

Discapacitados Accesibilidad Derechos De Incidencia Colectiva

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Discapacitados. Accesibilidad. Derechos de incidencia colectiva. Se mantiene el rechazo de la demanda dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 309/GCBA/SJYSU/04 -reglamentaria de la ley 962 de 'accesibilidad física para todos', pues no logró acreditar que de la normativa impugnada se deriven perjuicios actuales y concretos sobre los derechos de las personas con discapacidad. Buenos Aires, 13 de julio de 2016 Vistos: los autos indicados en el epígrafe; resulta: 1. La apoderada de la Fundación Acceso Ya interpuso queja (fs. 6/19) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que había deducido contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda (fs. 115/116 vuelta de los autos principales, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa). 2. La actora promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad de la resolución n° 309/GCBA/SJYSU/04 por considerar que había reglamentado 'en forma irrazonable e ilegal las disposiciones de la Ley 962 de 'Accesibilidad física para todos' toda vez que desnaturaliza la obligación de adecuar los edificios a la normativa de accesibilidad vigente, eliminando uno de los tres requisitos exigidos simultáneamente para valerse de la excepción a cumplirla? (fs. 1 vuelta), violando el derecho a la accesibilidad de las personas con discapacidad, el derecho a la igualdad de oportunidades y a la autonomía personal. Asimismo solicitó que se ordenase a la demandada que adecuase su reglamentación para el otorgamiento de habilitaciones a lo establecido en la ley n° 962. Explicó que la ley n° 962 eximía de su cumplimiento únicamente cuando se configuraban tres condiciones: que se tratase de un edificio existente, que se transformase su uso o destino, y que no pudieran modificarse las características dimensionales y físicas de las circulaciones verticales y horizontales. Sostuvo que la resolución impugnada, que regulaba el procedimiento para el trámite de las solicitudes de habilitación bajo la vigencia de la referida ley de accesibilidad física, había limitado los requisitos a la manifestación de la preexistencia y de la transformación mediante declaración jurada, pero omitía exigir el requisito de la demostración de la imposibilidad de modificar las características físicas. Consideró que la forma en que se había reglamentado la ley, al eliminar uno de los requisitos, permitía habilitaciones eximidas de las obligaciones que aquélla fijaba, las que finalmente se convertían en regla, alterando su espíritu. Hizo referencia a los informes de la Defensoría del Pueblo realizados a partir de presentaciones formuladas por la actora en los que se observaba que el mecanismo utilizado para el otorgamiento de habilitaciones de locales de la Ciudad no respetaba los estándares impuestos por la normativa vigente por aplicar la resolución n° 309 que entendió resultaba nula. Citó la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la ley n° 22.431 y su modificación mediante la ley n° 24.314 y concluyó en que la resolución cuestionada vulneraba los derechos consagrados en esas normas (fs. 1/17 vuelta). 3. La jueza de grado rechazó la demanda con fundamento en que la omisión que se le imputaba a la resolución en cuestión no limitaba la ley n° 962 en la medida en que preveía la exigencia de presentar los planos de obra respecto del local que se pretendía habilitar para corroborar lo manifestado en la declaración jurada exigida. Aclaró que con dicha documentación y la inspección correspondiente, la Administración corroboraba la situación declarada por los peticionarios de habilitaciones (fs. 85/88 vuelta). 4. La actora interpuso recurso de apelación (fs. 93/101 vuelta) y la Sala II lo rechazó y confirmó la sentencia de grado. Los camaristas entendieron que la recurrente no había logrado sustentar la inconstitucionalidad que invocaba sino que la cuestión estaba enfocada en la eficacia de la norma, y en la implementación e interpretación que realizaban los órganos al aplicarla (fs. 115/116 vuelta). 5. Contra dicha sentencia, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 120/131). Expresó que el fallo afectaba el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad al no garantizarles la accesibilidad física a edificios públicos y privados de acceso público (art. 16 CN), el derecho a la igualdad de oportunidades y trato (arts. 2 y 7 DUDH, arts. 2.1 y 26 del PIDSP, art. 2.2 del PIDESC, entre otras normas internacionales). También invocó la violación al derecho de autonomía personal (art. 19 CN). Explicó que la sentencia no había tenido en cuenta que no solo estaba en juego la aplicación de la norma para casos individuales sino que se trataba de una acción colectiva y que por ello debía existir un fuerte interés de la Ciudad en la protección del derecho a la integración y autonomía de las personas con movilidad reducida. Agregó que los jueces no habían considerado prueba importante como el informe de la Defensoría del Pueblo sobre la base de casos concretos que habían sido investigados por ese organismo en los que se habría comprobado la existencia de edificios que resultaban inaccesibles que contaban con medios para lograr la accesibilidad. Por último, dijo que la resolución atacada adolecía del vicio de nulidad porque no había sido precedida del dictamen de la Procuración General.

6. La Cámara declaró inadmisibile el recurso sobre la base de que no se verificaba una cuestión constitucional (fs. 140/140 vuelta).

7. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General consideró que correspondía rechazar la queja y el recurso de inconstitucionalidad de la parte actora puesto que, a su juicio, no se advertía la existencia de un ?caso o controversia? ni una cuestión constitucional (fs. 79/84 de la queja). Fundamentos: El juez Luis Francisco Lozano dijo: 1. Este proceso ha tramitado sin que se hubiera instado una acción que lo hiciera posible. 2. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 106 de la CCABA, los jueces operan sobre causas, esto es, controversias acerca de la existencia y alcance de derechos subjetivos o de incidencia colectiva, y no sobre toda clase de conflicto o disputa, por significativa que fuere; extremo cuya concurrencia incumbe a los jueces verificar, aun de oficio -cf. mutatis mutandis, Fallos: 331:2257; 308:1489, entre muchos otros; doctrina receptada, entre otros, en mi voto in re ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ?Yell Argentina SA c/ GCBA s/ acción meramente declarativa art. 277 CCAyT'?, expte. n° 8133/11, sentencia del 23 de mayo de 2012, entre muchos otros-. 3. Para que exista una causa susceptible de decisión jurisdiccional por los órganos permanentes del Poder Judicial que crea la CCBA es necesario presentarles una controversia acerca de una pretensión que verse sobre una relación jurídica concreta a cuyo respecto quepa adoptar una decisión final y definitiva. Exclusivamente respecto de esas relaciones jurídicas operará el pronunciamiento, asegurando así que no lo hará sobre una norma general u otros actos cuya emisión y mantenimiento incumbe a otras autoridades. La cosa juzgada, nota distintiva de la función judicial, no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas, circunstancia que lleva necesariamente a delimitar el ámbito de lo justiciable (cf. mi voto in re ?Tórtora, Carlos Alfredo c/ GCBA y otra s/ amparo?, expte. n° 5912, sentencia del 9 de mayo de 2008, y sus citas, entre otros). 4. Sin embargo, la CCBA no ha limitado a esas ?causas? los conflictos susceptibles de ser llevados a conocimiento del Poder Judicial. Le ha acordado a este Tribunal también competencia para resolver determinadas peticiones que no se ajustan a esas características. En este orden de ideas, no se encuentran en la categoría de ?causa? ni los conflictos de poderes ni las acciones declarativas de inconstitucionalidad previstos en los incisos 1° y 2° del art. 113 de la CCBA, respectivamente (cf. mi voto in re ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ?Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos'?, expte. n° 4889/06, sentencia de este Tribunal del 21 de marzo de 2007). 5. Las pretensiones descriptas en el punto 2 de los ?resulta?, el pedido de que se declarase la inconstitucionalidad de la Resolución n° 309/GCBA/SJYSU/04 y que se ordenase dictar una nueva reglamentación de la ley 962 son de naturaleza abstracta, no versan sobre una relación jurídica concreta, puesto que la decisión judicial que hiciera lugar a la acción vendría a eliminar una norma del ordenamiento jurídico y a obligar al GCBA a crear una norma de carácter general, es decir, operaría sobre dicho ordenamiento y no sobre la esfera de relaciones de persona alguna. En ese contexto, ninguna de las pretensiones objeto de esta acción constituye una causa en los términos del art. 106 de la CCABA. No resulta suficiente la mención de los locales que fueron investigados por la Defensoría del Pueblo para lograr configurar una causa contenciosa. Para ello debió no solo identificar los establecimientos sino además citar a los dueños o poseedores de la habilitación a que comparezcan en el juicio y pudieran ejercer su derecho de defensa. 6. Por otro lado, la invocación de la afectación de derechos de incidencia colectiva en representación de las personas con discapacidad, no faculta a la actora a requerir mediante esta vía la derogación de la norma sino, en todo caso, el apartamiento por inconstitucional del conjunto normativo aplicable a la decisión acerca de una pretensión concreta que impacte en la esfera de derechos del accionante. Aún en los supuestos de legitimación ampliada para reclamar derechos de incidencia colectiva, también se debe acreditar que su reclamo tiene ?suficiente concreción e inmediatez? (conf. CSJN sentencia dictada en los autos ?Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional- ley 26.124 (DECI 495/06) s/ amparo?, el 03/08/10, entre otras). 7. Lo expuesto no resta importancia al tema planteado en este juicio, la protección de los derechos de las personas discapacitadas y el detrimento que para esos derechos implica la inexistencia de normas apropiadas o la omisión de aplicarlas con la eficacia correspondiente. Sin embargo, ello no torna admisible la vía escogida ni implica que no haya una que lo sea. 8. Ahora bien, como la decisión que viene cuestionada rechazó la demanda (cf. 115/116 vta. de los autos principales), corresponde confirmar esa decisión, empero por las razones que aquí se dan. Por ello, oído lo dictaminado por el Fiscal General, voto por rechazar la queja de fs. 6/19. El juez José Osvaldo Casás dijo: 1. La queja deducida por la actora no puede prosperar puesto que, en mi concepto, el escrito de fs. 6/19 carece de una crítica concreta y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que entendió que no se configuraba de modo claro y preciso una cuestión constitucional (cf. TSJ in re: ?Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis -causa n° 665-CC/2000- s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad?, expte. n° 865, resolución del 9 de abril de 2001, en Constitución y Justicia [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, T. III, ps. 92 y siguientes; ?Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ?GCBA c/ propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ ejecución fiscal'?, expte. n° 3965/05, sentencia del 9 de noviembre de 2005, entre otros). En casos en los que -como en el presente- el tribunal a quo esgrimió razones para fundar la decisión denegatoria, más allá de su acierto o desacierto, la parte afectada debe hacerse cargo de ellas. En esas condiciones, el recurso de hecho no satisface el

recaudo exigido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativo a los fundamentos indispensables que deben contener las quejas incoadas por recursos denegados (Fallos: 290:391; 293:166; 302:502; 308:2263; 311:2338), criterio que es también aplicable a la jurisdicción local. 2. Por lo demás, tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad, la actora formula una catalogación genérica de distintos derechos constitucionales (arts. 16 y 19 de la CN), y de normas contenidas en tratados internacionales, que considera vulnerados, pero sin lograr vincular sus agravios de modo preciso y adecuado con la resolución que se pretende resistir en esta oportunidad. Así las cosas, más allá del acierto o error de lo decidido, los planteos que se pretenden proponer ante este Estrado no permiten habilitar la instancia recursiva de excepción. 3. Resta añadir que toda vez que la solución que se adopta en el caso obedece a los defectos formales que presenta el recurso de hecho, ello no implica emitir opinión sobre la efectiva configuración de una causa judicial si se tiene en cuenta la generalidad con que ha sido planteada la pretensión consistente en que se declare la inconstitucionalidad de la resolución n° 309/GCBA/SJYSU/2004, reglamentaria de la ley n° 962 de ?accesibilidad física para todos? -toda vez que ?desnaturaliza la obligación de adecuar los edificios a la normativa de accesibilidad vigente?-- y, a su vez, se ordene al GCBA que ?adecúe su reglamentación para el otorgamiento de habilitaciones a lo establecido en la Ley 962?. Es que aun cuando por hipótesis se entendiera que en esta causa se persigue la protección de intereses calificados como colectivos, lo cierto es que nuestro Tribunal cimero ha afirmado que, incluso en los supuestos de ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994, resulta exigible la configuración de un ?caso judicial?, pues en ellos también debe acreditarse que la pretensión tiene ?suficiente concreción e inmediatez? y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes -conf. CSJN, en la causa ?Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional - ley 26.124 (DECI 495/06) s/ amparo ley n° 16.986?, Fallos 333:1212, sentencia dictada con fecha 3 de agosto de 2010--. A este respecto, la actora no logra acreditar que de la normativa impugnada se deriven perjuicios concretos sobre las personas con discapacidad que pretende representar en la medida en que no explica adecuadamente cual sería la vinculación entre las irregularidades detectadas en diversos locales que enumera en sus escritos --y que a su entender demostrarían la procedencia de la demanda-- y la alegada ilegitimidad de la resolución n° 309/GCBA/SJYSU/2004. A ello se agrega que tampoco se demuestra que la pretensión, tal como ha sido formulada y con respecto a quién está dirigida, permita eventualmente obtener una decisión eficaz para conjurar esos perjuicios. 4. Por último, a todo evento, vale aclarar que la solución que propicio en modo alguno debe interpretarse como una aquiescencia silenciosa ante alegados incumplimientos estatales. Aquí sólo se ha expresado que ellos deben acreditarse por la parte legitimada en un caso concreto, constatada la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y acreditado un perjuicio actual o inminente. En tal supuesto, en principio, no habría obstáculos para que los jueces de la Ciudad, en ejercicio de sus competencias respectivas, consideren las pretensiones que se presenten. Máxime cuando la cuestión atañe a las personas con discapacidad, grupo que, por mandato constitucional, debe ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad (cfr. art. 75 inc. 23, CN, art. 42, CCABA, y doctrina de la CSJN en la causa ?Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados?, sentencia del 10 de febrero de 2015). Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por la actora. Así lo voto. La juez Inés M. Weinberg dijo: 1. La queja ha sido interpuesta en tiempo y forma -art. 33 de la ley 402- no obstante, no puede prosperar y debe ser rechazada toda vez que este proceso ha tramitado sin la configuración de un ?caso?, ?causa? o ?controversia judicial?. 