

Sra. Directora General, Dra. Agustina Palacios:

Se procede al análisis de las presentes actuaciones, del cual se concluye:

#### I.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS.

Con fecha 3 de septiembre de 2008 presenta su denuncia la Sra. M. E. K respecto de la Clínica XX. en la cual expresa que puesto a que la parte denunciada presenta dificultades en cuanto a la accesibilidad arquitectónica, su hermana E M K no pudo asistir a la consulta con el Dr. G ya que el consultorio médico se encuentra en el segundo piso de la Clínica aquí denunciada. Que el ascensor que posibilita el acceso al mismo no cuenta con la amplitud necesaria para el ingreso de una persona que se moviliza en sillas de ruedas, tal el caso de E M K. Manifiesta que estos hechos acontecieron el mismo día de la interposición de la presente, momento en el cual la denunciante acompañó a su hermana E M K a la consulta médica, sintiéndose discriminada por la ausencia de acceso y por el trato que recibió de parte de la Clínica.

Manifiesta la denunciante que habiendo solicitado con antelación y de forma telefónica un turno con el médico mencionado, manifestando en aquella ocasión que se trataba de una paciente con discapacidad motora (que utilizaba silla de ruedas) a los cual se le comunicó que no había ningún inconveniente.

Asimismo expresa que ante la imposibilidad de acceso al ascensor que comunica a los consultorios del segundo piso del establecimiento, se le ofrece atender a su hermana en el sector de Guardia del lugar a lo cual la denunciante se niega, ya que entiende no sacó el turno para ser atendida allí. Destaca además que en ningún momento se le ofrece utilizar el ascensor destinado para el ingreso de camillas, que la denunciante reflexiona seguramente debe existir en una Clínica.

Atento estos sucesos la denunciante manifiesta que requiere la presencia del Director de la Clínica informándole que el mismo no se encontraba y poniendo a su disposición el libro de quejas, el cual la Sra. M. E. K no acepta.

Agrega a fs. 3 y 4 como documentación respaldatoria de la presente copia del Testimonio de la Sentencia de la Declaración de Incapacidad de E M K y copia de los DNI de ambas hermanas a fs. 5 ,6 y 7 del presente.

A fs.9 obra resolución de esta Dirección General dando cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 5º del Decreto 352/07, por la cual se ha dado intervención a la Clínica denunciada. La cual es debidamente notificada con fecha 9 de febrero de 2009.

A fs. 10/13 obra descargo presentado por el letrado apoderado de la CLINICA XX exponiendo en primer lugar la falta de "tipicidad"(sic) de los hechos que han motivo la denuncia. Destacando que *"la denunciada no ha cometido ninguna acción u omisión de la que surja menoscabo alguno a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y las leyes a persona alguna y obviamente tampoco a la actora"*.

Manifiesta además que no se desprende del plexo de la denuncia impetrada para qué persona había sido solicitado el turno en cuestión y que no se había puesto en conocimiento de la clínica que la paciente tenía algún impedimento físico o psíquico que de haber sido informados al respecto hubieran brindado la atención en la Planta Baja del establecimiento.

Agrega el letrado que advierte que no condice la calidad de empleada domestica que consigna la denunciante en el formulario de denuncia (fs.1) con la condición de persona que utiliza silla de ruedas, por lo que concluye que quien se debía atender en la consulta pertinente no es la denunciante. Por ello afirma que la Sra. M. E. K carece de legitimación activa para promover la denuncia.

Por otro lado se argumenta en el descargo la falta de legitimación pasiva ya que no se ha denunciado al médico para el cual se había solicitado el turno sino que se lo ha hecho contra la institución.

Asimismo afirma la parte denunciada que el acto/ hecho discriminatorio no se ha producido ya que en ningún momento se ha negado la atención sanitaria en cuestión. Enfatiza a la vez que la propia denunciante es quien se niega a ser

atendida en el sector de la Guardia por el propio Dr. G, aclarando también que dicho sector cuenta con el confort y la aparatología apropiadas para cualquier tipo de atención a la salud.

Agrega, en este sentido, que el hecho *acontecido* “se trata en el mejor de los casos de una situación de **incomodidad física** fácilmente solucionable, pero a la que la actora se negó a ser atendida” (la negrita es mía).

Hace hincapié el apoderado en que al lado del ascensor común que traslada a las personas al consultorio hay una silla de ruedas equipada que no fue utilizada por la paciente.

