

Citar Lexis N° 0003/008797

DERECHOS Y GARANTÍAS/05) Igualdad/d) Discriminación

Villaverde, María S.

LexisNexis Jurisprudencia
Argentina

La respuesta judicial a las personas con discapacidad (El señorío
de la llamada del otro a mi responsabilidad respecto a él)

2002

Doctrina

JA 2002-II-1421

La justicia es siempre revisión de la justicia y esperanza de una justicia mejor.

Emmanuel Levinas ("Entre nosotros").

SUMARIO:

I. El problema de la efectividad.– II. La respuesta jurisdiccional: a) La especialización y la intermediación; b) La trascendencia de los hechos en la justa aplicación del derecho; c) La medida autosatisfactiva; d) La acción positiva judicial; e) El condicionante socioeconómico y el Equipo Técnico judicial.– III. Conclusión

I. EL PROBLEMA DE LA EFECTIVIDAD (1)

No es la escasez normativa el obstáculo a la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad, cuya primera aspiración es ser tratadas como personas en el doble orden del hecho y del derecho; pues tanto en la dimensión internacional como en la nacional y la provincial, ha quedado consagrado el mandato de remover todo obstáculo a su integración social.

No puede obviarse el esfuerzo realizado a escala mundial para dignificar las condiciones de vida de las personas con discapacidad. La propia Declaración de Derechos Humanos (1948) (LA 1994-B-1611) afirma el derecho de todas las personas sin distinción, a la igualdad de acceso a los servicios públicos, a la seguridad social o a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos han sido concretados en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966) (LA 1994-B-1633), el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966) (LA 1994-B-1639) y la Convención de Derechos del Niño (1989) (LA 1994-B-1689) que dedica su art. 23 a los niños con discapacidad, señalando que "los Estados parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan bastarse a sí mismo, y faciliten la participación activa del niño en la comunidad".

Específicamente, la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental (1971) y la declaración de Derechos de los Impedidos (1975), establecen que los disminuidos mentales deben gozar de los mismos derechos que los demás seres humanos (hasta el máximo grado de viabilidad), tienen esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana... y el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible.

Asimismo Naciones Unidas dedicó el año 1981 y el período 1983-1992, a las personas con discapacidad, abriendo de ese modo enfoques más operativos, que se concretaron en el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad (PAM. - 3/12/1982) y, posteriormente, las

Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad (NORUM.– 20/12/1993).

El Programa de Acción Mundial contempla especialmente los problemas de las personas discapacitadas en los países en desarrollo: los pobres, sus familias y la discapacidad (43); la atención médica deficiente; la discriminación de la mujer por ser la cuidadora por excelencia (45); el niño (46); las personas mayores (47); la prevención (53); los conceptos asociados discapacidad–minusvalía, pues la discapacidad no tiene necesariamente que originar minusvalía; haciendo especial hincapié en la educación permanente del público y de los profesionales (54–5).

Recomienda el PAM. a los Estados, prestar atención a determinados derechos (educación, trabajo, seguridad social, protección contra tratos inhumanos y degradantes) y examinar esos derechos desde la perspectiva de las personas con discapacidad. Pues ello contribuye al propósito general de ambos instrumentos internacionales (PAM. y NORUM.), que se dirige a la promoción de medidas eficaces para la prevención, la rehabilitación y la equiparación de oportunidades, siendo sus objetivos básicos la igualdad y la plena participación. La equiparación de oportunidades es entendida como un proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad se hace accesible a todos; se halla en estrecha relación con la minusvalía, que precisamente ocurre cuando se encuentran barreras que impiden el acceso a los diversos subsistemas de la sociedad que están a disposición de otros.

En el ámbito nacional, el texto del art. 75 inc. 23 CN. (LA 1995–A–26), resultante de la reforma constitucional de 1994, incorpora las medidas de acción positiva para los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Se sostiene que la enumeración no es taxativa, pudiéndose entonces agregar otras personas que se consideren desfavorecidas. En realidad, la categoría de las personas con discapacidad no estaba contemplada en el texto original y fue introducida por el proyecto del convencional Pedro Molina, presentado en el expediente 709138. (La técnica de las acciones positivas, examinada cuidadosamente por Kemelmajer de Carlucci) (2).

La situación de las personas discapacitadas también ha obtenido en los textos constitucionales provinciales una especial protección, que implica "el mandato constitucional de superación de todos los obstáculos de cualquier naturaleza que conlleven para quien se encuentre en esa condición –una discriminación o distinción motivada por su calidad de discapacitado– (art. 11 y 36.5 Const. Prov. Bs. As.) (3) (LA 1994–C–3809).

En forma similar, reconocen la necesidad de la protección integral de la persona con discapacidad, las constituciones de las provincias de Catamarca (1988 – art. 65), Córdoba (1987 – art. 27 [LA 1988–A–799]), Formosa (1991 – art. 72 [LA 1991–A–968]), Jujuy (1986 – art. 48 [LA 1986–B–2058]), La Rioja (1986 [LA 1986–B–2150]), Salta (1986 [LA 1986–A–710]), Santiago del Estero (1986 [LA 1986–A–895]), San Luis (1987 [LA 1987–A–1428]), Río Negro (1988 [LA 1988–B–2907]), Tucumán (1990 [LA 1991–A–505]), San Juan (1995) (4).