2. Al respecto corresponde destacar que -como lo tengo dicho en la causa ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Brunel, Raúl Marcelo y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)? y su acumulado ?GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Brunel, Raúl Marcelo y otros c/ GCBA s/ otros procesos incidentales?, expedientes 10614/14 y 9940/13, sentencia del 17 de diciembre de 2014- el artículo 106 de la CCABA, al igual que el actual 116 de la CN, establece como requisito indispensable para excitar la jurisdicción la existencia de una ?causa? judicial. La CSJN equiparó el término antes mencionado a ?contienda? o ?caso? judicial y desde antaño viene señalando que ?... no corresponde al Poder Judicial de la Nación hacer declaraciones generales o en abstracto sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes que dicte el Honorable Congreso o de los decretos del Poder Ejecutivo, sino únicamente con relación a la aplicación de éstas al hecho o caso contencioso producido (art. 2° de la ley 27, Fallos: tomo 12, pág. 372; tomo 24, pág. 248; tomo 95, pág. 290; tomo 107, pág. 179; tomo 115, pág. 163)? (Fallos 156:318). Debe recordarse también aquí que ese alto Tribunal ha destacado que ?el fin y las consecuencias del `control´ encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que este requisito de la existencia de un `caso´ o `controversia judicial´ sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes (...)? (Fallos 242:353, 306:1125 y 307:2384 entre otros); esto, en la inteligencia de que ?la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los demás poderes? (Fallos 310:2709, 333:1023 entre muchos otros). La existencia de una ?causa? o ?caso judicial? se verifica entonces cuando se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre

partes (Fallos, 243:176, 306:1125, 333:1023 entre otros), y esto les exige a éstas últimas -como presupuesto- la acreditación de una afectación ?suficientemente directa?, ?inmediata?, ?especial?, ?sustancial?, de ?suficiente concreción e inmediatez?, o bien de un ?perjuicio concreto?-en los términos del cimer Tribunal- respecto de los derechos que invocan como conculcados (Fallos 326:3007 y sus citas entre otros). Esta doctrina se ha mantenido frente a los recientes cambios normativos y jurisprudenciales en materia de legitimación procesal. En esta inteligencia, la CSJN luego de delimitar una triple categoría de derechos -individuales, de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos- inmediatamente afirmó: ?En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un ?caso? es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos 310:2442, considerando 7°; 311:2580, considerando 3° y 326:3007, considerandos 7° y 8° entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición (...) ? (Fallos 332:111 considerando 9° del voto mayoritario). 4. Ahora bien, las pretensiones de la actora se dirigieron a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 309/GCBA/SJYSU/04 -reglamentaria de la ley 962 de ?accesibilidad física para todos?- y, a su vez, a que se ordenase al GCBA a adecuar su reglamentación para el otorgamiento de habilitaciones a lo establecido por la ley 962. Sin embargo, no logró acreditar que de la normativa impugnada se deriven perjuicios actuales y concretos sobre los derechos de las personas con discapacidad. 5. En virtud de todo lo expuesto, y de conformidad con lo concluido por la Fiscalía General, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por la actora. La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo: 1. Recurso de queja ?Fundación Acceso Ya? (FAY en adelante) interpuso en tiempo y forma recurso de queja, que es procedente ya que la crítica que formula al auto denegatorio está suficientemente fundada. 2. Recurso de inconstitucionalidad a) La actora invoca los siguientes agravios: violación al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad al no garantizar la accesibilidad física a edificios públicos y privados de acceso público (art. 16 CN); igualdad de oportunidades y trato (arts. 2 y 7 DUDH; art 2.1. y 26 del PSDSP; art. 2. 2 PIDESC); derecho a la autonomía personal (CN art. 19); derechos fundamentales reconocidos por los arts. 10, 11 y 42 de la CCBA; y arbitrariedad de la sentencia. En la misma línea que trazara a partir de la demanda enfatiza, a lo largo de todo el proceso, la dimensión colectiva de los derechos vulnerados por la resolución n° 309/GCBA/SJYSU/04 que reglamenta ?en forma irrazonable e ilegal? la ley n° 962, al afectar la accesibilidad física de las personas con discapacidad, generando discriminación y desigualdad de trato y oportunidades a su respecto. El núcleo a decidir por el Tribunal puede precisarse de la siguiente manera: si la omisión en la resolución citada de uno de los tres requisitos previstos en el art. 62 de la ley 962 (la imposibilidad de modificar las características dimensionales y físicas de las circulaciones verticales y horizontales de un edificio) para el otorgamiento de habilitaciones en edificios públicos o privados, es o no inconstitucional. La demanda expone que hay colisión entre la res. 309/GCBA/SJYSU/04 y la ley n° 962 en tanto la primera admite excepciones no previstas por la segunda, que refieren a las características dimensionales y físicas de las circulaciones verticales y horizontales de un edificio en perjuicio de las personas con discapacidad; siendo una reglamentación que excede la competencia del órgano que la dictara en tanto restringe el marco legal. Al respecto afirma: ?parece indiscutible entonces que el problema que entorpece la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad está lejos de ser un problema de insuficiencia de las normas sino del real cumplimiento de estas una