

“EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”

**JORNADA DEL 29/11/2005, AULA MAGNA, FACULTAD DE DERECHO
(UBA)**

ORGANIZADA POR:

**ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES -ADC-
BRITISH COUNCIL DE ARGENTINA
RED POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD -REDI-**

**CON LA AUTORIA DE:
DRA. ISABEL FERREIRA Y LIC. MARIA CRISTINA PRADO**

**Y LA COLABORACIÓN DE:
DRES. MARIA INES BIANCO, PABLO OSCAR ROSALES, y LIC. GRACIELA
FIJTMAN**

Buenos Aires, noviembre de 2005

DOCUMENTO SOBRE LA SITUACION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN RELACION CON EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA

Justificación de la Jornada

Conscientes de la necesidad de encuadrar la temática de la discapacidad en el ámbito de los derechos humanos, en tanto la inclusión de las personas afectadas debe hacer eje en el resguardo de su dignidad personal.

Entendiendo que su dignidad pasa por la autodeterminación, la autonomía y la efectivización de sus derechos y obligaciones, al mismo nivel que el resto de la comunidad.

Sabiendo que las condiciones de marginación y vulnerabilidad económica se profundizan ante la existencia de una discapacidad (y viceversa), y que conspiran contra la posibilidad de satisfacción de los derechos más elementales.

Considerando que la inclusión de los grupos excluidos sólo es posible a partir de alcanzar un grado de desarrollo personal y social que le provea de los recursos para protagonizar sus propias vidas, con la posibilidad de participación social activa, en un marco de libertad y justicia.

Coherentes con la idea de que las personas con discapacidad –y sus entornos cuando correspondiere- requieren que se cumpla con el principio de equiparación de oportunidades, que permita alcanzar la igualdad más allá de lo declamativo.

Convencidas de que las medidas a implementar son una responsabilidad primaria del Estado, como garante del ejercicio de los derechos humanos y en su carácter de administrador de los fondos públicos.

Pretendiendo concientizar a los distintos factores de poder sobre la transversalidad de la discapacidad en todas las esferas de la vida y sobre las capacidades remanentes de las personas involucradas.

Convocando también a la concientización de la comunidad toda –aún desde su actividad privada- en aras de promover la inclusión de las personas con discapacidad.

Las Organizaciones Sociales y particulares que intervienen en la defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad -brindando prestaciones y servicios de asesoramiento y promoción-, han recurrido en diferentes instancias ejecutivas, legislativas y judiciales a los fines de incidir en las políticas públicas que se instrumentan -o deben instrumentarse- en torno a la discapacidad.

Para ello, han recurrido a las autoridades designadas en las distintas gestiones democráticas, con el objetivo de plasmar nuevos criterios acordes con los principios constitucionales e internacionales que consideran a la persona con discapacidad sujeto pleno de derechos, sin obtener significativos progresos en la calidad de vida cotidiana de las personas, a pesar de los avances sociológicos, tecnológicos y jurídicos operados en las últimas décadas, a nivel mundial.

Advertidas de que uno de los principales obstáculos a vencer es el altísimo grado de incumplimiento de la legislación vigente y de la función que al

respecto le cabe al Poder Judicial, es que se ha resuelto convocar a sus autoridades y agentes complementarios o auxiliares a participar de una actividad conjunta, a efectos de realizar un análisis de las dificultades que se presentan para lograr que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con el compromiso y apoyo de quienes invisten la más alta jerarquía en el tema que nos ocupa.

Metodología empleada

En el trabajo previo a la elaboración de este Documento, se realizó una encuesta entre un grupo de referentes claves dedicado a la difusión, promoción y defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad (Ver Anexo II).

Este Informe contiene las experiencias de las Organizaciones en relación con la población a la que cada una se dedica y las opiniones de profesionales comprometidos con la defensa de los derechos, ya sea desde su actividad privada o desde la función pública referente a la temática que nos convoca.

Se incluyen como Anexo I casos ilustrativos sobre la temática denunciada por esos mismos actores sociales, tanto desde el asesoramiento que prestan como desde su involucramiento en los casos de personas que asisten.

Conclusiones de las encuestas realizadas

Entre las conclusiones extraídas de su labor permanente surge que, a priori, los obstáculos para acceder a la Justicia son mayores que los logros obtenidos, como así también, se pone de manifiesto que son pocos los casos que son sometidos a la instancia judicial, en comparación con el nivel de incumplimiento de la profusa legislación vigente, tanto en el sector público como en el privado.

Si bien los resultados obtenidos son favorables a los reclamos que se efectúan, hay una opinión generalizada respecto a que los fundamentos que se utilizan tienden a la desvalorización de la persona como sujeto pleno de derechos, exponiendo una actitud paternalista.¹

También se hace referencia al alto incumplimiento de sentencias favorables², generalmente basado en cuestiones de escasez presupuestaria.

Sin embargo, queda plasmada la importancia de la actividad jurisdiccional a los fines de hacer efectiva la exigibilidad de los derechos, cuando logra modificar lo instituido en relación con el ejercicio de un derecho.^{3 4}

Una cuestión que está presente constantemente respecto a las sentencias judiciales es que no contemplan la complejidad o la singularidad de cada caso,

¹ “Conviene recordar asimismo que los menores, con quienes en este aspecto corresponde equiparar a los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos (v. doctrina de Fallos: 322:2701; 324:122). (Caso: “Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado nacional s/ Acción de Amparo. Fallo de la Corte Suprema).

² Intímese a la demandada U.N.T. a fin de que en el plazo de cinco días de notificado dé cumplimiento con la medida cautelar dictada en autos, bajo apercibimiento de desobediencia judicial.

Caso: “Keter, Sara Liliana c/ Univ. Nac. De Tucumán s/ Acción de Amparo”. Juzgado Federal n° 1 de Tucumán.

³ Que en estas condiciones, las consecuencias del criterio esgrimido por la Provincia de Buenos Aires -en cuanto a que la esclerosis múltiple no es una patología cubierta por la Dirección de Política del Medicamento y por lo tanto la droga prescrita no es provista por las autoridades locales- no pueden redundar en un perjuicio directo a la afectada, pues al privarla de la atención sanitaria que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires le garantiza, se estaría tolerando una desigualdad respecto de otras personas en similar situación pero aquejadas de enfermedades contempladas por el citado organismo en pugna con las disposiciones constitucionales y legales vigentes (Caso: “Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado nacional s/ Acción de Amparo. Fallo de la Corte Suprema).

⁴ (C. Nac. Civ., sala F, 28/02/2005- Triaca, Alberto J. v. Southern Winds Líneas Aéreas S.A.

5 Ver Anexo I – Caso 7. “Ramos, Victor y otros c/ Gobierno C.A.B.A. s/ Amparo. Expte. n° 50.832/98”

en tanto no se tratan los temas interdisciplinariamente ni las autoridades judiciales toman contacto directo con la persona que -o por la cual se- litiga.

a) Litigiosidad según temáticas

Respecto a las temáticas que se reclaman, hay una alta incidencia en relación con el derecho a la salud y a la accesibilidad física, tanto arquitectónica como al transporte público, aunque sobre transporte es escasa la litigiosidad a pesar del abrumador grado de incumplimiento.

El derecho a la salud es el que tiene un mayor índice de litigio, con casi el cien por ciento de acatamiento de los fallos judiciales, aunque algunos casos registran cierta lentitud en el cumplimiento. La mayor cantidad de reclamos en salud versa sobre medicaciones y la provisión de ayudas técnicas, por incumplimiento de las Obras Sociales y Empresas de Medicina Prepaga.

El derecho a la accesibilidad física también tiene un fuerte nivel de litigiosidad, pero escaso nivel de cumplimiento⁵.

El derecho al trabajo tiene un mayor índice de incumplimiento, pero el menor índice de litigiosidad, a pesar de que la discapacidad registra un porcentaje de desocupación superior al noventa por ciento.

El derecho a la educación, sólo aparece relacionado con el derecho específico a la accesibilidad y a la rehabilitación, cuando se reclama la supresión de barreras físicas o el reconocimiento de la prestación de transporte y, en escasas oportunidades, se relaciona con la accesibilidad tecnológica.