Finalmente adjunta antecedentes jurisprudenciales y breve reseña de la historia de la Clínica.

Ofrece prueba testimonial y acompaña fotografías ilustrativas de los hechos narrados en cuanto a las instalaciones del ascensor de Consultorios de la Clínica (ver fs 17 a 18).

Consta a fs.20 resolución a fin de fijar audiencia de conciliación para el día 26 de febrero de 2009 en los términos del Art. 6º del Decreto 352/07.

Surge entonces de fs.23 acta de conciliación donde la denunciante ratifica los términos de su denuncia y la parte denunciada hace lo propio respecto del descargo oportunamente presentado, ofreciendo además la atención personalizada del Director Médico de la Clínica informando el número telefónico al cual podría llamar en el horario de 8 a 20 hs para acceder a la misma. No habiéndose arribado a un acuerdo ha continuado el trámite de las presentes.

En tal sentido, se dispuso a fs 24 librarse oficio a la Clínica XX para que informe: medidas precisas del ascensor que conduce a los consultorios, fecha de instalación del mismo y si se le han efectuado reformas y en caso afirmativo especifique en que consistieron dichas modificaciones y la fecha que se realizaron . En virtud de ello es que a fs 26 surge informe en respuesta al oficio requerido ,con fecha 28 de abril de 2009, que la cabina del ascensor requerido tiene como medidas 1 metro por 1 metro por 2.17 metros de alto. Asimismo se informa que de acuerdo al asesoramiento técnico recibido no resulta posible efectuar modificación alguna del ascensor, salvo demoler todo lo que existe al paso del ascensor desde el subsuelo hasta el 5to piso. Por último señala que la Clínica esta evaluando la instalación de un ascensor de última generación en el hueco revisto originalmente para tal fin.

Se dispuso a fs. 27 dar intervención a la Comisión Mixta Permanente de Barreras Arquitectónicas y Urbanísticas de la Municipalidad de Gral Pueyrredon (COMIBAU) a la cual para que realice un informe técnico respecto de los puntos especificados en el oficio que ya han sido mencionados en el párrafo precedente como así también informe los demás datos que según su consideración sean de relevancia respecto de las condiciones de accesibilidad de la Clínica Pueyrredon .

Ahora bien consta a fs 31 informe de la COMIBAU donde consta que los ascensores actuales (año 2012) no permiten el uso de personas en sillas de ruedas , salvo que a las mismas se les retire el apoya pies. Se advierte además que no ha sido construido el ascensor indicado por la Clínica a fs 26. Respecto del ascensor camillero, este aunque es apto para el ingreso de personas en sillas de rueda, no comunica a los pisos superiores con el sector consultorios. Destaca además la COMIBAU que “el Dr. (director) ha informado que cuentan con la permanente asistencia de camilleros para ayuda de personas con discapacidad en el uso del ascensor.” Y reflexiona el informe que la “situación que sólo resulta un paliativo al problema”.

Pudo constatar la Comisión además que: 1.-Resulta inconveniente funcionalmente colocar una plataforma oblicua en la escalera, atento que el ancho de la misma es sólo de 1.15 metros y que el uso de la misma es permanente.2.-El mostrador no presenta un sector bajo adaptado para atención de un persona en silla de ruedas o de baja estatura.3.- El sanitario público de planta baja no es accesible. 4.- Las bandas antideslizantes de la escalera de uso permanente no se encuentran en buen estado.

Por ello concluye la COMIBAU realizando una serie de recomendaciones: 1.- Colocar información respecto a la asistencia de servicio a personas con discapacidad que incluye la obligación de atención de los profesionales en planta baja cuando sea recurrido. 2.- Adaptar el sanitario de hombres planta baja para que el mismo sea

accesible, en la inminente adecuación prevista. 3.-Adaptar un tramo del mostrador, en la inminente adecuación prevista.

## II.- MEDIDA PRELIMINAR

Atento a los hechos descritos y como primera medida preliminar, debe delimitarse cual será el ámbito de competencia de esta Dirección General para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con el fin de establecer la existencia o no de un acto o conducta considerados discriminatorios, en los términos de la Ley 23.592 y su modificatoria Ley 24.782; y en su caso, determinar los cursos de acción que corresponden según la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Que al respecto, cabe señalar como medida de principal y especial pronunciamiento; que la actividad probatoria brindada en estas actuaciones administrativas, es solamente indicativa a los fines de circunscribir la situación fáctica y encuadrarla dentro de la legislación mencionada, sin causar estado. Es decir, sin crear, modificar o extinguir derechos, por cuanto la determinación del presunto daño esta reservada sólo al Poder Judicial, agotándose la actividad de esta Dirección, en la producción de un dictamen no vinculante.