vez promulgadas... Pese a los largos años transcurridos desde la sanción de la ley 962 tanto los espacios públicos como los privados de la Ciudad de Buenos Aires presentan numerosas barreras y obstáculos al acceso de personas con discapacidad ello se debe en gran medida a la admisión indiscriminada de excepciones posibilitada a través de la res. 309/GCBA/SJYSU/04 que exime arbitrariamente de acreditar la imposibilidad de modificar las características dimensionales y físicas de las circulaciones verticales y horizontales, a fin de acogerse a la excepción... Resulta de extrema importancia que este tipo de normativas, como la ley 962 que buscan cambios de tal importancia, intentando mejorar la calidad de vida de un grupo desaventajado de personas, no quede simplemente como fríos textos sin su consecuente implementación, no solo porque esto provoca la inmediata violación de derechos y principios constitucionales sino además porque tal accionar desacredita de manera drástica la actitud del Estado frente a estas desigualdades y a sus verdaderas intenciones al legislar este tipo de disposiciones? (fs. 30/30 vta. de la queja). Esta argumentación es reiterada y ampliada por la recurrente tanto al apelar la sentencia de primera instancia como al acudir ante el Tribunal Superior de Justicia frente al rechazo de su pretensión en segunda instancia. Importa destacar que en apoyo de su postura, obra en la causa toda la prueba documental que acompañara al inicio (fs. 36/58 de los autos principales) que no fue desconocida por la demandada (conf. primer párrafo de providencia de fs. 77, autos principales). Se trata de un relevamiento efectuado por la Defensoría del Pueblo de CABA en diversas actuaciones promovidas por la ?Fundación Acceso Ya? y/o por particulares en los que se constatan múltiples incumplimientos a la ley n° 962, y en las que la Defensoría del Pueblo recomienda a los organismos competentes ?promover las acciones conducentes para adecuar la res. 309/GCBA/ SJYSU/04 a la legislación vigente sobre accesibilidad física para personas con movilidad reducida? (fs. 54 vta de los autos principales). Sin embargo, ninguno de estos instrumentos fueron tenidos en consideración al tiempo de resolver la acción de amparo en las instancias anteriores, lo que es

motivo de agravio en el recurso en análisis. Dice la Cámara "... los argumentos de la apelante no logran refutar ni siquiera mínimamente el pronunciamiento de grado. Es que la Sra. Juez de grado ha realizado una sólida y armónica interpretación de todas las normas en juego que no ha sido desvirtuada... la actora en su interpretación no refuta que la resolución en cuestión no deroga ni desnaturaliza las excepciones previstas legalmente sino que a su juicio simplemente debería introducir algún requisito adicional respecto del modo de acreditarse la imposibilidad de adecuar los establecimientos preexistentes a la ley 962..." (fs. 59 de la queja).

b) Disiento con esta lectura. Es cierto que la resolución 309/GCBA/ SJYSU/04 no deroga el requisito previsto en la ley n° 962 ni podría hacerlo (conf. art. 31 de la C.C). Pero, y esto es lo grave, el tribunal de grado no advierte que cuando la resolución n° 309 no incluye uno de los incisos de la ley n° 962, tolera y facilita que la práctica burocrática habitual para el otorgamiento de habilitaciones se ejerza de manera deficitaria posibilitando -como lo prueba la documental a la que hice referencia- el funcionamiento de establecimientos que impiden a las personas con discapacidad el ejercicio pleno de sus derechos. Agregaría que esa lesión de derechos es un hecho público y notorio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tanto en locales comerciales, de esparcimiento como en establecimientos públicos y todos los que de forma ocasional o frecuente ingresan a dichos lugares saben de estas falencias. Un caso lamentable y paradigmático está registrado en esta causa cuando ya tramitaba ante el Tribunal Superior de Justicia. La audiencia convocada (fs. 91 de la queja) no pudo celebrarse en el edificio de la calle Cerrito 760 toda vez que el presidente de la FAY no pudo ingresar en silla de ruedas por carecer de una entrada adecuada a esa situación. Las actas de fs. 95 y 100 dan cuenta de lo sucedido. La omisión de un requisito de la ley n° 902 en la res. 309/GCBA/SJYSU/04 que la reglamenta, posibilita en la práctica excepciones no admitidas en el régimen de habilitaciones establecido legalmente. Y son esas excepciones las que generan la pérdida de derechos que el Estado está obligado a garantizar en atención a los compromisos asumidos a nivel internacional, nacional y local. La interpretación que viene siendo sostenida por las instancias anteriores es, desde esta perspectiva, irrazonable (art. 28 CN) y exhibe de la manera más dramática -por el efecto performativo que toda decisión judicial implica- la invisibilidad y la legitimación de formas de la discriminación. Es que el discurso jurídico no se agota en el dictado de normas. La ley se torna operativa a través de una sucesión de actos interpretativos que inevitablemente fijan el campo de aplicación de cada disposición, ampliándolo o restringiéndolo. Y es en esa secuencia donde una resolución de jerarquía inferior a la ley, que dice menos que el texto legal, en un caso como el de autos configura la inconstitucionalidad que denuncia "Fundación Acceso Ya?".