Otro derecho que origina un sinnúmero de reclamos es el de la seguridad social, pero son más la cantidad de actuaciones administrativas que judiciales.

b) Litigiosidad según tipo de discapacidad

En cuanto a los tipos de discapacidad que originan la mayor cantidad de litigios, se coincide en que son las personas con discapacidad motora las que más acciones promueven, siguiendo en orden de cantidad, los derechos de las personas con discapacidad mental, siempre en relación con el derecho a la rehabilitación y a la protección de persona.

En relación con la discapacidad auditiva, aparecen casos con mayor grado de dramatismo, desde que es usual que la imposibilidad o dificultad para comprender sus testimonios le suelen adjudicar componentes de discapacidad intelectual, lo que se agrava por la escasa disponibilidad de intérpretes de señas o métodos alternativos de comunicación, con el agravante de que en los casos de analfabetismo, dan lugar directamente a la declaración de insania.

Obstáculos detectados sobre el acceso a la Justicia

1) Desconocimiento de las personas con discapacidad sobre los derechos de que son titulares y de los procedimientos aptos para exigir su efectivización.

En relación con este obstáculo, se pone de manifiesto la violación del derecho a la información.

La ausencia de políticas públicas en materia de difusión de los derechos que les competen a las personas con discapacidad incide negativamente en el efectivo conocimiento de las leyes y en la forma de materializarlos.

La persona con discapacidad no se reconoce, así, como sujeto de derechos y, por ende, difícilmente, acceda a la defensa de lo que desconoce.

Ese desconocimiento se advierte ante un estilo de vida signado más por la dependencia y asistencia que por la participación directa en los asuntos de interés personal y social.

La representación que la persona con discapacidad tiene de sí misma, producto del imaginario social, sostiene la creencia de que la persona es un ser desvalido o excesivamente demandante, inhibiéndolo de proceder al reclamo.

Esto se agrava cuando la litigiosidad tiene influencia en sus relaciones cotidianas (vecindario y ámbitos educativos o laborales), dada la influencia que ellos ejercen ante la necesidad de contención que la discapacidad demanda, si la persona no puede satisfacer sus necesidades por sí misma.

"Hablar del sufrimiento humano implica y significa tomar al derecho en "sentido subjetivo. Las amenazas y/o violaciones de derechos humanos tienen por consecuencia sufrimiento/ padeceres/ aflicciones, que siente, que va sintiendo el ser humano; y su configuración -por ejemplo, cuantitativa o cualitativa- es obra de la ley subjetiva o de la subjetividad legal." ⁶

También, cabe mencionar, en el caso de las personas con discapacidad, la lentificación, postergaciones y esfuerzo invertido en procurar la defensa de un derecho.

Un obstáculo generado desde el imaginario colectivo -en tanto conjunto de creencias que modelan las conductas humanas y se toman como verdades inmutables- en la construcción de la subjetividad de las personas con discapacidad, es la fuerza con que la discapacidad tiñe toda singularidad de la persona, incidiendo en la imagen que construye de sí misma, en la que se naturaliza la pasivización, la infantilización y también el sometimiento.

El desconocimiento del derecho queda marcado como el mayor obstáculo, pero dicho desconocimiento es emergente de la dificultad de poder apropiarse de quién es, de poder llevar adelante proyectos y deseos. Es fundamentalmente, la dificultad para sentirse habilitado para ejercer sus propios derechos.

El ser parte en un proceso judicial donde se respete el derecho a manifestarse, a ser oído, a participar y a argumentar por derecho propio, es una práctica socio-política que fortalece el desarrollo de la subjetividad, aun con el costo social y personal de la confrontación.

⁶ Conf. Dra. Mirta Bokser. "Legalidades ilegítimas: Derechos Humanos y prácticas sociales" Pág. 47 (Ediciones Colihué). Año 2002.

El involucramiento de las personas con discapacidad en la exigibilidad de cumplimiento de un derecho, no solo puede imponer en la agenda política un tema, sino que dicho accionar en sí mismo favorece la subjetivación y la construcción de derecho.

2) Desconocimiento tanto de la legislación específica como de la problemática por parte de los profesionales llamados a prestar asesoramiento y a intervenir judicialmente.

Otro obstáculo que aparece en forma reiterada es la falta de formación profesional de los abogados y de otros profesionales con funciones complementarias a la labor judicial.

La ausencia de la temática en las currículas de grado de las carreras universitarias -como de cualquier instancia educativa- produce un desconocimiento de la legislación vigente y, por ende, de los derechos que las personas con discapacidad están habilitadas para reclamar.

Desconocer la problemática relativa a cada tipo de discapacidad no permite evaluar una solución acorde a esa especificidad, para determinar el marco en que ese derecho debe ejercerse; no permite, en definitiva, tener en cuenta las diferencias subjetivas que cada caso entraña.

A partir de ello resulta imposible efectivizar el principio de equiparación de oportunidades y se torna dificultoso ejercer el derecho de defensa en juicio en la medida que es difícil encontrar un patrocinio adecuado.

La persona con discapacidad no puede buscar asistencia jurídica en cualquier estudio que no esté específicamente conectado de alguna manera con la discapacidad o comprometido con la defensa de los derechos humanos; dos ámbitos que resultan reducidos, en tanto no siempre las personas con discapacidad *sin* participación social tienen acceso a ellos.

Todo ello, con el agravante de que esa falta de formación profesional incide también en el desarrollo del proceso judicial en tanto no se recurre a la multi o interdisciplinariedad que el caso amerita.

Se piensa que una de las maneras de producir y promover conocimiento – tanto de las personas discapacitadas como de los profesionales- sería mediante la incorporación de la temática en las actividades de todos los sectores sociales, dada la transversalidad de la discapacidad en todas las esferas de la vida diaria, lo que convocaría a una efectiva responsabilidad social y profesional.

3) Fallas en los sistemas y procesos de peritación.

No se reconoce en una gran cantidad de peritajes, resultados adecuados a cada situación en particular, careciendo sus dictámenes de la especificidad necesaria con relación a la temática de la discapacidad, atento no encontrarse presente el trabajo de un equipo interdisciplinario, indispensable para lograr un informe que no solo establezca incapacidad, sino que le indique también al juez, en su calidad de técnicos auxiliares de la justicia, las funcionalidades y potencialidades de la persona con discapacidad, a fin de permitir en los casos pertinentes la integración, en virtud del principio de equiparación de oportunidades.

Las poblaciones más afectadas por la falta de mecanismos de evaluación de diagnóstico diferencial por parte de los Peritos son las personas con discapacidad intelectual (reducción de capacidades cognitivas) y/o psiquiatrizadas y los discapacitados auditivos, donde la falta de pruebas o de legitimación suelen ser causa de rechazo de la acción, violándose el derecho de defensa en juicio.

Son intervenciones en que no se valorizan las capacidades remanentes, de modo que se dictamina en forma automática, sin considerar la opinión de la misma persona o de quienes conforman su entorno más inmediato en la cotidianidad⁷.

Afortunadamente, se realiza una valoración adecuada respecto a la labor de las/os Trabajadoras/es Sociales, aunque sería de esperar que se incrementara su labor en la etapa de seguimiento del caso particular.

No ocurre lo mismo con las Pericias Médicas, en tanto los profesionales que intervienen suelen esgrimir el “techo” de los procesos de rehabilitación antes que privilegiar el derecho del reclamante a insertarse socialmente por medio de la utilización de todas las herramientas y metodologías disponibles.

4) Falta de aplicación de los mecanismos de contralor en el sistema de representación.

La figura más cuestionada es la representación que ejercen los Curadores, sobre la que se reclama mayor control por parte de los Jueces.

Se considera que es escasa la cantidad de Curadores en comparación con la cantidad de población a representar.

Se sostiene que hay abusos en virtud de la vulnerabilidad del representado y se hace referencia a la apropiación de los bienes del Curado y a la falta de consideración de sus necesidades puntuales.

Se advierte la falta de aplicación de mecanismos de contralor que permitan el seguimiento del accionar de los Curadores o la efectiva implementación de un instrumento que impida la desprotección del que, a raíz de la obligada dependencia con su representante, no puede reclamar o exigir nada sino por su intermedio.

Se desnaturaliza, así, su condición de persona y se la somete a situaciones indignas, sobre todo si se ha ordenado su internación o no cuenta con un grupo familiar continente.

También queda manifiesta la necesidad de que se establezcan controles sobre las Curatelas que recaen sobre familiares, desde que no todos ejercen la representación en beneficio de la persona con discapacidad.

Esto guarda relación con la necesidad de imprimir a la actividad judicial mecanismos innovadores, en que a los efectos de mejor proveer, se modifique la carátula cuando es necesario disponer una Curatela.