Que por su parte el artículo 1° de la ley 23.592 (B.O 05/09/88) reza: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo, se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

Analizando la doctrina imperante en la materia el concepto de discriminación, se ha utilizado generalmente para referir un trato desigual a personas que se encuentran en idéntica situación o al contrario, para referir un trato igual a personas que se encuentran en diferente situación. Afirma Julio Martínez Vivot, por su lado, entiende que existe discriminación cuando “arbitrariamente se efectúa una distinción, exclusión o restricción que afecta el derecho igualitario que tiene toda persona a la protección de las leyes, así como cuando, injustificadamente, se le afecta a una persona, grupo de personas, o una comunidad el ejercicio de alguna de las libertades fundamentales, expresadas por la Constitución Nacional, por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o de cualquier orden, sexo, posición económica o social u otra de cualquier naturaleza posible”, destacando dos elementos fundamentales que componen, individual pero complementariamente su definición. Por lo que en primera instancia, para que ocurra debe existir “violación arbitraria o injustificada del principio de igualdad ante la ley, conforme a las circunstancias”, y a su vez, debe impedir o menoscabar “a otro en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales que la Constitución Nacional le asignan.”

Como destaca Barrere Unzueta, para que nos encontremos ante una situación de discriminación deben estar presentes dos características: en primer lugar, el carácter *grupal* de la injusticia (ya que no se trata de que una persona sea tratada de manera desigual o injusta respecto de otra persona que está en su mismo grupo). Es decir, que no son casos individuales, sino que detrás de un caso individual existe una dimensión de *injusticia intergrupal*. En segundo lugar, aunque muy relacionado con lo anterior, nos enfrentamos ante la circunstancia del *diferente estatus o situación de poder social* de ese grupo al que pertenece esa persona y por lo cual se la discrimina. Cuando se habla de derecho antidiscriminatorio, ese diferente estatus se da por pertenecer a un “grupo subordinado socialmente”, como por ejemplo, ser personas con discapacidad, inmigrante, pertenecer a una minoría religiosa, pertenecer a una minoría sexual, etc.

## III.- ANÁLISIS DEL CASO

Surge de la lectura de las actuaciones que de lo manifestado por la parte denunciante y la réplica expuesta de la parte denunciada (descargo) que el hecho que ha motivado la denuncia efectivamente ha existido. Esto es, que hubo una solicitud de turno en cabeza de la señora K E M y que efectivamente el servicio de salud no fue gozado por esta usuaria de quien la denunciante resulta su curadora tal consta a fs 3 y 4 de las presentes. Por ello cabe la admisión de la denuncia ya que ésta deviene en su representante legal y por tanto con facultades para la realización de la misma. En cuanto a la legitimación pasiva surge como claro e innegable que es acertado indicar a la Clínica XX como denunciada ya que, siguiendo la línea argumental expuesta, el profesional médico en cuestión no estaba atendiendo en su consultorio particular y que además el motivo de la denuncia tiene que ver con las condiciones edilicias que presenta la Institución referida.

Ahora bien, se refleja en el transcurso de las actuaciones que la usuaria del servicio de salud, en este caso la Sra. E M K, no ha podido acceder justamente a este servicio, en el caso concreto la consulta con el Dr. G, por motivo de su discapacidad. Evidenciándose que esta atención no se ha concretado debido a la falta de accesibilidad que presenta el ascensor que comunica al sector consultorio de la Clínica denunciada. Situación que quiso ser zanjada atendiendo en el sector de la Guardia del lugar, cuestión que sólo resulta un paliativo al déficit de accesibilidad presentado por el nosocomio. Y que más allá del maltrato recibido o no por parte del personal administrativo de la Clínica, es la falta de accesibilidad para la persona que utiliza silla de ruedas lo que se constituye en eje central para el análisis del caso traído a consideración de esta Dirección General.