c) Para comprender el alcance de lo debatido en autos, es imprescindible introducir algunas referencias acerca de los cambios de perspectiva con la que se analizan hoy los problemas de las discapacidades. Tales cambios de paradigma y de lenguaje son muy significativos y no pueden ignorarse al tiempo de dictar resoluciones judiciales. La/s discapacidad/es no son características innatas de un individuo que por su sola presencia lo "destacan" o lo "disminuyen". Los criterios de normalidad corporal y/o funcional, los patrones clasificatorios fijados por las evaluaciones médicas y su percepción como condiciones individuales de inferioridad han sido desplazados por la comprensión de que las causas que dan origen a la discapacidad son sociales o al menos preponderantemente sociales. La/s discapacidad/es y sus problemas son una producción social que las significa a partir de prácticas de normalización, de patrones culturales y de diversidad de contextos sociales en los que aparecen. Y, en buena medida está provocada por las limitaciones, la falta de servicios apropiados y la escasa atención que la sociedad proporciona a quienes presentan necesidades especiales o diferentes. El modelo social de la discapacidad desplazó a un modelo que al ontologizar la discapacidad como atributo del sujeto o como fatalidad de la naturaleza des-reponsabilizaba al Estado y a la sociedad en su conjunto; facilitando el desconocimiento y la negación de otros percibidos como diferentes e inferiores. Ahora, entendida la discapacidad como consecuencia de restricciones sociales de muy diverso orden que experimentan las personas en su vida cotidiana, la reivindicación de la efectividad de sus derechos y garantías se vuelve insoslayable. Las personas con discapacidad son plenamente sujetos de derecho y deben recibir un tratamiento jurídico-político igualitario. d) A nivel internacional los Tratados de Derechos Humanos abarcan las situaciones a las que vengo haciendo referencia. Desde el 2008 entró en vigor la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIPCD), "que establece los siguientes principios rectores en la materia: i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre y la mujer, y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Dicha Convención fue ratificada por Argentina el 2 de septiembre de 2008" (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlan y familiares vs. Argentina). La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIPCD): Orienta sobre las medidas que deben ser adoptadas por los Estados para consagrar los derechos humanos de las personas con discapacidad. Vincula la accesibilidad con la igualdad, como herramienta que apunta hacia la igualdad material. Requiere, para lograr la accesibilidad plena, que los

Estados identifiquen y eliminen obstáculos y barreras de acceso en todos los ámbitos (los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores). Garantiza movilidad para procurar la mayor independencia y libertad posibles a las personas con discapacidad. Pone especial énfasis en el impacto provocado por cada contexto social. Una apretada síntesis de sus disposiciones afirma aquellos objetivos. El art. 1 indica que el propósito de la CIPCD es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. Refiere que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. El art. 2 define que los "ajustes razonables" son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. El mismo artículo define la "discriminación por motivos de discapacidad" como cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Entre los principios generales que enumera el art. 3, se destacan la no discriminación, la independencia de las personas, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad. A su vez, el Estado tiene las siguientes obligaciones generales según lo previsto en el art. 4: a) tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad y b) tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad. El art. 5 sostiene que a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. Ello es expresión del derecho a la igualdad y no discriminación. En esta línea, el art. 9 refiere al principio de accesibilidad. De aquí surge que la accesibilidad se liga con la independencia y participación plena de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida. Para ello, los Estados deben asegurar a las personas con discapacidad el acceso en igualdad de condiciones con los demás, al entorno social. Este artículo es la expresión del modelo social de la discapacidad porque considera que la accesibilidad conlleva a la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, especialmente atendiendo a 1) los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo y 2) los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia. El mismo artículo refleja que los Estados adoptarán medidas para supervisar la aplicación de normas y directrices sobre accesibilidad de las instalaciones y servicios de uso público o abierto a la comunidad. Esto se extiende al sector privado. Por su lado, la Observación General N° 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del año 2014, define el concepto de accesibilidad (art. 9 CIPCD): condición previa y fundamental para que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones y disfrutar de manera efectiva de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales. Para el Comité la accesibilidad debe abarcar el entorno físico, el transporte, la información, la comunicación y los servicios, sin importar cuál es la personalidad jurídica o el carácter público o privado de estos. Como regla, desde un enfoque antidiscriminatorio, las personas con discapacidad deben tener igualdad de acceso a todos los bienes, productos y servicios, cuyo presupuesto es la dignidad y las condiciones de igualdad. La Observación General dispone concretamente que la denegación de acceso es un acto discriminatorio independiente de quien lo