La declaración de insania debería ser una medida extraordinaria para los casos en que la discapacidad mental presentara un alto grado de desvalimiento.

En todos los casos debería reconocerse al representado poder ser vocero de sus necesidades.

⁷ Anexo I - Caso 6 Juzg. Nac. en lo Civil n° 88

Sería imprescindible transformar la figura de demencia en inhabilitación, donde se tenga en cuenta la gradualidad para ejercer ciertos actos por sí mismos, en resguardo de su dignidad y su autodeterminación⁸.

Estas falencias en el sistema de representación tienen, también, una nefasta consecuencia respecto a los pacientes psiquiatrizados, quienes habiendo superado la etapa crítica de sus reacciones, permanecen institucionalizados en virtud del estigma de peligrosidad⁹ –para sí o para terceros- que dio lugar a la intervención médica o judicial.

No encuentran en sus representantes la defensa de sus derechos ni en la sociedad los medios de inclusión que les permita dejar de estar institucionalizados y sujetos a medicaciones que cada día los aleja más de acceder a un plano de “normalidad”, por incumplimiento de la legislación vigente¹⁰ y la insuficiencia de las partidas presupuestarias asignadas por el Estado para implementar servicios intermedios y efectuar los seguimientos necesarios.

5) Conflictos normativos.

Aparte de las legislaciones -nacional y locales- vigentes, existe una gran cantidad de normativas internacionales que aluden a los derechos de las personas con discapacidad, siendo el de no-discriminación¹¹ el que engloba a todos los otros derechos generales y específicos que les son reconocidos a las personas con discapacidad, desalentando toda conducta que resulte un impedimento, una restricción o un menoscabo en el ejercicio de un derecho, ya sea a propósito o por su simple efecto.^{12 13 14}

Existen en torno a la discapacidad, una serie de normas cuya aplicación a un caso concreto resulta discriminatoria, ya sea por su efecto o por su propósito.

Así también, existen normas que resultan discriminatorias en relación con la legislación que regula nuevos derechos reconocidos, justamente, en respeto al principio de no-discriminación¹⁵.

Y, por último, existen normas que provocan discriminación al no ser aplicadas¹⁶ y otras, en sentido inverso, al ser aplicadas estrictamente en base a la letra¹⁷.

Así, se pueden citar casos emblemáticos donde queda reflejada la importancia de la actividad jurisdiccional para instituir un orden que permita a las personas

⁸ Desde A.P.A.D., en el año 1989, se llevaron a cabo acciones judiciales contra la certificación de discapacidad de sus operarios que quedaban catalogados como inválidos para todo acto, incluido el laboral -, por lo que se pidió la revisión al Tribunal de San Martín de las declaraciones de insania y su reemplazo por la de inhabilitación, del art. 152bis del Cód. Civil, lo que tuvo eco favorable.

⁹ Ver Anexo I – Caso 8

¹⁰ Ley n° 448 de Salud Mental en la Ciudad de Buenos Aires.

¹¹ El principio de no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Las distinciones basadas en el género, la raza, la religión, el origen nacional, se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. Con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, "que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios".

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aunque no se pueda probar la intención discriminatoria.

¹² Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación n° 5.

¹³ Ley 25.280. Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

¹⁴ Ley nacional n° 23.592

¹⁵ Ley nacional n° 25.871

¹⁶ Ley nacional n° 24.314. Caso: “Verbrughe, Ma. Inés c/ Estado Nacional – Empresa Trenes de Buenos Aires s/ Amparo”

¹⁷ Decreto n° 432/1997

con discapacidad ejercer sus derechos a pesar de las limitaciones o requisitos que indican las normas vigentes.

Pese a que la ley 24.901 establece que la discapacidad debe acreditarse, conforme a lo establecido por el artículo 3º de la ley 22.431 y por leyes provinciales análogas, es decir con el certificado de discapacidad, no dice desde cuándo debe tenerse certificado de discapacidad para acceder a las prestaciones de las leyes.

La enorme demora del Servicio Nacional de Rehabilitación en la entrega de los certificados¹⁸ y la falta de Juntas de Evaluación en la mayor parte de las provincias, no fue un impedimento para que la Corte Suprema de Justicia afirmara: *“Que del modo en que han quedado planteadas las cuestiones, corresponde señalar en primer lugar que durante el trámite de la queja ante este Tribunal, el aludido Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de las Personas con Discapacidad constituyó una junta médica que ratificó el diagnóstico de parálisis cerebral que padece el niño y expidió el certificado de discapacidad requerido en las leyes 22.431 y 24.901 -arts. 3 y 10, respectivamente-, lo que lo habilita a recibir atención sanitaria y los servicios específicos allí detallados que deben prestarse para su recuperación (fs. 156, 159/160). Que dichas circunstancias tornan improcedente el agravio de arbitrariedad fundado en la ausencia de pruebas válidas respecto de la minusvalía alegada y de legitimación para solicitar el amparo sin contar con el certificado médico de la autoridad competente, planteo sobre el cual insiste la recurrente aun después de haber acompañado a las actuaciones la constancia -proveniente de esa misma parte- que admitió oficialmente la discapacidad del menor, la necesidad de su tratamiento y las posibilidades de rehabilitación mediante las terapias previstas en la ley 24.901, lo que revela manifiesta desaprensión en la defensa y un injustificado desinterés por el esclarecimiento de la situación que compromete la salud del niño (fs. 63/66 vta. de la queja)”*. Concretamente la Corte Suprema de Justicia legitimó expresamente un amparo iniciado sin certificado de discapacidad, pero que fuera obtenido en el curso del proceso¹⁹.

En el mismo sentido, cabe citar los casos de menores hijos de extranjeros en situación migratoria irregular, a quienes no se les entrega el certificado de discapacidad, por carecer de documento nacional de identidad.

Así también, el caso de personas en situación de indigencia que revisten la condición de discapacidad y se les niega el otorgamiento de un beneficio no contributivo, en base a los requisitos impuestos por el Decreto n° 432/1997, que exigen contar con veinte años de residencia en el país (lo que por otra parte, en el caso de menores se trata de un requisito de imposible cumplimiento), para acceder al derecho de seguridad social a cargo del Estado. La norma entra en clara colisión con lo establecido por la Ley nacional n° 25.871, cuyo art. 6º determina: *“El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los*

¹⁸ Resolución N° 88/2005 Defensor del Pueblo de la Nación, Publicada en el Boletín Oficial del 07/11/2005

¹⁹ En autos: “Monteserín, Marcelino v. Estado nacional-Ministerio de salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad s/recurso de hecho”, M.375.XXXVI, del 16/10/2001

nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social”

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires ha intervenido en reiteradas presentaciones al respecto, recomendando al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad proceda a otorgar el respectivo certificado de discapacidad, teniendo por acreditada la identidad mediante el número de pasaporte, en concordancia con lo dictaminado posteriormente por la Dirección General de Migraciones²⁰, sin perjuicio de poner en conocimiento de la Comisión de Discapacidad de la Cámara de Diputados de la Nación la necesidad de adecuar el Decreto n° 432/1997 al contenido de la citada Ley de Migraciones y de los Tratados internacionales incorporados a la Constitución.

No poseer certificado de discapacidad priva a su eventual titular de lograr la cobertura integral de las prestaciones que requiera su salud y su rehabilitación²¹, de su derecho a la gratuidad en el transporte público²² y de inscribirse como postulante a las distintas modalidades de inserción laboral²³, además de no poder tramitar una reserva de estacionamiento domiciliario²⁴ o adquirir un vehículo con franquicia²⁵ y de percibir asignaciones familiares²⁶.

De modo que son muchos los derechos conculcados a partir de los conflictos que surgen de la aplicación de una norma que no tenga en cuenta el resto del plexo normativo y las circunstancias singulares de cada caso.

6) Escasez de recursos económicos para satisfacer necesidades básicas y afrontar los gastos de la acción judicial.

En general, quienes deben recurrir a una acción judicial son personas cuyo grado de vulnerabilidad impacta en la posibilidad de contar con recursos económicos para hacer frente a los gastos que la acción demanda (traslados, documentación, costas, honorarios, etc.).

La reiteración del maltrato en el violentamiento de los derechos humanos genera condiciones para la reproducción y profundización de la indefensión que caracteriza a la pobreza.