Del mismo modo que se ha dicho que el derecho del trabajo surge históricamente como una gigantesca medida de acción positiva, lo mismo puede afirmarse de la profusa legislación sobre discapacidad, en los aspectos atinentes a la prevención, a la rehabilitación o a la plena integración y participación social.

Legislación Nacional:

Ley 25280 – Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala – publicada en el B.O. el 3/8/2000 (LA 2000–C–3121).

Ley 24901 – Discapacidad. Sistema de Prestaciones Básicas, en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad. Objetivo. Ámbito de aplicación. Población beneficiaria. Prestaciones básicas. Sistemas alternativos al grupo familiar. Prestaciones complementarias – publicada en el B.O. el 5/12/1997 (LA 1997–D–3798).

Ley 22431 – Sistema de protección integral de discapacitados – publicada en el B.O. el 20/3/1981 (LA 1981–A–202).

Ley 25346 – Día Nacional de las Personas con Discapacidad: el 3 de diciembre – publicada en el B.O. el 27/11/2000.

Ley 25404 – Salud pública. Establécense medidas especiales de protección para las personas que padecen epilepsia – publicada en el B.O. el 3/4/2001 (LA 2001–B–1484).

Ley 25415 – Programa nacional de detección temprana y atención de la hipoacusia. Creación del citado Programa en el ámbito del Ministerio de Salud. Prestaciones obligatorias que deberán brindar las obras sociales y asociaciones de obras sociales regidas por leyes nacionales y entidades de medicina prepaga – publicada en el B.O. el 3/5/2001 (LA 2001–B–1484).

Ley 25421 – Programa de asistencia primaria de salud mental. Creación del Citado Programa, designando al Ministerio de Salud como organismo de aplicación. Atención primaria. Promoción y protección. Prevención – publicada en el B.O. el 3/5/2001 (LA 2001–B–1485).

Legislación Provincial:

Ley 10205 – Pensiones Sociales. Texto actualizado del Texto Ordenado por decreto 176/1994 con las modificaciones introducidas por las leyes 11592 y 11698 . – publicado en el B.O. el 23/11/1984 (LA 1995–C–3718) – Reglamentación: decreto 1197/1985 (LA 1985–A–346).

Ley 10422 – Aprobando acuerdo entre la República Argentina, el Gobierno de la Provincia y el Fondo Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF.) – publicado en el B.O. el 28/8/1986 (LA 1986–B–1555).

Ley 10436 – Régimen de amparo para la protección socioeconómica del afectado de Tuberculosis. Deroga a la ley 7124 y al decreto ley 7282/1967 – publicado en el B.O. 24/9/1986 – Reglamentación: decreto 170/1991 .

Ley 10574 – Aprobando convenio entre la Comisión de Investigación Científica de la Provincia y Organismos de Naciones Vecinas y UNICEF. – publicada en el B.O. el 27/11/1987.

Ley 10592 – Régimen jurídico básico e integral para discapacitados (LA 1987–B–2198). Texto actualizado por leyes 10836 (LA 1989–C–3013), 11134 (LA 1991–C–3515), 11493 (LA 1994–A–545), 11628 y 12332 (LA 1999–C–3540). – publicado en el B.O. el 1/12/1987, 21131 – Reglamentación: 1149/1990 (LA 1990–A–507).

Ley 10593 – Régimen de prestaciones previsionales para agentes discapacitados. Modifica inc. I del art. 4 e inc. b del art. 58 ley 9650/1980 – publicado en el B.O. el 1/12/1987 (LA 1987–B–2203).

Ley 10281 – Crea el patronato de externados (pacientes mentales) – publicada en el B.O. 9/10/1989 (LA 1985–B–1542) – ley 10315 (complementaria) (LA 1985–B–1575).

Ley 11420 – Crea Fondo para la Reinserción Social Productiva para la conformación de Cooperativas de Producción y Trabajo para ex drogadependientes, ex alcohólicos, liberados, egresados de Institutos de Menores, discapacitados – publicada en el B.O. el 27/7/1993.

Ley 11422 – Aprueba los convenios con el Gobierno Nacional sobre Fondos para Programa Materno Infantil y Nutrición – publicada en el B.O. el 3/5/1994.

Ley 11567 – Establece normas sobre nutrición de la madre y el niño y de la Canasta Nutricional Básica – publicada en el B.O. el 14/12/1994 (LA 1994–C–3845).

Ley 11695 – Normas del Consejo Provincial para las Personas Discapacitadas, Sordas e Hipoacúsicas – publicada en el B.O. el 21/11/1995.

Decreto ley 9137/1978 – Contribución de la Provincia al funcionamiento de Instituciones Privadas sin fines de lucro, que alberguen deficientes mentales – publicado en el B.O. el 8/9/1978 – Reglamentación: decreto 108/1981 .

