliana Stirparo, en su calidad de letrada patrocinante del actor, en la suma de pesos veintiocho mil (\$28.000), más IVA en caso de corresponder. Los mismos deberán ser pagados por la ObsBA en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente. Todo ello, en virtud de lo expresado en el punto V supra y a lo reglado en los artículos 3º, 16, 17, 51 y 56 de la ley n° 5.134 y en la Resolución de Presidencia del Consejo de la Magistratura n° 675/16. Regístrese, notifíquese a las partes, al actor en su domicilio real a los fines arancelarios y al Fiscal en su público despacho y, oportunamente, archívese. Notas: (1) LAZZARINI, José Luis, El juicio de amparo, La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 243 y siguientes. (2) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala 1, 'Del Piero Fernando Gabriel c/ GCBA s/ ejecución de sentencias contra autoridad administrativa?', expediente n° 979/01, resolución del 11/12/2001. (3) TSJ in re 'Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad?',

sentencia del 27/12/2007.

(4) Artículo 3 ¿El afiliado que ejerza el derecho de opción debe hacerlo con todos los beneficiarios a su cargo, en un todo de acuerdo con el Régimen de Afiliaciones vigente en la ObsBA. No podrán ejercer la opción: a) los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 y b) los beneficiarios una vez terminada la relación de empleo?

(5) Sancionada el 25/02/1999 y publicada en el BOCBA n° 703 del 28/05/1999. (6) Alojados en el artículo 3° de la ley n° 153.

(7) Repárese que el 09/08/2016 ingresó al Senado de la Nación el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional por el que somete a consideración del Congreso Nacional el Proyecto de Ley tendiente a aprobar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, suscripta por la República Argentina el 15/06/2015.

(8) Entrada en vigor en el sistema interamericano de Derecho Humanos: 11/01/2017.
http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

(9) Artículo 28 ¿Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio?.

(10) Artículo 10 ¿Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos?.

(11) Artículo 16 ¿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?.

(12) Artículo 11 ¿Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad?.

Fallos 124:122; 126:280; 127:118; 151:359; 157:28; 184:592; 315:1190, entre muchos otros. (14) HARO, Ricardo. ¿La razonabilidad y las funciones de control?, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<http://www.acader.unc.edu.ar>. (15) Artículo 75 inciso 23 ¿Corresponde al Congreso: (...) 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los ancianos y las personas con discapacidad?.

(16) Artículo 41 ¿La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias. Para ello desarrolla políticas sociales que atienden sus necesidades específicas y elevan su calidad de vida; las ampara frente a situaciones de desprotección y brinda adecuado apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia; promueve alternativas a la institucionalización?.

(17) Artículo 80 ¿La Legislatura de la Ciudad: (...) 7. Legisla y promueve medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres; niñez, adolescencia, juventud, sobre personas mayores y con necesidades especiales?.

(18) CSJN, ¿Constantino, Eduardo Francisco c/ ANSES s/ reajustes varios?, Comp. CSS 14646/2002, del 7/06/2016.

(19) Artículo 33 ¿Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno?.

(20) Artículo 20 ¿Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad?.

(21) Artículo 21 inciso 6° ¿La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos: (...) 6. Reconoce a la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada?.

(22) Artículo 14 bis ¿El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna?.

(23) Artículo 44 ¿La Ciudad reafirma los principios y derechos de la seguridad social de la Constitución Nacional y puede crear organismos de seguridad social para los empleados públicos. La ley no contempla regímenes de privilegio?

(24)

?Korematsu v. United States?, 323 U.S. 214 (1944).

(25) TSJ, in re ?Salgado, Graciela Beatriz c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad?, expediente n° 826/01 sentencia del 21 de noviembre de 2001.

(26) En igual sentido: Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala I, in re ?Fiocca, Arnaldo Fernando c/ OSBA s/ Amparo (art. 14 CCABA)?, expte. n° 29.020/0, sentencia del 30/04/2009; Sala I, in re ?Kitaigrodsky Bernardino Nestor c/ GCBA s/ Acción meramente declarativa?, sentencia del 08/08/2014.

(27) Cámara de Apelaciones en lo CAyT, Sala II, ?Touriñán Norma Susana?, expte. n° 29510/0, sentencia del 10/06/2016; ?Laura, Guillermo Domingo?, expte n° 24615/0, sentencia del 10/06/2010.

(28) Sala I, in re ?Melito, Héctor Julio?, expte. n° 35353/0, del 17/12/2010; ?Ferrer Néstor Jorge?, expte. n° 26993/0, del 28/12/2010; ?Kitaigrodsky, Bernardino Néstor?, expte. n° 42995/0, del 08/08/2014; Sala II, in re ?Touriñán Norma Susana?, expte. n° 29510/0, del 10/06/2016; ?Laura, Guillermo Domingo?, expte n° 24615/0, del 10/06/2010; ?Vera, Marcelina Juliana?, expte. n° 40553/0, del 22/05/2014; Sala III, in re ?Pucci, Ana María?, expte. A36.859-2015/0, del 20/04/2016.

(29) TSJ, in re ?Touriñán, Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido?, sentencia del 09/05/2012.

(30) Del voto del Dr. Lozano.

(31) ?Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú?, sentencia del 24 de noviembre de 2006.

(32) CSJN,

in re ?Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad?, sentencia del 13/07/2007 (Fallos 330:33248). Repárese que la doctrina no se ha visto en nada alterada por el reciente pronunciamiento del Máximo Tribunal in re ?Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amito vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, expediente n° 368/1998(34-M)/CS1, sentencia del 14 de febrero de 2017.

(33) Artículo 1°

?Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos?.

(34) Artículo 7° ?Todos son iguales

ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación?

(35) Artículo 26

?Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social?.

(36) Artículo II ?Todas las personas son iguales ante

la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna?.

(37) Artículo 1° ?1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades

reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social?.

(38) Artículo 24 ?Todas las personas son iguales ante

la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley?.

(39) Artículo 3° ?Los

Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto?.

(40) Artículo 4° ?Los Estados

Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática?.

(41)

Artículo 2.1 ?los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos?. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

(42) <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view>.

(43)

http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN19

(44) Artículo 30 ?Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas?.

Correlaciones:

[Giordano, Graciela c/OSBA y otros s/amparo \(art. 14, CCBA\) s/recurso de inconstitucionalidad concedido y su acumulado, expte. 4269/05 OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Giordano, Graciela c/OSBA s/amparo \(art. 14, CCBA\) -](#)

Trib. Sup. Just. Bs. As. (Ciudad) - 04/04/2006

Nota:

(*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor

que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación.

014086E