Un ser humano que desde su gestación, por desnutrición de su madre, o en sus primeros años de vida es insuficientemente alimentado, que en su etapa de escolarización no recibe los estímulos adecuados para el aprendizaje, que luego no se inserta laboralmente en un contexto que le permita satisfacer sus necesidades básicas, reproduce el modelo de la pobreza.

Una persona que nace sin déficit biológico, termina teniendo limitaciones en razón de las carencias socio-ambientales (por ejemplo: dificultades en la atención, en el aprendizaje, en la expresión, en la comunicación, en la transmisión del pensamiento, en la organización de sus acciones, etc.)

Imaginemos las consecuencias de esta circunstancia en relación con las personas con discapacidad, donde aparte de la condición limitada de sus

²⁰ Actuación n° 2049/03 – Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires

²¹ Ley nacional n° 24.901

²² Ley nacional n° 25.635

²³ Leyes nacionales n° 22.431 y 25.689, n° 24.308 Y Decreto n° 1553/1997 (Cdad. de Bs. As.) y Ley n° 1502 (Cdad. de Bs. As.), Ley n° 10592 (Pcia. de Bs. As.) Ley nacional n° 24.147.

²⁴ Ley n° 438 (Reserva de espacios de estacionamiento en la Cdad. de Bs. As.)

²⁵ Ley nacional n° 19279.

²⁶ Ley 24714 (Ley de asignaciones familiares)

capacidades remanentes, se dan condiciones limitantes en orden a lo socio-ambiental.

En el contexto socio-económico actual, cada vez son más los sectores que sufren limitaciones de todo tipo, y todas ellas “discapacitan” al ser humano para integrarse a una trama social, que, a corto plazo, de continuar estas condiciones, aumentará su fragilidad a niveles de catástrofe.

La dependencia que se establece en el tiempo con los tratamientos de rehabilitación, que se desarrollan a fin de favorecer la superación de las limitaciones derivadas de la discapacidad, la escasa capacitación que deviene de la exclusión educativa, la mínima inserción laboral, las continuas crisis económicas por las que atraviesa el país, posicionan a las personas con discapacidad en niveles de vulnerabilidad que se potencian en comparación con el resto de los grupos vulnerables –citados por la Constitución Nacional-.

El acceso a la justicia en esas condiciones de marginación pasa a segundo plano para quienes deben priorizar sus necesidades básicas, antes que dedicarse a buscar un profesional que acepte asesorarlo y patrocinarlo, sin que le requiera sumas por adelantado.

Los servicios jurídicos gratuitos sólo toman casos sin contenido patrimonial, en defensa de intereses corporativos, antes que privilegiar el derecho de defensa de los intereses del reclamante, quien no puede recurrir a cualquier estudio jurídico por el desconocimiento ya señalado y por la inaccesibilidad física que caracteriza a la mayoría de los edificios; inaccesibilidad que no está ausente en el servicio jurídico gratuito de la U.B.A. en el edificio de Tribunales²⁷ y en la mayoría de las Organizaciones de Derechos Humanos.

7) Escasa conciencia sobre el principio de equiparación de oportunidades.

Otro principio que debe siempre tenerse presente es el de igualdad de oportunidades²⁸.

No basta con declarar la igualdad de todos los seres humanos, porque eso es una falacia en la medida que no todos ocupan la misma condición socio-económica, ni cuentan con los mismos recursos físicos y/o psíquicos.

Igualar significa dar un mismo punto de partida para el ejercicio de derechos similares; acordar medidas positivas de modo de posicionar a un ser humano en la situación en que estaría si no contara con las limitaciones que le dificultan el ejercicio de un derecho.

Tener contacto directo con el reclamante es fundamental para conocer las medidas a implementar en pos de su equiparación de oportunidades, en tanto es un sujeto único e irrepetible y conoce mejor que nadie sus necesidades específicas.

Es, simplemente, el reconocimiento de su derecho a ser oído, a manifestarse, a petionar. Y esto es válido para cualquier tipo de discapacidad porque atañe a su condición de persona, independientemente del régimen de representación al que esté sometido jurídicamente.²⁹

²⁷ Palacio de Justicia. Talcahuano 550, 8° piso.

²⁸ Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidades; art. 75, inc. 23; art. 42 de la Const. De Ciudad.

²⁹ Ver Declaración de Montreal sobre la Deficiencia Intelectual. Año 2004.

No basta con reconocerle a un individuo el derecho a la educación. Es imprescindible dotarlo de establecimientos adecuados, con recursos humanos suficientes y materiales didácticos y tecnológicos apropiados³⁰.

En el caso específico de la discapacidad, la falta de accesibilidad física³¹, la ausencia de materiales didácticos y tecnológicos apropiados a cada tipo de discapacidad, la falta de profesionales o docentes especializados –según el caso- promueven que un educando que debería recibir educación en establecimientos de enseñanza común sea incluido en la enseñanza especial, con el consiguiente déficit en la integración social. Y, por el contrario, educandos que son integrados en la educación común sin contar con las pautas inclusivas que le permitan compartir todas las actividades que desarrollan el resto de los educandos, promoverá un déficit pedagógico y quedarán aislados del contexto en que se desenvuelven por poca o nula capacitación para desarrollar la etapa siguiente, que es la de inclusión laboral.

Y al respecto del empleo debe señalarse que el índice de desocupación registrado entre las personas con discapacidad demuestra –como ya dijéramos- el mayor grado de incumplimiento.

Barreras como las culturales -que supone a la persona con discapacidad como no apta para el trabajo, como no capaz de cumplir horarios, como no suficientemente capacitada para las tareas encomendadas- requieren también de medidas positivas para adecuar físicamente los lugares de trabajo, de la disponibilidad de tecnología, de la interdisciplinariedad que señale la forma más conveniente de desarrollar las tareas aumentando su rendimiento.

Requieren, en definitiva, que se ponga especial énfasis en el principio de equiparación de oportunidades. Porque la inclusión en una actividad productiva remunerada –estructurante del resto de la vida- será la determinante del cumplimiento de las obligaciones a afrontar en el orden familiar, tributario y social.

Nadie puede cumplir horarios si no cuenta con medios de transporte aptos para su desplazamiento; nadie puede desarrollar una tarea si no dispone de las herramientas necesarias; nadie puede cumplir con lo encomendado si no tiene la preparación básica que le indique el cómo. Ello es así haya o no discapacidad presente.

La tarea en esas condiciones no tiene eficiencia ni eficacia, sea quien fuere el que las tenga que realizar, tenga o no discapacidad. Resulta obvio que si al común de los trabajadores se les pone a su disposición determinados bienes acordes con el trabajo que se les encomienda, al trabajador con discapacidad le corresponde tener a su alcance las herramientas que le permitan aprovechar sus capacidades remanentes.

Para ejemplificar podría citarse la relación entre empleo y accesibilidad al transporte. Cualquier trabajador llega a su lugar de trabajo mediante el uso de transporte público, que resulta inaccesible para las personas con discapacidad motora. Estos se ven obligados a utilizar taxis, remises, vehículos particulares o transportes especiales, cuyo costo equivale a gran parte del sueldo. Equiparar oportunidades significa ordenar medidas que acrecienten la cantidad de

³⁰ "¿Qué le pasa a la ciencia y a la tecnología con las personas con discapacidad: las ve, las escucha, o es sorda y ciega?", VIII Conferencia Científica del Programa CYTED, Panamá, 2000 (Fundación Rumbos) Lic. E. Joly

³¹ Informe "Educación Inclusiva y Accesibilidad Edilicia en Argentina" Fundación Rumbos. Año 2005.

transporte público accesible³² o incorporar a la remuneración un plus para hacer frente a las erogaciones respectivas³³.

Si no se da la inserción laboral, el único recurso existente –aunque insuficiente– para satisfacer necesidades es la seguridad social, mediante el otorgamiento de beneficios no contributivos, que constituyen una carga ociosa para el Estado y, por ende, para la comunidad toda.

Aunque los importes de las ayudas sociales se han duplicado, los mismos resultan insuficientes para satisfacer las necesidades básicas y los procedimientos para su obtención resultan tediosos e interminables, constituyendo reales barreras para la accesibilidad de las personas con menores recursos económicos, sociales y culturales.

Esto estigmatiza a la persona afectada en tanto reafirma su dependencia de terceros, en lugar de hacerlo valer como sujeto de derecho; como individuo titular del derecho constitucional a la seguridad social con prescindencia de las posibilidades o voluntad del tercero.