cometa y en el carácter que revista. En este sentido, la Observación General recoge, además, la interseccionalidad con otras variables, como el género, la edad y la clase. En esta línea, la Observación General ubica el principio de accesibilidad en la tradición internacional de los derechos humanos que indica el deber de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la igualdad, atendiendo a la especificidad de las personas con discapacidad. Así, la Observación General refiere al estricto cumplimiento de las normas de accesibilidad, que tiene como fin el que las barreras que impiden el acceso a los objetos, instalaciones, bienes y servicios existentes se eliminen gradualmente de forma sistemática y con una supervisión continua. Y agrega que ¿el posible costo de la eliminación posterior de las barreras no puede aducirse como excusa para eludir la obligación de eliminar gradualmente los obstáculos a la accesibilidad? (apartado 15 de la Observación General N° 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Importa referir que para el Comité la falta de accesibilidad se debe por lo general a la insuficiente concienciación y falta de conocimientos técnicos. Por ello, el Estado es el primer obligado a ofrecer formación a todas las personas que se involucren en los problemas de accesibilidad, lo que incluye a los arquitectos, diseñadores, planificadores urbanos. En el apartado 24 de la Observación General, el Comité indica que ¿todos los objetos, infraestructuras, instalaciones, bienes, productos y servicios nuevos deben ser diseñados de forma que sean plenamente accesibles para las personas con

discapacidad, de conformidad con los principios del diseño universal. Los Estados partes están obligados también a garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan? (apartado 24 de la Observación General N° 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). De esta directriz, se deriva que el Estado debe prescribir los deberes que las diferentes autoridades (regionales y locales) deben cumplir para asegurar la accesibilidad. Incluye, los mecanismos de supervisión efectivos que garanticen las formas de accesibilidad. Otra aclaración relevante de la Observación General refiere a que la accesibilidad se relaciona con grupos de personas, y los ajustes razonables a casos particulares. Por lo que la accesibilidad es una obligación ex ante. Esto quiere decir en los términos de la Convención que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar accesibilidad antes de recibir una petición individual para entrar en un lugar o utilizar un servicio. Los Estados partes deben establecer normas de accesibilidad, que deben adoptarse en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad y especificarse para los proveedores de servicios, los constructores y otros interesados pertinentes? (apartado 25 de la Observación General N° 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). La Observación General N° 2 enfatiza que las barreras deben eliminarse de modo continuo, sistemático, gradual y constante. A su vez, indica que Los Estados partes están obligados a aprobar y promulgar normas nacionales de accesibilidad y a supervisarlas. En caso de no contarse con legislación sobre la materia, el primer paso es aprobar un marco jurídico adecuado. Los Estados partes deben proceder a un examen exhaustivo de las leyes sobre la accesibilidad para identificar, vigilar y resolver las lagunas en la legislación y en la aplicación? (apartado 28 de la Observación General N° 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) y como parte de su examen de la legislación sobre la accesibilidad, los Estados partes deben también considerar sus leyes sobre contratación pública para asegurarse de que sus procedimientos en la materia incorporen los requisitos de accesibilidad? (apartado 32 de la Observación General N° 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). La Observación General es clara en su definición de accesibilidad y justicia: No puede haber un acceso efectivo a la justicia si los edificios en que están ubicados los organismos encargados de hacer cumplir la ley y de administrar la justicia no son físicamente accesibles para las personas con discapacidad, o si no son accesibles los servicios, la información y la comunicación que proporcionan (art. 13 CIPCD)? (apartado 37 de la Observación General N° 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). En el apartado 48 enfatiza que La supervisión de la accesibilidad es un aspecto fundamental del seguimiento nacional e internacional de la aplicación de la Convención. El artículo 33 de la Convención exige a los Estados partes que designen un mecanismo de coordinación dentro de sus gobiernos para las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención, y que establezcan marcos nacionales para supervisar la aplicación que consten de uno o varios mecanismos independientes? (apartado 48 de la Observación General N° 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). e) La ley n° 902 CABA -sancionada en el año 2002- modifica el código de la edificación de la Ciudad a fin de cumplir con mayor accesibilidad física para sus habitantes. El Art. 1.3.2 define que la accesibilidad al medio físico es lo que posibilita que las personas con discapacidad desarrollen actividades en edificios y en ámbitos urbanos y utilicen los medios de transporte y sistemas de comunicación, mientras que la noción de adaptabilidad refiere a la posibilidad de modificar una estructura o un entorno físico para hacerlo accesible a las personas con discapacidad. Según el código edilicio, las personas con discapacidad son aquellas con deficiencias permanentes, mentales, físicas (sensoriales, motoras, viscerales o patológicas) y casos asociados; las personas afectadas por circunstancias discapacitantes: factores cronológicos (los ancianos y los niños menores de nueve años), antropométricos (la obesidad, el