

Citar Lexis N° 70053252

C. Civ. y Com.
Tribunal: Mar del Plata, sala
2ª
Fecha: 27/05/2009
Machinnandiarena
Hernández,
Partes: Nicolás v.
Telefónica de
Argentina

DERECHOS Y GARANTÍAS – Igualdad – Discriminación – Discapacitados – Inexistencia de rampas en el edificio del proveedor de servicios – Responsabilidad contractual por daños y perjuicios – Procedencia

Expediente: 143.790

2ª INSTANCIA.– Mar del Plata, mayo 27 de 2009.

1ª.– ¿Es procedente el recurso de revocatoria interpuesto a fs. 216/20?

2ª.– ¿Es justa la sentencia de fs. 130/40?

3ª.– ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.– El Dr. Monterisi dijo:

Entiendo que el recurso de revocatoria intentado a fs. 216 deviene inadmisibile en razón de que encontrándonos en el marco de un proceso sumarísimo (ver fs. 42), todos los plazos son de 2 días (art. 496, inc. 2 , CPCC Bs. As.), de modo que resulta extemporánea, atento que la resolución atacada fue notificada el día 11/5/2009 (ver cédula de fs. 214) y el planteo fue interpuesto 15 de mayo, cuando el plazo venció el día 14, dentro de las 4 primeras horas de despacho (conf. art. 124 , in fine, CPCC Bs. As.).

Además de ello, se pretende atacar una resolución de este tribunal, cuando en rigor sólo puede pedirse reposición de las providencias simples dictadas por el presidente (conf. art. 268 , CPCC Bs. As.).

Por lo expuesto, considero que debe rechazarse la reposición planteada.

Así lo voto.

2ª cuestión.– El Dr. Monterisi dijo:

I. La sentencia de fs. 130/40 viene a conocimiento del tribunal con motivo de los recursos de apelación deducidos por el actor a fs. 141 y la demandada a fs. 148.

El a quo hizo lugar a la demanda promovida por Nicolás Machinandiarena Hernández contra Telefónica Móviles Argentina S.A y condenó a esta última a que abone a aquél la suma de \$ 30.000 en concepto de daño

moral y la de \$ 30.000 por multa civil.

Señaló el magistrado que, luego de ponderar el conjunto de las declaraciones testificales rendidas en la causa y confrontar el relato de los deponentes con los reconocimientos aludidos al comenzar estos desarrollos, encontró elementos indiciarios de peso suficiente, en tanto asumen los caracteres que predica el art. 163, inc. 5, del procedimiento, para formar una convicción favorable al progreso de la pretensión actuada, al permitir alcanzar la certeza moral exigible para fundar válidamente un pronunciamiento de condena como el perseguido en la especie.

Agregó que las testificales rendidas a fs. 97/8, 99/100, 108/9 y 110/1 son coincidentes en señalar como hecho histórico del que pueden dar fe, la presencia del actor en las dependencias de la demandada sitas en la Av. Colón y calle La Rioja, ciudad; aun cuando por referencias del propio accionante, en que tal presencia obedecía a la necesidad de hacer alguna consulta o reclamo vinculados al servicio telefónico; finalmente que no recibía atención de parte de la empresa y que no podía acceder al local por falta de rampa o mecanismo con similar utilidad.

Reconoció que es cierto que ninguno de los testigos presencié el instante en el que, según relato del actor, atendido por personal de la firma demandada, se le informó la imposibilidad de asistirlo al efecto de ingresar al local; mas la aludida circunstancia adquiere viso de realidad en su ocurrencia a partir de la actitud procesal/probatoria asumida por la demandada en autos.

Advirtió en tal sentido que ninguna probanza arrió Telefónica Móviles Argentina S.A con el propósito de apuntalar la propuesta insinceridad del hecho denunciado por el actor –lo que sostuvo al responder la acción–; y no puede perderse de vista que no se trata de la prueba de un hecho negativo –esto es, que lo indicado por el Sr. Machinandiarena no existió como tal, prueba sino de imposible al menos de dificultosa producción– sino de todo lo contrario: bien podía acompañar al expediente, como documental, instructivos, directivas o memorandum dirigidos al personal con referencia expresa al tratamiento de situaciones como la que convoca este legajo, o en ausencia de tales documentos, podía convocar a testimoniar a su personal al efecto de dar cuenta de las mentadas instrucciones y de su cumplimiento en las circunstancias denunciadas por el actor.

Adunó que el tema no es menor en tanto, en el contexto circunstancial descripto –local carente de rampa de acceso para discapacitados motores– el onus probandi se recostaba del lado de la empresa prestadora del servicio quien en inmejorable situación se encontraba para justificar, prueba mediante, las medidas adoptadas en concreto y en el marco de su operatoria habitual, para zanjar las dificultades consecuentes a la deficiencia edilicia apuntada.