8) Falta de aplicación de regímenes de penalidades.

La Justicia puede imponer sanciones en caso de verificar el incumplimiento de la legislación vigente y de las sentencias, desde que sus resoluciones son vinculantes.

Tiene a su alcance los medios para obligar al respeto de la legislación nacional e internacional que excede el plano de las multas tradicionalmente impuestas y que han demostrado ser un benéfico recurso que premia a aquellos que, sistemáticamente, evaden la aplicación de la ley, a sabiendas que el precio a pagar por ello no excederá el pago de una sanción pecuniaria mínima.

Esto constituye una arbitrariedad más, en tanto los regímenes de penalidades que en cada caso se apliquen contienen otras sanciones que llegan a la suspensión o anulación de las concesiones que se otorguen (si nos referimos a la actividad privada prestataria de servicios públicos)³⁴ y a la inhabilitación para ejercer la función pública y al resarcimiento por los daños y perjuicios que irroge el incumplimiento de los deberes de funcionario público³⁵.

9) Lentitud procesal.

La justicia es oportuna o deja de ser justicia. Esto cobra una vital importancia respecto a la discapacidad. Cuando una medicación o un tratamiento de rehabilitación se aplican tardíamente, se pierde quizás la única oportunidad de hacerlo en forma efectiva. No cualquier momento es apto para emprender y continuar una terapia necesaria.

Los tiempos de la Justicia deben respetar esa necesidad. Por eso ha tenido gran importancia la aplicación de medidas cautelares o autosatisfactivas que agilizaron la cobertura de determinadas prestaciones en salud.

³² La Secretaría de Transporte de la Nación, en sentido contrario, ha prorrogado la obligación de incorporar unidades accesibles al transporte automotor de colectivos de pasajeros (Resoluciones ST n° 3/2002, 6/2003, etc.)

³³ Hasta hoy, esa medida positiva sólo fue contemplada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires para su personal con discapacidad que integra la planta permanente y que ha hecho uso de su facultad de iniciativa legislativa para extender esta medida a toda la administración pública de la Ciudad de Buenos Aires.

³⁴ Decreto n° 253/1995.

³⁵ Código Penal: arts. 248 y concs.

Sin embargo, estas medidas no han sido aplicadas en relación con el derecho a la educación, al transporte ni al trabajo.

El tiempo que se pierde en decidir una determinada medida administrativa o judicial puede marcar la diferencia entre un niño rehabilitado y otro absolutamente desprotegido; entre un hombre o mujer insertos o excluidos de la sociedad; entre una vejez digna o una indigna.

La legislación da las pautas para hacer Justicia; el poder político, en sentido contrario, cuando incumple la normativa da las pautas para la injusticia, máxime si el poder de contralor no es ejercido correcta y oportunamente.

10) Ausencias y falencias en la reglamentación.

La reglamentación de la ley no puede determinar otros alcances y contenidos a los derechos que la ley acuerda; la función ejecutiva de reglamentación es determinar la forma de aplicación de la ley, sin alterar su espíritu imponiendo restricciones o dificultando el ejercicio del derecho sancionado evitando, así, la intervención del poder legislativo que le dio origen³⁶ o, en otro aspecto, la dilación en el procedimiento de la reglamentación no puede cercenar o limitar el ejercicio de los derechos conferidos por la ley³⁷.

La falta o excesos en la reglamentación puede tornar inaplicable la ley, con el consecuente perjuicio de quienes resulten beneficiarios de la norma, como ocurre con los preceptos constitucionales que a pesar de ser normas operativas, quedan sujetas a reglamentaciones que –generalmente, por cuestiones de orden político- se demoran y conculcan la efectividad de un derecho^{38 39}.

11) Escasez de partidas presupuestarias.

La falta de partidas presupuestarias a los efectos de la concreción de un derecho es, tal vez, el argumento más esgrimido para justificar el incumplimiento legal, tanto por parte del Estado como de particulares.

Sin embargo, es significativa la cantidad de inversiones que se realizan en nombre del cumplimiento de una norma, que resultan inútiles dispendios de fondos (ejemplo, vados peatonales antirreglamentarios en las esquinas de la Ciudad de Buenos Aires, medidas de accesibilidad en edificios particulares) y que terminan siendo simples simulacros de acciones positivas.

En otro orden de cosas, en relación con las partidas presupuestarias destinadas desde el Estado para sostener económicamente Programas, Planes, Proyectos creados a los efectos de la inclusión social de las personas con discapacidad, conviene recordar la historia de la Ley nacional n° 24.452, cuyo art. 7 disponía que los recursos generados por las multas aplicables a cheques mal confeccionados, tendrían como destino excluyente el financiamiento de los programas para las personas con discapacidad.

³⁶ Como ocurre con la interpretación dada por las Obras Sociales y empresas de medicina prepaga al contenido de las Resoluciones emanadas de la Administración de Programas Especiales, del Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación, en relación con la aplicación de la Ley nacional n° 24.901

³⁷ La falta de reglamentación de los arts 33 a 37 de la Ley n° 24.901 (prestaciones de ayuda económica a discapacitados) implica que las Obras Sociales nieguen su obligación de acordar subsidios en situaciones de carencia económica, con el acuerdo del Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas.

³⁸ Art. 43 de la Constitución de la Ciudad de Bs. As (reserva de cupo laboral en la administración pública local), cuya ley reglamentaria (Ley n° 1502) fue sancionada ocho años después.

³⁹ Ley nacional n° 25.689 (modificatoria de la Ley 22.431)

Independientemente de la objeción que esos Programas puedan merecer (en tanto están dirigidos a sustentar las actividades de Instituciones convocadas a reemplazar al Estado en lo que debiera ser su obligación, en lugar de priorizar la calidad de vida de las mismas personas con discapacidad), es oportuno poner sobre el tapete lo ocurrido con lo recaudado en aquel concepto⁴⁰.

Tanto el Menemismo⁴¹ como el Gobierno de la Alianza⁴² desvirtuaron una y otra vez el destino de estos recursos hasta reducirlos a cifras insignificantes en relación con las necesidades que afectan la calidad de vida de millones de seres humanos y su entorno familiar.

No conformes con ese saqueo, la “era Cavallista” concluyó el operativo mediante la “Ley de Competitividad” derogando el sistema de la Ley del Cheque y anulando toda posible recaudación de fondos para solventar los Programas en Discapacidad⁴³.

Todo ello, sin que el tema mereciera la atención de ninguno de los Poderes del Estado, ya que la acción judicial iniciada en sede penal contra las autoridades del Banco Central, entre otros, que habían permitido el desvío ilegal de fondos fue rechazada in limine.

Hoy, la vigencia de la nueva Ley de Cheques (n° 25.730, sancionada el 1° de Marzo de 2003) requerirá que los poderes de contralor ejerzan sus funciones con mayor responsabilidad.

12) Mínima actuación de oficio por parte del Poder Judicial.

*“Toca a los Jueces asegurar que los derechos se cumplan. Esta visión es, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga”*⁴⁴

Para ello se vale de pautas que permiten evaluar el caso y brindar la respuesta más conveniente, tales como:

a) El principio de no-discriminación

Resulta claro que para preservar la dignidad de un sujeto es una condición necesaria que cada uno sea tratado razonablemente y no según factores arbitrarios que no dependen de la voluntad personal, con la respectiva prohibición de usar en contra de esas personas un criterio basado en esos factores.

La igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y justicia en el trato que se depara a los hombres.

Nuestra ley antidiscriminatoria no enumera taxativamente cuales son los motivos de discriminación, pero la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad no deja lugar a dudas cuando refiere a que será considerada como tal, tanto cuando la conducta se proponga obstruir o limitar el ejercicio de un derecho, como cuando surta ese efecto independientemente de la intención.

⁴⁰ http://www.casi.com.ar/publicaciones/sintesis_forense/numero093/nota05.htm.

⁴¹ Mediante Decreto de Necesidad y Urgencia N° 347/99

⁴² En el primer Presupuesto Nacional de la “época aliancista” se comprueba la desviación de veinticinco millones de pesos hacia el rubro “Rentas Generales

⁴³ Documento de la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad –REDI- (I.G.J. 000754), del 13 de Febrero de 2002, presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación.

⁴⁴ (cfr. Germán Bidart Campos, “Derecho al desarrollo”, prólogo).