enanismo, el gigantismo), y situaciones transitorias (el embarazo, llevar bultos pesados o niños pequeños en los brazos o en cochecito). El art. 61 de la Ley n° 962 CABA modifica el art. 4.11.2.1 del código de edificación que señala para el caso general de reforma o ampliación de edificios que: en todo edificio público o privado con concurrencia masiva de personas, se deben adecuar los accesos, circulaciones, servicios de salubridad y sanidad y demás disposiciones para la eliminación de barreras físicas existentes, además de cumplir con lo establecido por la Ley N° 24.314 'Accesibilidad de personas con movilidad reducida', su Decreto Reglamentario N° 914/97 y Decreto N° 467/98 (Modificaciones al texto del Art. 22, apartado A1 del Decreto N° 914/97) y los Decretos del Poder Ejecutivo N° 236/94 y N° 1.027/94. Cuando no sea posible el cumplimiento total y estricto de las normas mencionadas en este inciso y las establecidas en este Código, se deberá presentar un proyecto alternativo 'practicable', para los casos de adaptación de entornos existentes, incluidos en los plazos fijados por la Reglamentación de la Ley N° 24.314, que quedará sujeto para su aprobación a juicio exclusivo de la Autoridad de Aplicación?. Las normas de accesibilidad que postula la ley n° 962 encuentran un correlato con los estándares fijados por la CIPCD, especialmente en los referidos a la eliminación de las barreras físicas que obstaculizan en condiciones de igualdad de oportunidades, la independencia o libertad de las personas con discapacidad. La ley n° 962 se acerca a un enfoque social de la discapacidad porque piensa la discapacidad o los factores discapacitantes en función del estereotipo de normalidad que se utiliza para constituir los módulos en el diseño del entorno. Esa idea de lo perfecto a que alude la norma, apela a un patrón normativo o regla de normalización sobre la cual se clasifica, mide o valora a las personas con discapacidad. La ley n°

962 CABA -aunque es anterior a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIPCD)- coincide en que el entorno físico, el transporte, la información, la comunicación y los servicios, sin distinguir si se trata del dominio público o privado son barreras que obstan a la accesibilidad; en el enfoque antidiscriminatorio; y en la incorporación de las nociones de accesibilidad y disponibilidad. Tal como señala, el Comité interpreta que el art. 9 CIPCD prescribe que las barreras deben eliminarse de modo continuo, sistemático, gradual y constante. En el mismo sentido la ley n° 962 dispone determinadas medidas de ancho de entradas o mayor adaptabilidad o accesibilidad posible en obras de transformación edilicia. La ley n° 962 CABA, junto con la CIPCD y la Observación General N° 2 del Comité de la CIPCD consagran el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. Para ello, y en el caso específico del principio de accesibilidad, el Estado argentino -local o nacional- está obligado a sancionar normas que aseguren la accesibilidad y a supervisar su efectividad. f) Resolución n° 309/GCBA/SJYSU/04 Un examen exhaustivo de la resolución n° 309/GCBA/SJYSU/04 -objeto de debate en las actuaciones- lleva a la conclusión de que en su redacción actual no se adecua a la ley n° 962 en materia de accesibilidad. La omisión de uno de los requisitos -como ya lo advirtiera más arriba- facilita que el otorgamiento de habilitaciones de edificios públicos y/o privados afecte los derechos de las personas con discapacidad, neutralizando la regla general de la eliminación gradual de las barreras físicas, y condicionando el derecho a una plena autonomía en condiciones de igualdad de oportunidades. La lesión constitucional denunciada por la recurrente y ya señalada en mi voto está acreditada por la prueba instrumental reconocida por el GCBA en el expediente. Esos documentos demuestran, además, que fue la Defensoría del Pueblo de la CABA la que hizo un relevamiento de numerosas situaciones irregulares y recomendó al GCBA ?adecuar? la resolución n° 309/GCBA/ SJYSU/04 en el sentido en que lo reclama la actora. Desde el momento en que la redacción de la resolución n° 309/GCBA/SJYSU/04 no incluye uno de los requisitos del art. 62 de la ley n° 962 CABA, posibilita prácticas de la administración violatorias del marco jurídico aplicable a las personas con discapacidad que conducen al otorgamiento de habilitaciones a edificios inaccesibles (entendido este término en el sentido que lo fija la CIPCD). Otro tanto sucede con la interpretación de esa omisión como irrelevante expresada en las presentaciones del GCBA y en las decisiones judiciales dictadas en estos autos, que no se hacen cargo de que por esa vía restringen derechos consagrados a nivel internacional, constitucional y local; definen circuitos segregados que reinstauran el paradigma desplazado por la Convención al impedir a las personas con discapacidad una vida autónoma y plena en condiciones de igualdad, limitando su circulación y acceso a espacios públicos y consecuentemente el campo de su vida social. Por fin, hay responsabilidad internacional del Estado por discriminación e incumplimiento a lo estatuido en la CIPCD cuando no adopta las medidas pertinentes para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres o prácticas existentes que constituyen un obstáculo a las normas de accesibilidad, como por ejemplo, denegación de acceso al entorno físico. Por todo lo expuesto, corresponde a) declarar admisible la queja; b) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y c) declarar inconstitucional la resolución n° 309/GCBA/SJYSU/04 en su actual redacción. Así voto. Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, por mayoría, el Tribunal Superior de Justicia resuelve: 1. Rechazar la queja interpuesta por Fundación Acceso Ya. 2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja. La jueza Ana María Conde no suscribe la resolución por estar en uso de licencia. 011731E