A pesar de los amplios desarrollos legislativos de los derechos proclamados internacional y constitucionalmente en los instrumentos mencionados, hallase pendiente la asignatura en el orden de la efectividad. Asumida la justicia humana como tarea siempre inacabada, siempre corregida, siempre abierta a su mejora, queda por delante el desafío de resolver las contradicciones que le impone su protagonista, mediante la identificación de las vallas a superar y de sus interrelaciones, para poder diseñar las técnicas de garantía de los contenidos jurídicos.

II. LA RESPUESTA JURISDICCIONAL

Sólo con la respuesta comienza a adquirir el encuentro su figura propia: con ella el otro se hace definitivamente "el otro", yo soy definitivamente "yo" y nuestro mundo pasa a ser definitivamente "nuestro mundo" (5).

a) La especialización y la intermediación

Desde la perspectiva judicial y en consonancia con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (6), es imprescindible la adopción de las "medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo". Kemelmajer de Carlucci destaca el realismo del inc. d del art. III transcripto, pues "nada es posible si hay ineficiencia gubernamental, si quienes ocupan los cargos no conocen su métier, o no están consustanciados con la ideología de la nueva protección" (7).

El juez de los nuevos tiempos (8) no es precisamente el juez espectador, puro, ahistórico, neutro, sin ninguna relación con lo extrajurídico, confinado en el expediente, al servicio de principios

abstractos y en contacto sutil con un mundo de esencias por su calidad de juzgador independiente e imparcial, sino el juez protagonista (9), que dialoga con las partes y que tiene frente a sí a los autores del drama y los acompaña, que reconoce –porque honra a la persona como centro y fin del derecho– que el saber jurídico ha menester una complementación con otros saberes para aprehender en su totalidad al ser humano (médicos, psicológicos, psiquiátricos, antropológicos, sociológicos, e incluso filosóficos).

La inmediación, ampliada en sus repercusiones por la interdisciplina (10), profundiza el principio nuclear de la persona –mediante la indagación profunda de su realidad y de sus interacciones– y exige del juez soluciones que se adapten a las circunstancias de cada caso, a la realidad de la cuestión a fallar.

b) La trascendencia de los hechos en la justa aplicación del derecho

Es notable la trascendencia de la situación fáctica en el tema, pues define la elección del recurso procesal más apto para resolver el problema planteado. Botassi señala dos casos resueltos por la Suprema Corte bonaerense, que ilustran la influencia que tuvieron los hechos a la hora de realizar una justa aplicación del derecho –soslayando la aplicación automática del orden jurídico positivo y de los principios imperantes en la materia–. En ambos ejemplos la situación de las partes determinó la necesidad de priorizarla para hacer justicia en el caso concreto –se trataba del desalojo de una persona discapacitada– (11) y de una pensión denegada a una mujer soltera, huérfana y discapacitada (12).

En los casos citados, se evidencia el peso de la situación de discapacidad en la decisión judicial; pues el tribunal soslayó los principios generales específicos: en el primer caso, "los contratos deben cumplirse como la ley misma" y "las concesiones administrativas son de interpretación restrictiva"; en el segundo, "el parentesco ascendente o descendente no es igual al colateral".

Tal es la relevancia otorgada a las esenciales circunstancias de hecho, que como señala el autor mencionado en una nota al pie de página, el caso "Tala" se trata de una verdadera medida autosatisfactiva o cautelar innovativa, claramente ausente en el Código de Varela y sistemáticamente negada, por vía de "principio", por la Suprema Corte (13).

En mi opinión, la medida decretada en el caso "Tala" es una tutela anticipada. Ante una denegación de pensión a la hermana –soltera, huérfana y discapacitada– de una afiliada fallecida, el tribunal ordenó a la caja previsional "abonar a la actora, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en estos autos, una suma mensual equivalente al haber correspondiente al beneficio de pensión que le denegara".

c) La medida autosatisfactiva (14)

La situación fáctica resulta también definitoria en la medida autosatisfactiva. Así se ha encuadrado, en su ámbito, el pedido –formulado por una madre desempleada– para que su obra social continúe prestando servicio médico asistencial a su hija oxígeno dependiente más allá del plazo de cobertura, y ante la falta de precisión sobre la fecha de entrega del equipo necesario por parte del ente público correspondiente (15).

Ante el inminente cese del servicio prestado por la obra social, derivado del fin de la cobertura, con

el consiguiente riesgo para la vida de la niña, se resolvió en calidad de medida autosatisfactiva: a) que la obra social continuara prestando el servicio hasta que el Ministerio de Salud provea lo necesario para preservar la salud de la paciente; b) que la empresa privada continuara entregando el oxígeno necesario como lo había venido haciendo hasta la fecha, y c) que el Ministerio de Salud proveyera a la niña en un plazo perentorio la prestación de salud adecuada, responsabilizándose en forma personal al titular del organismo por el incumplimiento de lo ordenado.

Con mayor frecuencia que la deseable, las instituciones a cuyo cargo se halla satisfacer las prestaciones prescriptas por las normas específicas detalladas previamente, suelen incumplir con su obligación (en la prevención, la rehabilitación o la accesibilidad o equiparación de oportunidades), denegando, interrumpiendo o postergando las prestaciones debidas, por motivos que responden –en general– a un burocratismo deshumanizante o a una estrategia para reducir los costos (ley 24901 –Sistema de Prestaciones Básicas – Ley provincial bonaerense 10592 – Régimen jurídico básico e integral para Discapacitados).