De modo que producir una marginación, estigmatización, degradación o humillación⁴⁵ basta para considerar violado el principio de no-discriminación, impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En virtud de ello, todos los Estados tienen la obligación erga omnes, es decir, ante la comunidad internacional, de impedir cualquier forma de discriminación, inclusive la derivada de su política interna.

La prohibición de la discriminación "es un valor esencial para la comunidad internacional, por ello ninguna política interna podría estar dirigida a la tolerancia o permisividad de la discriminación en cualquier forma que afecte el goce y ejercicio de los derechos humanos".

La igualdad ante la ley y la no-discriminación son principios esenciales que se aplican a todas las materias. Por lo tanto, cualquier actuación del Estado, inclusive la que estuviere conforme a su legislación interna, que subordine o condicione los derechos humanos fundamentales de algún grupo de personas implica el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones erga omnes de respetar y garantizar estos derechos y, en consecuencia, acarrea su responsabilidad internacional agravada y es legítimo que la invoque cualquier sujeto de derecho internacional.

Sin embargo, son múltiples los casos que se advierten donde, pacíficamente y con la anuencia de los poderes públicos, se transgrede este principio.

Lo laboral⁴⁶ y el transporte público^{47 48} para personas con discapacidad son dos ejemplos típicos de discriminación.

b) La letra y el espíritu de la ley

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere⁴⁹, desde que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, por considerar que la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas, no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa, como de la judicial.

Sobre la base de lo expuesto, cabe mencionar que la hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos o arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o desemboque en consecuencias concretas notoriamente disvaliosas.

Así, la jurisprudencia tiene dicho que aplicar la ley, en modo alguno puede devenir en una tarea mecánica, porque ello es incompatible con la naturaleza

⁴⁵ Ley nacional n° 23871 que declara de interés la lucha contra el SIDA.

⁴⁶ Ver Anexo I – Casos 1, 2 y 5

⁴⁷ Unión de Usuarios y Consumidores c/ TBA, Secret. de Transporte y CNRT (Juzg. N° 1 del Fuero Contencioso, Administrativo Federal, donde se declaró la discriminación en razón de condiciones socio-económicas.

⁴⁸ Informes n° 13 y 14/2003 Auditoría General de la Nación – Dictamen INADI

⁴⁹ (Fallos 241:277).

misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley, con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros, no se compeadece con la misión de administrar justicia⁵⁰.

c) Aplicación de medidas positivas para equiparar oportunidades

Lo dicho conlleva la necesidad de no “encorsetar” el derecho; no aplicar una norma sin advertir la posibilidad de encontrar en el plexo jurídico y/o contextos científicos o sociológicos, las medidas afirmativas que faciliten el ejercicio de un derecho de modo de efectivizar el desarrollo personal y la inclusión en la sociedad, privilegiando la libertad y la dignidad.

Una medida positiva consiste en implementar una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales⁵¹.

Es atribuir ventajas a determinadas categorías (individualizadas sobre la base de uno de los factores que, en principio, prohíben establecer diferencias) respecto de las cuales se ha demostrado una historia de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso.

No hay coincidencia doctrinal sobre si hay un verdadero derecho subjetivo del ciudadano frente al Estado para que tome este tipo de medidas, pero en el derecho argentino, las medidas previstas en el art. 75 inc. 23 implican la obligación de legislar y promover políticas tendientes a efectivizar la igualdad de trato y oportunidad respecto de las personas más vulnerables, como son los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados (sin perjuicio de que esta enunciación no sea taxativa).

Dado que las acciones positivas persiguen fines justos, no puede considerarse que entren en colisión con los principios generales del derecho, ya que provocan la reflexión social, favorecen la democratización y la tolerancia por lo diferente y producen mejoras sociales.

Las mejoras sociales pueden ser de dos tipos:

- 1) Utilitaristas (el nivel promedio colectivo de bienestar de la comunidad mejora, aunque pueda decaer el bienestar de algunos individuos);
- 2) Ideales (permiten aproximarse a una sociedad ideal, se mejore o no el bienestar promedio).

Aunque la acción positiva es un mandato dirigido al Congreso, no sería la primera vez que la Corte, frente a normas dirigidas al legislador, las ha tomado en cuenta como pautas que también deben influir y orientar en la interpretación judicial de las causas sometidas a decisión de los tribunales⁵².

Se entiende que la norma es operativa; por eso, si el legislador no legisla para promover la igualdad real, la jurisdicción ordinaria está facultada a fin de asegurar un real ejercicio de los derechos individuales⁵³.

Desde que hasta el momento no parece que el art. 75 inc. 23 haya producido muchas transformaciones en nuestra sociedad (por el contrario, los niños de la

⁵⁰ (Fallos 234:482; 249:37, entre otros).

²¹ Código Penal: arts. 248 a 268

⁵¹ Concepto emanado del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa. Asociación de Abogados de la Capital Federal. Año 2001

⁵² Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aida. Las acciones Positivas.

⁵³ Barbarosch, Eduardo, La igualdad real de oportunidad en la reforma de la constitución nacional, en Estudios sobre la reforma constitucional de 1994, obra colectiva coordinada por G. Bidart Campos y H. Sandler, Bs. As., Depalma, 1995, pág. 92.

calle aumentan, la ley de solidaridad previsional -ley 24463- dilata las pretensiones procesales de los ancianos; los discapacitados no consiguen trabajo, etc.), una vez más, la Constitución promete medidas que luego no se ven reflejadas ni en la legislación ni en la realidad⁵⁴, lo que obviamente enfatiza la discriminación que los grupos vulnerables padecen.

d) Control de constitucionalidad

Hay mucho por hacer en relación con el cumplimiento del Derecho, en cuyo desarrollo y evolución siempre ha sido el género humano el factor determinante; el centro de toda acción en pos de la dignidad, libertad y justicia de todos los seres humanos, sin distinción de ningún tipo.⁵⁵

Es el Poder Judicial el que tiene los mecanismos para ejercer el contralor del cumplimiento de la ley y de las acciones del poder público obligado a sancionarla y ejecutarla, sin violar los principios constitucionales y los Tratados internacionales.

Ha reiterado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el control de la constitucionalidad es función suprema y fundamental del Poder Judicial. Ello, por cuanto los jueces, en los casos que se llevan a su conocimiento deben constatar si las leyes (o actos administrativos), guardan o no conformidad con los preceptos constitucionales y abstenerse de aplicarlos en su caso, pues es una manera de garantizar la supremacía del derecho de la Constitución, ante posibles abusos de los demás poderes del Estado.

Respecto a la posibilidad de actuar de oficio, se entiende que hay razones para justificarlo ampliamente, en el sentido de que el magistrado no puede cerrar los ojos y aplicar la norma infraconstitucional violatoria de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos de igual rango, cuando las partes no han hecho el planteo en el proceso.

Ello equivale a admitir que la fuerza normativa de la Constitución debería ceder ante la inacción de los litigantes, cuando incumbe al juez resguardar la supremacía de la Constitución (art., 31 de la C.N.) y que tratándose de una cuestión de derecho, corresponde por aplicación del principio "iura novit curia" declarar la inconstitucionalidad de oficio⁵⁶.

Es significativo destacar que con la reforma constitucional de 1994, el art., 43 de la Constitución Nacional habilita a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de oficio en los amparos- cuyo ámbito de acción ha sido substancialmente ampliado - al igual que la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art., 14) y que algunas constituciones provinciales (La Rioja, Río Negro entre otras) lo imponen como deber.

Cabe destacar la doctrina derivada de un fallo de la Corte Suprema⁵⁷, que si bien no implica la habilitación a los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley en cualquier supuesto, sí se los autoriza en situaciones muy precisas:

⁵⁴ Carnota, Walter, Las medidas constitucionales de acción positiva y su incidencia en el derecho del trabajo, Doctrina Laboral, Errepar, oct. 1996 n 134, pág. 877.