Resulta de importancia aclarar además que el usuario de un servicio también tiene derecho ante la insatisfacción del uso del mismo a negarse a recibirlo en condiciones que no son las habituales. En este caso las generalidades de los usuarios que concurren a la Clínica XX son atendidos en la sede que corresponde, llámese, para el caso concreto, consultorio. A ello debe sumársele el análisis del significado del derecho a la salud. El derecho a la salud incluye, dentro de su contenido esencial, el poder tener acceso, en condiciones de igualdad, al ámbito físico donde se brinda. Si dicho acceso es limitado como consecuencia de la falta de accesibilidad universal, es el derecho a la salud el que se encuentra limitado, como consecuencia de accesibilidad universal (en este caso, por motivo de discapacidad).

Asimismo debe aclararse que en la materia bajo análisis rige el principio de inversión de la carga probatoria, conforme el cual es el denunciado quien tiene la carga de probar la inexistencia de la materialidad del acto discriminatorio, o en su defecto ocurrido el hecho, que el mismo se ha llevado a cabo con un motivo suficientemente justificado, eliminando el tinte de arbitrariedad solicitado por la propia ley, así como por la doctrina y jurisprudencia a fin de la configuración del acto discriminatorio. Cuestión que en la presente denuncia no se ha logrado probar con suficiencia por parte de la parte denunciada.-

Ya que lo que ha podido probar la denunciada es que existe voluntad de los Directivos de la Clínica y del personal a su cargo para asistir, ante el déficit edilicio notado, a las personas cuya discapacidad motora se sirve de la utilización de una silla de ruedas. Y que ha sido el enojo de la denunciante, entiéndase, la obstinación de la misma, la que ha motivado la radicación de una denuncia por discriminación. Colocándose la responsabilidad en quien debe ser atendido en igualdad de condiciones con las demás personas.

Es aquí que cobran importancia los informes acerca de las condiciones de accesibilidad con que cuenta las instalaciones de la Clínica denunciada, prueba más que acabada de que existe una vulneración real y concreta para un colectivo al cual es imprescindible dotarlo de la mayor autonomía posible. Poniéndose de relieve, además, que los compromisos que se han vislumbrado acerca de la instalación de nuevos y modernos ascensores no han sido cumplidos, transcurridos ya casi tres años del hecho que antecede la presente.

#### IV.- EVALUACIÓN DEL CASO

En el ámbito concreto de la presente denuncia, se está evaluando si el accionar de la Clínica XX es un acto de discriminación "**por motivo de discapacidad**". Cabe señalar en principio, qué se entiende por discapacidad. La discapacidad es el resultado entre la diversidad funcional de la persona y las **barreras (actitudinales, comunicacionales o del entorno construido)**. Estas barreras limitan e impiden la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de las personas. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378), en adelante CDPD, entiende que la "discriminación por motivos de discapacidad" se refiere a "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 condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo". Esto incluye todas las formas de discriminación y, entre ellas la denegación de ajustes razonables.

Para comprender aun más la significación de este concepto, es preciso señalar que *"la discapacidad es en muchos casos fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual y actitudinal. De ahí la importancia de algunos principios, como el de accesibilidad universal o el del diseño para todos, desde los que se pretende superar los obstáculos o barreras que impiden el disfrute de los derechos".* Y agrega que *"puede entenderse por "barrera" todo obstáculo que dificulte o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las*

*personas a alguno/s de los ámbitos de la vida social”* (Cfr. El Significado de la Accesibilidad Universal y su Justificación en el marco normativo español” elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, noviembre/2005, disponible en: <http://www.cermi.es/esES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/45/ElSignificadodelaaccesibilidaduniversalsujustific.pdf>)

Asimismo, el artículo 5 de esta Convención establece que los Estados Partes reconoce que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella tienen derecho a igual protección legal, a que se les garantice una protección contra la discriminación por cualquier tipo. En igual sentido, establece 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. Estos dos artículos -el 2º definiendo a la discriminación por motivo de discapacidad y el 5º al establecer medidas contra la discriminación por motivos de discapacidad-, coinciden en que lo que se prohíbe es la discriminación por motivos de discapacidad. De este modo, se entiende que el derecho a la igualdad y no discriminación constituye un pilar básico de la estructura de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues es de aplicación transversal en todo su articulado.

Otro derecho que se encuentra en tensión en las presentes actuaciones es de la atención de la salud, bien jurídico protegido, cuya protección específica para las personas con discapacidad surge del Art. 25º de la CDPD estableciendo entre otros prescripciones que *“Los Estados Parte reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivo de discapacidad”*

Asimismo, afirma que se deberán adoptar *“las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud”*.