La llamada "medida autosatisfactiva" constituye una respuesta jurisdiccional apropiada a las situaciones existenciales derivadas de esta desprotección, pues se trata de un proceso urgente caracterizado por la inmediatez y la autonomía de la respuesta jurisdiccional, que se despacha inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos procesales sean atendibles.

La normativa vigente y los proyectos de reforma (16) que la contemplan, la supeditan a:

- a) la acreditación de la existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto,
- b) cuya tutela sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración,
- c) que el interés del peticionante se circunscriba a la obtención de la solución urgente solicitada,
- d) con exigencia de contracautela en caso necesario.

En la comisión VII de las IX Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral, llevadas a cabo en Junín en el mes de noviembre de 2000, una de las cuestiones tratadas fue el tema de las medidas autosatisfactivas y el amparo, sobre el que existieron dos posturas:

La primera: a) En presencia de actos u omisiones encuadrables en los términos del art. 43 CN., la acción de amparo es susceptible, con rapidez y eficacia, de dar adecuada satisfacción a esos derechos; b) Como regla, deben los jueces, por aplicación de los arts. 16 y 18, oír previamente a la persona afectada por el fallo, aunque excepcionalmente, cuando ello no resulte posible por la urgencia del caso o la irreparabilidad del perjuicio invocado, resolver la cuestión inaudita parte; y c) Las leyes reglamentarias de la pretensión de amparo deben contemplar esta última posibilidad.

La segunda: a) Se recomienda legislar prioritariamente –de manera no demasiado detallista– las formas urgentes del moderno proceso civil argentino (medidas autosatisfactivas, tutela anticipada, etc.). Sin perjuicio de ello, se estima que pueden despacharse pretorianamente con el marco normativo actual; y c) El régimen de amparo no siempre resulta idóneo para servir de carril procedimental para las vías urgentes del proceso civil.

Subyacen en los temas abordados en las jornadas, uno de los más significativos desvelos del estado constitucional de derecho –el acceso a la justicia– y también, una tendencia –la identificación de los obstáculos y sus interrelaciones, para poder idear los medios e instituciones efectivos para superarlos–. Estas técnicas de garantía de los contenidos sustanciales del derecho, vinculados normativamente a los principios y a los valores inscriptos en la norma constitucional, constituyen la tarea y la responsabilidad de la cultura jurídica. Pues como sostienen Cappelletti y Garth, citando a Jacob, "son las reglas procesales las que infunden vida a los derechos sustantivos, las que activan dichos derechos para hacerlos efectivos".

d) La acción afirmativa judicial

Indudablemente el mandato del art. 75 inc. 23 CN. no se dirige solamente al Congreso, sino también al juez, como pauta orientadora en la interpretación judicial de las normas aplicables a una causa sometida a su jurisdicción.

Incluso algunos autores entienden que la norma es operativa; por lo tanto el legislador podría incurrir en omisión inconstitucional si no legisla para promover la igualdad real, o si legisló pero no reglamentó debidamente.

Afirma Ekmekdjian, que la acción afirmativa no se ejerce exclusivamente por leyes o actos de los poderes políticos, sino que también es practicada por la jurisprudencia, que subsana inconstitucionalidades por omisión, en lugar de limitar su acción al control de constitucionalidad de leyes y actos jurídicos (17).

En palabras de Alexy: "Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (alemán), en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales–constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución" (18).

En aquellos casos de incumplimiento de obligaciones por parte del Estado –que constituyen omisiones inconstitucionales–, pero en los que la sentencia del juez no resulta directamente ejecutable por requerir provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones de realizar acciones o tomar medidas de protección, aseguramiento y promoción de derechos.

Estas sentencias podrían constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente a través de las actividades de lobby o demanda político–partidaria. Esta técnica reviste especial importancia en las medidas afirmativas, porque "encontrar razonabilidad en la decisión que el legislador toma para la acción positiva resulta sumamente difícil, tanto para el legislador como para el juez, si sólo se apela a la conciencia jurídica de la comunidad; pues situaciones de este género (que requieren medidas afirmativas) sólo pueden producirse cuando la conciencia social está escindida, de manera que, en tanto una parte de la sociedad actúa de modo discriminatorio, otra parte intenta corregir, mediante el uso del poder, los efectos de tal discriminación" (19). De este modo, el Poder Judicial provocado adecuadamente, se tornaría un instrumento poderoso de formación de políticas públicas (20).

Mosset Iturraspe agrega la nota de prudencia indispensable en el tratamiento del tema. Recuerda que el presupuesto del Estado, el dinero disponible para inversiones, limita sus posibilidades de actuación, que ese dinero sale de los bolsillos de los contribuyentes. Es entonces un gasto social. Empero, el Estado debe "saber invertir o gastar", y si lo hace mal o equivocadamente hay una responsabilidad. Las normas de la Constitución son las orientadoras de las necesidades que el Estado debe atender prioritariamente.