⁵⁵ CSJN "Campodónico de Beviacqua, Ana c/Ministerio de Salud y Acción Social" 24/10/2000

"El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de la naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"

⁵⁶ (Conf. Bidart Campos, G. " El derecho de la Constitución y su fuerza Normativa", Ed. Ediar, pág. 423/7, y C.S.J.N. autos " Ricci c/ Autolatina "

⁵⁷ "Mill de Pereyra" (E.D. del 28/12/01

a) cuando la violación de la Constitución sea de tal entidad que justifique la abrogación de la norma en desmedro de la seguridad jurídica, ya que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad; b) cuando la repugnancia a la Constitución sea manifiesta e indubitable, ya que en caso de duda debe estarse por la constitucionalidad; c) cuando la incompatibilidad sea inconciliable, o sea, cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones distintas que las constitucionales comprendidas en la causa; d) cuando su ejercicio no suponga en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta, lo que determina el carácter incidental de este tipo de declaraciones de inconstitucionalidad o sea, que se ejerce sólo cuando es necesario remover un obstáculo que se interpone entre la decisión de la causa y la aplicación directa a ésta de la Constitución Nacional; e) cuando la declaración de inconstitucionalidad no vaya más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso; f) cuando la declaración de inconstitucionalidad no tenga efecto derogatorio genérico.

A partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos (art., 75 inciso 22 de la C.N.), hizo que éstos pasen a integrar el bloque de constitucionalidad, entendido como conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución documental⁵⁸.

Al establecerse que los tratados son superiores a las leyes, no hizo más que recoger lo ya establecido por la Corte en los autos " Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo" del 7-7-92. Cabe agregar que en lo referente a la operatividad de los Tratados, a raíz de la mención de que estos adquieren rango constitucional "en los términos de su vigencia" en el aludido art. 75, inc. 22, ello debe interpretarse como la misma Ley Suprema.

Cabe mencionar además, que el derecho judicial o sea la jurisprudencia de la Corte, que también integra el bloque de constitucionalidad, es de aplicación obligatoria, en la medida en que constituya una interpretación de las normas constitucionales.

En cuanto a las vías idóneas para el control de la constitucionalidad, es relevante señalar la evolución jurisprudencial de la Corte toda vez que partiendo de la primitiva vía incidental, indirecta o de excepción, en relación al objeto principal del juicio, admite hoy bajo el art. 322 del Código Procesal, dos tipos diferentes de acciones declarativas: a) la acción declarativa de certeza, dentro de la cual puede ejercerse control constitucional y b) la acción declarativa de inconstitucionalidad, siempre que se trate de un caso judicial, para precaver las consecuencias de un acto en ciernes y siempre que el actor tenga legitimación procesal⁵⁹

Corresponde destacar en primer plano, la posición que ocupa en el Derecho, la Constitución como Ley Suprema y tener en cuenta que ella es un pacto, donde confluye lo político y lo jurídico y que el Estado de Derecho significa la primacía de la Constitución.

⁵⁸ (Bidart Campos, " El derecho de la Constitución....", Ediar, pág. 264)

⁵⁹ (Conf. Bianchi, A.B. "De la acción declarativa de certeza a la acción declarativa de inconstitucionalidad", E.D. 22/2/01; C.S.J.N " Gomer S.A. c. Pcia. de Córdoba" Fallos 310-142. año 1987; "Estado Nacional c. Santiago del Estero" Fallos 310-2812 año 1987; "El Libertador S.A. c. Buenos Aires", Fallos 321-2527/30 año 1994; "Central Neuquen S.A. c. Buenos Aires" Fallos 318-30 año 1995; "Pereyra c. Estado Nacional, Fallos 320-1556 año 1997 entre otros).

33 Conf. Dr. Bidart Campos

Si la Constitución no obtiene efectividad a través de conductas espontáneas de los agentes gubernamentales y de los particulares, su propia fuerza normativa tiene que conducir a movilizar un aparato instrumental garantista para instar a su defensa, a su acatamiento, a su efectividad, o en último caso a la sanción o reparación de su trasgresión⁶⁰.

El Poder Judicial cuenta, entonces, con la ventaja de poder actuar de oficio y determinar qué norma se aplica o deja de aplicar para evitar la discriminación y la dependencia o el avasallamiento de las personas con discapacidad, entre otras.

CONCLUSIONES

A partir de que quedan demostradas:

- a)** las limitaciones que las personas con discapacidad deben superar para la efectivización de sus derechos humanos (barreras culturales, económicas, físicas –arquitectónicas, urbanísticas y del transporte-, comunicacionales, lingüísticas, sociales y de todo tipo);
- b)** la insuficiencia de los asesoramientos y servicios de patrocinio existentes en la materia, en razón de la no-incorporación de la temática en las etapas de formación de los profesionales (y, por ende, funcionarios);
- c)** la ausencia de políticas públicas dirigidas a atender la problemática;
- d)** la escasa “presencia” de la discapacidad en las cuestiones generales de la comunidad toda (lo que no convoca el interés de la mayoría de las entidades ni la responsabilidad empresarial).

Resulta imprescindible que desde las autoridades judiciales y sus agentes auxiliares o complementarios (Defensores, Fiscales, Peritos, Curadores, Amigos del Tribunal):

- 1)** Se tome contacto con la singularidad y especificidad de cada tipo de discapacidad.
- 2)** Se respete la cercanía o contacto directo con el reclamante con discapacidad –o su entorno cotidiano, si correspondiere- y su situación de vida, premisa que debería enmarcar todo proceso judicial, en los que también debería estar presente la opinión de los profesionales y/u Organizaciones sociales dedicadas a la defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad.
- 3)** Se ordene, cada vez que se dicta una sentencia, que se prevean las partidas presupuestarias necesarias para hacerla cumplir.
- 4)** Se ejerza un mayor control sobre los procesos de Peritación y de Representación y enfatizar procesos de seguimientos en cada caso planteado.
- 5)** Se resuelva una mayor actuación de oficio en tanto la mayoría de los derechos son conculcados por incumplimientos legales.
- 6)** Se expidan transversalmente respecto a lo atinente a la discapacidad, ante cada caso que se plantee, ya que no hay actividad de la esfera humana que esté exenta de influir o estar influida por su incidencia.
- 7)** Se instrumenten mecanismos que faciliten contrarrestar las limitaciones que condiciones socio-económicas deficitarias imponen, de modo de plasmar, en forma efectiva, los principios de no-discriminación y de equiparación de oportunidades a través de medidas positivas.

8) Se adecue la intervención del Poder Judicial a lo establecido por el Derecho Internacional de Derechos Humanos, independientemente de las políticas internas que se implementen en el país.

Agradecemos muy enfáticamente este primer contacto, en la convicción de que el intercambio de ideas abre un ancho y largo camino hacia la definitiva inclusión de las personas con discapacidad, en una sociedad enriquecida por la diversidad.

Tener presente y proveer conforme

SERA JUSTICIA

ANEXO I

Casos Ilustrativos.

Se hace referencia en esta sección a los casos aludidos por las Organizaciones Sociales, omitiendo la identidad de sus protagonistas en respeto a su derecho a la privacidad.

Caso 1 (lentitud procesal): En el año 1994, ex combatiente de Malvinas, presentó una solicitud para ingresar a trabajar en la Dirección General de Aduanas. El Ministerio de Economía, a través de la Administración Federal de Ingresos Públicos, respondió que las vacantes se encontraban congeladas y que no obstante ello, se procedería a registrar su solicitud para ser evaluada en la oportunidad en que resultara factible disponer designaciones de personal. Atento a la cantidad de contrataciones efectuadas por la Dirección General de Aduanas, sin respetar la prioridad del cupo establecido a favor de los ex-combatientes para ingresar a trabajar en los puestos de trabajo que se producen en la Administración Pública, se promovió recurso de amparo que está esperando sentencia desde octubre de 2004.

Caso 2 (incumplimiento de sentencia): Un contador público nacional con disminución total de la vista en su ojo izquierdo ha enviado notas a la mayoría de los organismos del Estado para que lo contraten en cumplimiento del cupo laboral reservado por Leyes nacionales 22.431 y su modificatoria n° 25.689 (sin reglamentar), y el art. 43 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, reglamentado por Ley n° 1502.

Se promovió amparo ante el Juzgado N° 10 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, que obligó mediante su fallo al Gobierno porteño a responder, en el plazo de diez días, la información solicitada por el demandante, en el marco de la ley 104 de Acceso a la Información pública, sobre los mecanismos de contratación de personal en la administración pública porteña y el número de empleados existentes, discriminados por dependencia, incluyendo el detalle de trabajadores discapacitados que actualmente cumplen funciones.

El fallo también ordena al Gobierno a llamar a concurso para cubrir vacantes en la administración porteña, limitándolo a personas con necesidades especiales, y a adoptar medidas concretas para acreditar la idoneidad profesional del autor de la demanda, a fin de que pueda acceder "de manera urgente" a un puesto en el ámbito del Ejecutivo local.