También cobra relevancia el hecho de la especial situación de vulnerabilidad de la afectada por los hechos incoados en la denuncia y es que E . S. K es una mujer con discapacidad colectivo específico que requiere a su vez de un grado mayor de protección.

Desde esta perspectiva y en referencia al caso que nos invoca, es necesario saber qué se entiende por accesibilidad. En sentido amplio, la accesibilidad es entendida como una herramienta imprescindible para lograr igualdad real de las personas con discapacidad. En la medida en que se garantice un entorno accesible, las personas con discapacidad podrán gozar y ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones con los demás. Desde este enfoque, la Convención dedica un artículo específico a la accesibilidad: *“A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, al entorno físico, al transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales (...).”*

Es de importancia destacar que este término conlleva, si se quiere, dos dimensiones en su desarrollo conceptual, una subjetiva y otra objetiva. La dimensión subjetiva, cuyo estudio cobra aquí relevancia, se enmarca entorno a la visión del modelo médico o rehabilitador por la cual el problema de accesibilidad se enfoca en el sujeto que sufre una discapacidad entendido como quien no está contenido en las reglas de la “normalidad”. Por ende las respuesta para los problemas de accesibilidad se dieron, según esta dimensión, respecto del entorno construido y respecto a un caso particular y/o específico . Así señala el Equipo de Investigación supra citado *“ el modo en que se diseña las sociedades teniendo presente solo las necesidades de una persona considerada “estándar”, genera barreras para gran parte de las personas , entre las que se encuentran los niños, las personas mayores, las personas con sobre peso, las personas de muy alta o baja altura, las personas con discapacidad e incluso, las supuestas personas estándar que se encuentran temporalmente fuera de esa categoría, por encontrarse en una situación particular . Por ello la accesibilidad es un asunto que concierne a todas las personas y no sólo a una minoría.(..) **Todas las personas requieren de la accesibilidad como una condición ineludible para poder gozar de las prestación de un servicio, de la utilización de un bien de la comunicación con sus semejantes, etc”***

Esta conceptualización trae aparejada la idea de que los beneficios de un entorno accesible los gozan todas las personas.

Otro concepto que se desprende del de accesibilidad universal es el de diseño universal esto es que contemple a la diversidad de las personas que compartan los distintos espacios dentro del entramado social. Dicho diseño significa tener cuenta siete principios: Uso equitativo, Flexibilidad en el uso, Uso simple o intuitivo, Información Perceptible, Tolerancia al Error , Bajo esfuerzo físico y por último Tamaño y espacio para el acceso y el uso.

Ahora bien el espíritu de las consideraciones teóricas expuestas se ve reflejado, en parte en la ORDENANZA N° 13007 la cual incorpora al Reglamento General de Construcciones (RGC) la Sección VI referida a las normas de accesibilidad física para usuarios con movilidad reducida. He aquí la aplicación de la dimensión objetiva antes mencionada que en el ámbito del Partido de General Pueyrredon se ve reflejada en la ordenanza aquí referida.

De este modo, el Estado, representado por esta Dirección General para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos , a través del presente dictamen está realizando una acción de promoción de igualdad de las personas en iguales condiciones y manifestando que la Clínica debe de tomar las medidas pertinentes para asegurar el acceso a las personas con discapacidad, englobando de esta manera una acción de prevención de discriminación a las personas con discapacidad.( conforme artículo 4º CDPD)

Entendemos que la Clínica a través de sus directivos, estaría vulnerando el derecho a la igualdad al no proporcionar un espacio físico y entorno accesible. La parte denunciada alude asistir con su personal a las personas con discapacidad así como proporcionar una silla alternativa (para quienes pueden hacer el traslado a dicha silla y quienes están en condiciones de utilizarla), pero esta justificación no es motivo por el cual se pueda menoscabar un derecho humano de jerarquía constitucional, tal es la igualdad de las personas y la no discriminación, derivando en una coartación de su libertad. Siendo menoscabo el fundamento de la obligatoriedad de responder a la normativa vigente en cuanto a diseño accesible.

Es por todo lo expuesto precedentemente el hecho en análisis denunciado, se encuadra en los términos del artículo 1º de la Ley 23592; en tanto que se percibe una circunstancia o hecho que permite inferir la comisión de un acto o conducta considerados discriminatorios.-

Con lo dictaminado, se eleva para su consideración.

DIRECCIÓN GENERAL PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

23/07/2012

nlr -Abogada