En consecuencia, el olvido de la Constitución genera responsabilidad del Estado; en mayor medida si lo que olvida son las prioridades constitucionales. En este punto, alerta el autor sobre la contradicción existente entre el achicamiento del Estado (limitación de sus funciones y de su presupuesto) y el mantenimiento o aumento de sus responsabilidades. Frente a este planteo, sugiere que el Estado haga bien lo que se propone hacer y no puede delegar. Básicamente que "tutele a los débiles", las más de las veces, las víctimas de los daños más variados (21).

e) El condicionante socioeconómico y Equipo Técnico judicial

Las personas con discapacidad son, las más de las veces, las víctimas de los daños más variados; sobre todo en aquellos casos en que el entorno socioeconómico agrava la incidencia de la discapacidad. Así, entre las familias con ingresos superiores, la incidencia de la discapacidad es menor, y va acrecentándose en la medida en que disminuyen los ingresos familiares... En la vertiente formativa, se ha observado que si el cabeza de familia es analfabeto, la incidencia de la discapacidad aumenta, disminuyendo si tiene estudios superiores. Estos condicionantes elevan la barrera jurídica, pues la carencia cultural se traduce en el desconocimiento de las vías idóneas para exigir el cumplimiento del mandato constitucional y de la legislación específica, acrecentándose así la victimización mediante la exclusión judicial.

Seguidamente transcribo algunos párrafos de la nota realizada por una asistente social (22) integrante del Equipo Técnico Interdisciplinario de un Tribunal de Familia bonaerense:

"El porcentaje más elevado de familias en cuyo seno encontramos personas con mayor incidencia de la discapacidad pertenecen a los estratos sociales más pobres; muchos de ellos por debajo de la línea de pobreza, lo cual los coloca en situación de menor posibilidad de oportunidades, ya que por tratarse de familias numerosas, con ingresos mínimos y carentes de adecuada orientación, los recursos disponibles no se encuentran a su alcance, lo que lleva a que muchos niños no reciban estimulación temprana acorde a su discapacidad, no sean escolarizados, no reciban tratamientos adecuados: En consecuencia son las mismas familias que por su propio desconocimiento los marginan.

Muchas son las veces que en el trabajo cotidiano de los Tribunales de Familia surge una familia, en cuyo seno descubrimos una persona con capacidades diferentes; en torno a ella se centra la conflictiva familiar, debiendo el juez –acompañado por su Equipo Interdisciplinario– actuar como figura orientadora y brindar a esa familia soluciones que conduzcan a un mejoramiento de la situación.

Cuando por diferentes cuestiones de `desorden' familiar se inicia en el Tribunal de Familia una acción judicial, rara vez esperan las partes, porque desconocen, que es precisamente el Poder Judicial quien le puede brindar una solución inmediata a lo que ellos no pudieron lograr en años. Con solo `un oficio judicial' lo logran en un solo trámite".

Finalmente, la integrante del Equipo Técnico relata tres casos, en los que ha tenido intervención directa, de conformidad con el art. 3 ley 11453 (23):

"1. A mediados del año 1997 una mujer se presenta en el Tribunal manifestando no poder hacerse cargo de su hermano discapacitado (Síndrome de Down), alegando que sus padres habían fallecido y ni ella ni el resto de los hermanos contaban con recursos ni hábitat adecuado para tenerlo, por lo tanto lo dejaría en el Tribunal. Se gestionó de manera inmediata una beca por medio de la Dirección del Discapacitado de la Provincia de Buenos Aires, se citó a todo el grupo familiar asumiendo sus hermanos el compromiso de brindarle albergue y cuidados hasta tanto se efectivizara la beca; en pocos días el joven se encontraba alojado en una institución privada acorde a su discapacidad. Previo a su inclusión, el Tribunal debió gestionar ante la Secretaría de Acción Social del Discapacitado de la Municipalidad de Alte. Brown, la obtención de un colchón, dado que constituía un requisito indispensable para su incorporación. En la actualidad Ramón se encuentra plenamente feliz en ese lugar, al que llama mi casa, sin estar marginado de su núcleo familiar que lo visita.

2. En los primeros tiempos del Tribunal, se presentan los padres acompañando a su hijo adolescente –con un cuadro de discapacidad moderada con trastornos de la personalidad– para iniciar una acción judicial, porque el hijo había agredido a su padre. Luego de ser examinado por la médica psiquiatra del Tribunal y por no contar el joven con Obra Social, se ordena la internación en la Colonia Montes de Oca. Luego el progenitor me hizo saber que contaba con la obra social PAMI.; en consecuencia se realizaron los trámites para la inclusión del hijo como familiar a cargo, y una vez concluidos se ordenó el traslado desde la Colonia a una clínica neuropsiquiátrica privada, ubicada a dos cuadras del domicilio de los progenitores; lo que impidió la fractura del vínculo familiar, teniendo en cuenta que para una familia perteneciente a una clase social baja las distancias entre el hogar familiar y los lugares de internación se convierte en una barrera insuperable. Durante su internación en la Colonia, el joven fue visitado por uno de los jueces y asistentes sociales; lo mismo se hizo en la clínica privada, en la que aún hoy todavía se halla internado, recibiendo contención familiar de su madre y hermanos, ya que su padre falleció en el año 1999.