Asimismo, el Juez le otorga diez días al Ejecutivo local para cumplir con lo ordenado, haciendo personalmente responsable al Jefe de Gobierno en caso de incumplimiento, bajo apercibimiento de aplicarle "sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas", cuyo importe se destina a la persona afectada.

El Gobierno de la Ciudad apeló la sentencia. El 23 de diciembre de 2004 la sala II de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad confirmó el fallo de primera instancia, tal como ocurrió con el Tribunal Superior de Justicia.

El profesional continúa desocupado.

Caso 3 (discriminación laboral): Persona con discapacidad motora, trabajadora de la Dirección General de Aduanas, donde por decisión de las autoridades se originaron tareas no acordes con su estado físico, reducción de haberes y cambio de lugar de trabajo con mayores costos de traslado.

La referente, considerando el acto del traslado como discriminatorio y contrario a los derechos de las personas con discapacidad, presentó un recurso de reconsideración, sin recibir respuesta alguna.

Caso 4 (desatención profesional): Paciente diabético de la Ciudad de Bs. As., amputado de ambos miembros inferiores en un hospital público, cuyo servicio social intervino en oportunidad de su externación hasta trasladarlo a un Hogar de la Pcia. de Buenos Aires.

Las autoridades del Hogar gestionaron beneficio no contributivo, pero no lo afilian al Programa Federal de Salud (PROFE), aunque afirman que sí.

Sostienen que procede la externación del Hogar y lo remiten en remisa a Bs. As., dejándolo en la Comisión Nacional de Discapacidad, desde donde lo derivan al PROFE.

La persona queda en situación de calle por no encontrar el PROFE prestador de Hogar con Centro de Rehabilitación para personas discapacitadas físicas.

Proponen su derivación a la localidad de Bernal, a un hogar para discapacitados mentales.

Caso 5 (lentitud procesal): Persona hipoacúsica invoca cupo laboral para su ingreso en la administración pública, que le sugiere tramitar beneficio no contributivo.

Promueve recurso de amparo en el año 2003. Espera sentencia de primera instancia desde diciembre de 2004.

Caso 6 (falencia en proceso de peritación): Madre de dos hijos con discapacidad intelectual solicita curatela para ambos, señalando el art. 141 del Cód. Civil para uno de ellos y el art. 152bis para el otro, por estar capacitado para trabajar y manejarse en forma autónoma.

Después de la intervención pericial, el Juez ordena la Curatela para ambos hijos por art. 141 del Cód. Civil.

Recurrida la medida, se ordena una nueva pericia, a cargo del mismo profesional con intervención de otros peritos que no participan personalmente en la entrevista, con lo que el Juez confirma lo dictaminado, indicando a la madre no evaluar los dictámenes periciales.

Caso 7 (medida innovadora – incumplimiento legal): La demanda se originó en las consecuencias provocadas por la ordenanza 46.275, sancionada por el ex Concejo Deliberante en 1996, que resolvió en parte el problema de la seguridad en los ascensores --al exigir la eliminación de las puertas tipo "tijera"-- pero generó un inconveniente grave a muchas personas que se movilizan en sillas de ruedas.

El juez dispuso la integración de una comisión conformada por representantes del Gobierno de la Ciudad, el INADI, las asociaciones de discapacitados y la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la UBA, a fin de elaborar en el término de treinta días un nuevo proyecto que regule las reformas en los ascensores.

En el caso de que la norma no fuera sancionada, el juez dictaría la sentencia pertinente.

Posteriormente, la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley n° 161 (B.O.C.A.B.A. n° 668, 8/4/1999), incumplida por el Poder Ejecutivo.

Nota: Adviértase la incoherencia del proceso legislativo que con fecha 10 de febrero de 2000 (B.O.C.B.A n° 878), sancionó la ley n° 292, cuyo art. 2 pone en vigencia la Ley n° 161.

Caso 8 (estigmatización – violación del principio de no-discriminación):

Una joven con atraso mental fue acusada por los vecinos de haberse practicado un aborto y debió estar encerrada en la jefatura de la Policía local hasta que el médico forense, por presión de la Asociación de Padres y Familiares de Personas Discapacitadas de la Costa del Río Uruguay, indicó al juez que lo mejor en el caso hasta que se realizara el ADN del feto era que estuviera en libertad. Una vez que se determinó que nada tenía que ver esta joven con el feto encontrado cerca de su vivienda, se le dictó el sobreseimiento definitivo

La familia sigue pagando hasta la fecha las costas (en cuotas que el abogado defensor les impuso en su momento), por lo que hasta debieron vender la vivienda.

Caso 9 (violación del principio de equiparación de oportunidades):

Menor con parálisis cerebral fue expulsada del único Centro de Educación Terapéutica (C.E.T.), de la Ciudad de Colón, en la Pcia. de Entre Ríos en febrero de 2002, como reacción ante los reiterados reclamos de su madre sobre la debida atención que requería la menor y condiciones de accesibilidad al establecimiento.

Se promovió un amparo por la expulsión, en el que el Juez interviniente falló a favor del CET, no hizo lugar a la medida cautelar y esta niña quedó sin cobertura en rehabilitación y educación especial hasta llegar a un arreglo extrajudicial con la obra social, por el que se dispuso la cobertura en otra Institución.

Caso 10 (respeto al principio de equiparación de oportunidades):

Un menor internado en un hospital público debe ser externado por el riesgo de infecciones intra-hospitalarias, por lo cual se prescribe internación domiciliaria.

Las condiciones de inhabilitabilidad de su domicilio indicaban un riesgo mayor en la salud del menor, por lo que se promovió un amparo en defensa del derecho a la vivienda digna y cobertura asistencial a fin de hacer frente a las erogaciones que ello demande.

Se obtuvo sentencia favorable por la que se le adjudicó un hábitat seguro para la internación domiciliaria y un subsidio acorde.

ANEXO II

Listado de Entidades / Personas Encuestadas

Agradecemos la participación de las siguientes organizaciones y personas que colaboraron brindando información para la elaboración de este documento:

Bea Pellizzari, Ps. Soc. .Asociación Civil “La Usina”

Laura Gobet, Lic en Psicología. “La Colifata”, Radio de pacientes del Borda

Ana Tisera, Lic. en Psicología. Hospital Borda y Facultad de Psicología UBA, Cátedra de Psicología Preventiva

Marcela Vasquez. Fundación Steps

Graciela Fijtman, Abogada (Comité de Legales) y Elsa Mechanik , Secretaria (Comité Ejecutivo). F.E.N.D.I.M

Pablo Rosales, Abogado. “Programa de actualización y Profundización en Discapacidad”, Facultad de Derecho - UBA y “Seminario de Investigación en Discapacidad” , Instituto Gioia

Hugo Fiamberti, Lic. en Trabajo Social. APDDUS (Asociación Para la Defensa del Discapacitado y el Usuario de Salud)

Juan Seda, Abogado. Programa” Universidad y Discapacidad “. Carrera docente de la Facultad de Derecho – UBA

Gladys Monti. APEBI (Asociación para Espina Bífida e Hidrocefalia)

Pablo Molero. Foro Pro, Arquidiocesis de Buenos Aires

Ana Dorfman, Lic. en Trabajo Social. AMIA- Departamento de Discapacidad

Hugo García Gracilazo, Abogado. Asesor en Discapacidad

Gabriela Torcal. Fundación “Acceso Ya”

Eduardo Joly, Lic. en Sociología y Silvia Coriat, Arquitecta. Fundación Rumbos

Ana Dones, Consejera Social. “FALDAD” Taller Protegido de Producción. REDI (Red por los derechos de la personas con discapacidad)

Ana María Martínez . Asociación de Padres y Familiares de Personas Discapacitadas de Costa Rio Uruguay. REDI (Red por los derechos de la personas con discapacidad)

Maria Ines Bianco, Abogada. Area Legal de Atención de Personas con Discapacidad de las siguientes Fundaciones en discapacidad: EMA, Creciendo, AEPSO, APEHI, AMAR, FIPAM y Asesora de la Asociación Facundo

Mabel Remón, Perito Forense. ASAM (Asociación Sordomudos de Ayuda Mutua)

Adelma Molinari. Taller Protegido de Producción APAD. GLARP

Patricia Bollini, Terapista Ocupacional. Area Laboral- ADEII (Asociación para el Desarrollo de la Educación Especial y la Integración). GLARP

Alejandra Armentaro. ASAC (Asociación de Ayuda al Ciego)