Concluyó, entonces, que el actor ha sido víctima de una actitud discriminatoria –por omisión– de parte de la demandada, en la medida que el interesado ha suministrado indicios serios de que se apersonó en las oficinas de la firma prestadora del servicio telefónico para hacer un reclamo y no pudo acceder al interior del local en razón de un impedimento material existente –ausencia de rampa para personas que, como él, se movilizan en sillas de ruedas–; de otro, la demandada, ningún elemento de prueba acompañó ni medio probatorio actuó (no ha mostrado, en ese aspecto, una actitud activa y diligente) para justificar en debida forma el arbitrio de medidas conducentes para remover –en alguna forma– tal obstáculo material, soslayando que era susceptible de menoscabar moralmente a quien, como el actor, se ve afectado por una limitación motriz, maxime cuando la explotación comercial se desarrolla en un local que infringe las normas municipales de ordenamiento constructivo.

II. Síntesis de los agravios.

El actor expresa sus agravios a fs. 152/8 y la demandada lo hace a fs. 160/79.

El primero se duele del monto de los rubros indemnizatorios acordados, los que considera exiguos.

Por su parte, la demandada se agravia, entre otras cuestiones, por la distribución de la carga probatoria, la que considera ha sido errónea, obligándola a desarrollar lo que la doctrina denomina "prueba diabólica", con violación de la garantía del debido proceso.

Asimismo, se queja por la indemnización del daño moral y la aplicación de la multa civil.

III. Consideración de los agravios.

Por una cuestión de orden lógico, será tratado en primer lugar el recurso de la parte demandada, en la medida que resulta condicionante del de la parte actora.

También aclaro que los jueces no estamos obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (Corte Sup., fallo del 8/11/1981, LL 1981-D-781).

a) Valoración de la prueba testimonial.

Entre sus agravios, la demandada efectúa diversas consideraciones respecto a la apreciación de la prueba testimonial (ver fs. 165/6). Entiende que con ella no se han demostrado los hechos que denuncia el actor en su escrito postulatorio.

Le asiste parcialmente razón.

Veamos. Es cierto que ninguno de los testigos que deponen afirman haber estado presente en el momento en que le negaron el acceso al actor al local comercial de la demandada, ni mucho menos cuando –según éste– le ofrecieron atenderlo a la intemperie (ver fs. 97/8, 99/100, 108/9 y 110/1; arts. 384 y 456, CPCC Bs. As.).

Pero todos son contestes en afirmar que determinado día del mes de mayo del 2008 vieron que el actor se encontraba en la esquina de Av. Colón y Rioja, (ver fs. 97 vta., rta. 4ª; fs. 99 vta., rta. 4ª; fs. 110 vta., rta. 2ª), o por Rioja, en frente de Movistar (fs. 108 vta., rta. 2ª), o en la entrada de Movistar (ver fs. 97 vta., rta. 4ª).

Además, y para despejar cualquier duda, a preguntas efectuadas por la letrada de la demandada, algunos testigos brindaron respuestas que reafirman ese hecho: 1. Si ¿sabe cuántos escalones tiene el local de Movistar en calle La Rioja y Colón? Ezequiel J. Maschwitz respondió que ocho o seis escalones (ver fs. 100, rta. 2ª). 2. Si ¿sabe y le consta si vio personal de Movistar conversando con el Sr. Machinandiarena? El mismo testigo informó que estaba por ahí el guardia del local (misma foja, rta. 5ª). 3. A Zulema Cano se le preguntó cuánto tiempo estuvo junto al actor en el local de movistar, y contestó que "estaba en la vereda y habremos estado cinco minutos..." (fs. 109, rta. 2ª; conf. arts. 440, 443 y 456, CPCC Bs. As.).

Todas estas afirmaciones hacen referencia, indudablemente, a la esquina de Av. Colón y Rioja, donde se encuentra el local comercial de la demandada.

En cuanto a que ninguno puede determinar con exactitud la fecha de ocurrencia del hecho –además que ello no fue indagado expresamente– resulta entendible por cuanto con el paso del tiempo es razonable que algunos detalles que rodearon al hecho hayan sido olvidados (conf. Altavilla, Enrico, "Sicología Judicial", V. II, Eds. Temis y Depalma, Bogotá y Buenos Aires, 1970, p. 806).