3. Otro caso fue el de una mujer, que inició una acción judicial por alimentos para su único hijo. En la primera audiencia, el juez toma conocimiento que se trataba de un menor con una severa discapacidad de origen neurológico. Como consecuencia de la lesión, debía utilizar para su movilidad silla de ruedas, de la que disponía, pero a la que no le podía dar uso por no ser adecuada para su discapacidad. La progenitora había acondicionado una silla de paseo de bebé, cedida por una vecina. Esta situación le impedía concurrir a la escuela de educación especial (motores), en la que se hallaba escolarizado. Interiorizándose el juez de que el menor contaba con la cobertura de la obra social PAMI., se gestionó una silla de ruedas con características especiales, que fue otorgada en un breve plazo".

III. CONCLUSIÓN

"Nadie, pero sobre todo el que más tiene, puede desentenderse del bienestar y felicidad del resto. Ese es el compromiso que obliga al ciudadano de una democracia. Cada cual tiene, por supuesto, derecho a unos fines y objetivos privados: su familia, su profesión, sus propiedades, su dinero. ¿Pero acaban ahí los fines del ciudadano? ¿Todo lo que una persona ha de proponerse es vivir lo mejor posible sin pensar en nadie más? La fórmula "cada uno lo suyo" ¿define satisfactoriamente

el fin de la vida humana? ¿Puede funcionar bien una sociedad de egoístas, donde no hay aun ápice de altruismo? ¿Puede considerarse que es una sociedad decente?" (24).

Si el discurso de la justicia –como dijera Levinas– se pone en marcha en nombre de la responsabilidad frente a otro (25), no queda la jurisdicción exenta de responder al llamado en forma específica, considerando en sus decisiones los componentes reales que operan en las necesidades humanas (26), lo que significa un reconocimiento del valor "humanidad" y la reubicación de la persona humana como centro del derecho, poniendo el acento en todos sus aspectos (27).

En la inconsistencia quedaría el planteo la opción humanista si no se toma conciencia de que a ella se contrapone, en tensión cotidiana, la alternativa del sistema económico actual cuyo valor dominante es la utilidad. Ciuro Caldani, exponiendo con lucidez las contradicciones de la cultura occidental de nuestro tiempo, reconoce "un enorme fenómeno de globalización y marginación y occidente produce la globalización y la marginación, incluye a quienes necesita y excluye a quienes no le son necesarios e incluso mutila a las personas que incluye porque sólo toma lo que de ellas necesita, muchos de nosotros somos en ese sentido también marginales (28).

Sin embargo, la idea fundante del hombre como eje y centro del derecho ha sido vivificada por el constituyente nacional en 1994, mediante la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, que Ekmekdjian denomina "tratados de integración humanitaria (que internacionalizan los derechos humanos)". Entiendo, en coincidencia con Quiroga Lavié, que con dicha jerarquización, "se ha priorizado la ética sobre la economía" (29).

Así también lo afirmó recientemente la Corte Suprema de la Nación, "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" (30).

Refuerza la norma suprema la defensa de la condición humana en el art. 75 inc. 23, refiriéndose expresamente a la igualdad real, no a la igualdad ante la ley mencionada en el art. 16 CN. (31), dado que a las personas contempladas por la norma, la inexorabilidad de los ciclos vitales, la cultura, las azarosas vicisitudes de la vida les añaden obstáculos –que los sitúan en la desventaja y la desigualdad– y que es nuestro deber minimizar gradualmente hasta su remoción.

Coincido con Kraut (32) al considerar que las "medidas de acción positiva" adquieren en el tema de la discapacidad una prescripción impostergable. Pues si bien el destino de los seres humanos tienen bastante que ver con el azar, si algo distingue a la existencia de los seres humanos del animal y de la planta a este respecto, es la disminución del peso del azar por la acción solidaria de los otros (33).

En la misma dirección se orientan las revisiones terminológicas ya mencionadas, que evolucionan hacia definiciones operativas que enfatizan la importancia del entorno (contexto de la condición de salud) en la configuración de la minusvalía (34). Dicha innovación deja al descubierto el nexo entre el reconocimiento formal del derecho y la necesidad de condiciones materiales que garantizan su efectividad.

A partir de los principios rectores de integración y de normalización, la minusvalía –como concepto

dinámico– es el resultado de la interacción entre la capacidad individual y las condiciones del medio en que esta capacidad se manifiesta. Por lo tanto el concepto dinámico señala la responsabilidad de la comunidad y de la organización social en la promoción de las condiciones más favorables para el pleno desarrollo de las personas, evitando y eliminando las causas que lo dificultan o impiden.

Conscientes de la importancia del entorno en la configuración de la minusvalía –dado que las diferencias se marcan desde la llamada normalidad– se promoverá la adaptación del mismo para las capacidades más reducidas, con lo que se logrará que éstas desaparezcan como tales, lográndose así el efecto normalizador y la accesibilidad del sistema general de la sociedad para todos –medio físico y cultural, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios, oportunidades de educación y trabajo, vida cultural y social, acceso a la justicia–.

En este contexto normalizador y el marco de lo que Gelsi Bidart ha denominado "humanización procesal" (35), los procesos urgentes –atendiendo primordialmente a la situación fáctica concreta de las personas con discapacidades– constituyen la respuesta de la ciencia del derecho y de la práctica judicial a la demanda latente de métodos para hacer efectiva la nivelación de los derechos, reconociendo la recurrente dificultad de poner en vigor las leyes ideadas para proteger y beneficiar a los sectores menos poderosos de la sociedad. La sujeción del juez a la Constitución, y en consecuencia, su papel de garante de los derechos constitucionalmente reconocidos, refuerza el compromiso jurisdiccional con los problemas de su tiempo y destierra paulatinamente la figura del juez pasivo; en ese vínculo precisamente radica el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción en la actualidad.

"Cuando el Estado se mantiene neutral frente a la desigualdad o el desequilibrio social, en realidad, deja de ser neutral, pues lo que hace es tomar partido por el statu quo" (36).

NOTAS:

(1) Coinciden en el diagnóstico Kraut y Kemelmajer de Carlucci: "Derechos tuitivos de la discapacidad y la minusvalía", Alfredo J. Kraut, JA 1997–III–778 .

Originariamente en la obra colectiva, "La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho", Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Serie II, Obras, n. 27, 1998, p. 81: "Las acciones positivas en la reforma constitucional (art. 75 inc. 23)" (ampliado y publicado en la edición electrónica Plenario, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires), Aída Kemelmajer de Carlucci.

(2) Originariamente en la obra colectiva, "La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho", Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Serie II, Obras, n. 27, 1998, p. 81: "Las acciones positivas en la reforma constitucional (art. 75 inc. 23)" (ampliado y publicado en la edición electrónica Plenario, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires), Aída Kemelmajer de Carlucci.

(3) Sup. Corte Bs. As., "Falocco, Estela M. s/inconstitucionalidad art. 36 inc. 5 aps. b y c decreto 2719/1994", 7/10/1997 , voto del juez Hitters.

(4) "Derechos tuitivos de la discapacidad y la minusvalía", Alfredo J. Kraut, JA 1997–III–778 .

(5) Laín Entralgo, Pedro, "Teoría de la realidad y el otro", 1988, Ed. Alianza Universidad, p. 456.

(6) Ley 25280 – Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala el 8 de junio de 1999, sancionada el 6/7/2000, promulgada de hecho el 31/7/2000 y publicada en el B.O. el 3/8/2000 – art. 1. d.

(7) Originariamente en la obra colectiva "La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho", Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Serie II, Obras, n. 27, 1998, p. 81: "Las acciones positivas en la reforma constitucional (art. 75 inc. 23)" (ampliado y publicado en la edición electrónica Plenario, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires), Aída Kemelmajer de Carlucci.

(8) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios procesales y tribunales de familia", JA 1993–IV–676 .

(9) "Procesos de familia y menores" (voz), Joaquín Gelsi Bidart y Ana María Castellone de Gelsi, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. IV, 1982, p. 418.

(10) En la Provincia de Buenos Aires la ley 11453 creó dentro de cada tribunal de familia –colegiado y de instancia única– un Equipo Técnico Auxiliar, integrado por un médico psiquiatra, un psicólogo y tres asistentes sociales, que asistirá interdisciplinariamente y colaborará con los jueces y los dos consejeros de familia en las tareas y funciones que éstos les asignen (art. 3).

(11) Sup. Corte Bs. As., B 58760 "Lasarte, Félix F. v. Municipalidad de La Plata. D.C.A." – 9/12/1997 y 31/8/1999.

(12) Sup. Corte Bs. As. – B 60467 "Tala, Gloria V. v. Caja de Previsión Social para Odontólogos de la Provincia de Buenos Aires. D.C.A." – 31/8/1999.

(13) Nota 9. JA 2001–II–62 .

(14) "Medidas autosatisfactivas", dirigida por Jorge W. Peyrano, 1999, Ateneo de Estudios de Derecho Procesal Civil, Ed. Rubinzal–Culzoni.

En "Revista de Derecho Procesal", n. 1, Medidas cautelares, Ed. Rubinzal–Culzoni, 1998, p. 31: "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias)", Mabel de los Santos.

En "Revista de Derecho Procesal", n. 1, Medidas cautelares, Ed. Rubinzal–Culzoni, 1998, p. 57: "Una cautela atípica", Jorge A. Rojas.

En "Revista de Derecho Procesal", n. 1, Medidas cautelares, Ed. Rubinzal–Culzoni, 1998, p. 145: "La tipicidad del derecho de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria", Roberto O. Berizonce.

En "Revista de Derecho Procesal", n. 5, Amparo, Hábeas Data, corpus corpus II, Ed. Rubinzal–Culzoni, 2000, p. 63: "Un nuevo molde para el amparo", Jorge A. Rojas.

En "Revista de Derecho Procesal", 2001–1, Ed. Rubinzal–Culzoni, 1998, ps. 537/8: IX Jornadas

Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral, Junín, noviembre de 2000 – Comisión VII: Teoría general moderna de las medidas cautelares, n. 6.

"M., H. N. v. PAMI. s/acción de amparo", 24/5/2001 , Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3.

"R. D., J. S. v. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica", 8/9/1999, Juzg. Nac. Civ., n. 67, anotado por Carlos A. Ghersi, JA 2001–II–452 .

(15) "S., M. I. s/protección de persona", 21/5/1999, Trib. Familia Lomas de Zamora, n. 3, anotado por Carlos A. Ghersi, JA 2000–II–393 .

(16) Art. 305 CPCC. La Pampa –ley provincial 1828 –, art. 232 bis CPCC. Chaco –ley provincial 4559 –, art. 5 ley 11529 Prov. Santa Fe y art. 67 del anteproyecto de Código para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(17) Ekmekdjian, Miguel Á., "Tratado de Derecho Constitucional", t. II, 1997, Ed. Depalma, art. 16, p. 154 ; Bidart Campos, Germán, ED 166–36; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Principios procesales y tribunales de familia" cit.

(18) Diego Rodríguez Pinzón–Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana, "La dimensión internacional de los derechos humanos – Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno", 1999, Ed. Banco Interamericano de desarrollo – American University, Washington D.C., p. 362.

(19) Vega, Juan y Graham, Marisa A., "Jerarquía constitucional de los tratados internacionales", 1996, Ed. Astrea, p. 77.

(20) José Reinaldo de Limas Lopes.

(21) En "Revista de Derecho de Daños", n. 9, Responsabilidad del Estado, 2000, Ed. Rubinzal–Culzoni, ps. 7/23: "Visión iusprivatista de la responsabilidad del Estado", Jorge Mosset Iturraspe.

(22) "Personas con capacidades diferentes y la asistente social en el Equipo Técnico del Tribunal de Familia bonaerense", Lic. en Servicio Social María A. Polla, inédito, Lomas de Zamora, 2001.

(23) Art. 3 ley 11453 de la Provincia de Buenos Aires, publicada en el B.O. el 29/11/1993:

"Los Tribunales Colegiados de instancia única del Fuero de Familia estarán a cargo de tres jueces cada uno..., e integrados con dos Consejeros de Familia cada uno.

Cada Tribunal de Familia ...contará con un secretario y con la dotación de un Cuerpo Técnico Auxiliar, que asistirá interdisciplinariamente y colaborará con los jueces y los Consejeros de Familia en las tareas y funciones que éstos les asignen.

El Cuerpo dependerá orgánicamente de cada Tribunal y estará integrado por un médico psiquiatra, un psicólogo y tres asistentes sociales".

- (24) Camps, Victoria y Giner, Salvador, "Manual de civismo", 1998, Ed. Ariel, Barcelona, p. 43.
- (25) Entre nosotros "Ensayos para pensar en el otro", Emmanuel Levinas, Pre-textos, 1993, Valencia, p. 277.
- (26) Ghersi, Carlos A., "Metodología de la investigación en las ciencias jurídicas", 2001, Ediciones Gowa Profesionales, p. 39.
- (27) En "Revista de Derecho Privado y Comunitario", n. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni: "Daños a la persona", Jorge Mosset Iturraspe.
- (28) En las "Primeras Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho", realizadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000: "Las bases de la cultura occidental y la bioética en una nueva era histórica", Miguel Á. Ciuro Caldani. www.aaba.org.ar.
- (29) Ekmekdjian, Miguel Á., "Tratado de Derecho Constitucional", t. IV, 1997, Ed. Depalma, art. 75 inc. 22, p. 616 .
- (30) Corte Sup., causa C.823 XXXV "RH – Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Ministerio de Salud y Acción Social –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas neoplásicas", 24/10/2000 , consid. 15 y 16 (JA 2001–III–464).
- (31) Ekmekdjian, Miguel Á., "Tratado de Derecho Constitucional", t. IV, 1997, Ed. Depalma, art. 75 inc. 23, ps. 632/635 .
- (32) Kraut, Alfredo J., "Derechos tuitivos de la discapacidad y la minusvalía", JA 1997–III–778 .
- (33) En "Quirón", revista de medicina y bioética dirigida por José A. Mainetti, vol. 31, n. 1 de marzo de 2000, La Plata, ps. 71/85: "Más que una historia de vida: una lección de vida", Helena Aristu y María M. Mainetti, con comentarios de Alicia I. Losoviz y Jorge L. Manzini.
- (34) ICIDH–2, 1998.
- (35) Gelsi Bidart, Adolfo, "El Proceso – Los nuevos desafíos: humanización del proceso". Sostiene que "no puede hablarse de humanización procesal, si no nos referimos a la época en la que nos encontramos, por cuanto el hombre es un ser histórico y el proceso un medio modificable a través del tiempo, según las necesidades y modalidades que van apareciendo... la radical individualidad del hombre por un parte y las diferentes clases de sociedad que va construyendo, obligan a revisar continuamente los medios que en ella se utilizan".
- (36) Maidowski ("Las acciones positivas en la reforma constitucional [art. 75 inc. 23]", ampliado y publicado en la edición electrónica Plenario, publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires), Aída Kemelmajer de Carlucci – nota 51).