Y por ello se dice que no es posible exigir al testigo una declaración rigurosa y rica en detalles certeros sobre hechos sucedidos casi 2 años antes del relato, si éste proporciona una adecuada razón del dicho y resulta

verosímil –considerando globalmente–, el contenido de su narración, señalándose que los pequeños desajustes provocados por el paso del tiempo y la forma diversa con que cada individuo tiende a percibir los estímulos que provienen del exterior, desaconsejan una apreciación en extremo rigurosa del testimonio pues, de lo contrario, podría válidamente afirmarse que ninguna declaración testimonial soportaría la prueba de tan minucioso y exhaustivo análisis (C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, RSD 49/2006 del 30/3/2006, cit. por Quadri, Gabriel H., "La Prueba en el Proceso Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 311/2).

Sin perjuicio de ello, la testigo Casabonne afirma que el hecho ocurrió "una mañana a mediados del mes de mayo" (a fs. 97 vta., rta. 4º), es decir, concordante con el relato efectuado por el actor en su escrito de demanda (ver fs. 18 vta.).

Y a ello se aduna las circunstancias de que el actor, al momento del hecho, era cliente de la demandada –hecho no desconocido por ella (art. 354, inc. 1 , CPCC Bs. As.)– y que a los pocos días de ocurrido el hecho –precisamente el día 2/6/2008– aquél efectuó el reclamo administrativo ante la Oficina de Defensa del Consumidor (ver fs. 7 de estas actuaciones y fs. 1 del expte. municipal agregado por cuerda n. 12.937, reclamo n. 16.444), poniendo de manifiesto lo ocurrido y denunciando un trato indigno, a la vez que efectuó diversos reclamos.

Si bien ello no constituyen prueba directa del hecho, son indicios que, sumados a las declaraciones testimoniales ya apreciadas, crean la convicción suficiente sobre la existencia del hecho en los términos del art. 163, inc. 5 , CPCC Bs. As. (art. 384 , Ccit.).

En consecuencia, entiendo que ha quedado demostrada la presencia del Sr. Machinandarena Hernández en la entrada del local comercial que Telefónica de Argentina S.A tiene en la esquina de Av. Colón y calle La Rioja (art. 384 , CPCC Bs. As.).

De modo que este parcial del recurso de la demandada debe rechazarse.

b) Inversión de la carga de la prueba. Aplicación de la teoría o doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

La otra queja de la demandada gira en torno a lo que ella denomina "errónea distribución de la carga de la prueba".

Sin perjuicio de asistirle razón en su planteo, en la medida que el juez ha hecho una incorrecta aplicación de la doctrina de las cargas, lo cierto es que considero que la sentencia de la instancia anterior –en cuanto condena al resarcimiento de los daños sufridos– debe, de todos modos, confirmarse, aunque por otros fundamentos.

En razón de ello, no es ya necesario –ni útil– entrar al estudio de esa cuestión. Ergo, el presente agravio ha caído en abstracto (conf. este tribunal, sala 1ª, causa 122.072, RSD 248/2003 del 14/8/2003).

c) Local comercial. Falta de rampa de acceso. Acto discriminatorio.

Se encuentra reconocido por parte de la demandada, que en el local comercial que posee en la esquina ya individualizada no existe rampa que permita el acceso a personas que, como el accionante, posean movilidad reducida (ver fs. 82).

A mi criterio, la sola circunstancia de no poder acceder al local de la demanda por no haber rampa, en una clara omisión de cumplimiento de la normativa vigente que tiene como finalidad –como se analizará a continuación– la supresión de todas aquellas barreras arquitectónicas que impidan a los discapacitados motrices el ingreso a los edificios de uso público, implica un acto discriminatorio en general para este

colectivo, que seguramente ha provocado en el actor una dolencia íntima en él y que debe ser reparada.

d) Discriminación y discapacidad: bloque normativo.

La discriminación ha sido conceptualizada, como todo "acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida" (Huerta Ochoa, Carla, "La estructura jurídica del derecho a la no discriminación" en Derecho a la no discriminación, Carlos de la Torre Martínez, coord., p. 185, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Comisión de Derechos Humanos DF, Mexico, UNAM, IJJ, 2006).

El núcleo del derecho a la no discriminación se integra con los siguientes elementos: a) la vulneración del principio de igualdad; b) un efecto negativo directo; y c) la ausencia de una razón aceptable que sustente la distinción, a través del cual la discriminación produce una desigualdad no justificada. En este ámbito se perfilan dos formas genéricas de discriminación: la activa que es el resultado de la regulación o de las políticas o acciones de las autoridades y organismos gubernamentales, y la pasiva, que es consecuencia de la falta de realización o implementación de las reformas, prácticas o políticas imprescindibles para superar un determinado problema de desigualdad.

En ambos casos, se sostiene, que el Estado carga con su responsabilidad, una por acción y la otra por omisión ("Derecho..." cit., p. 186). En esta última arista –la pasiva– adelanto que se halla el caso a resolución.

Este derecho tiende a evitar la distinción legal que lleve a la diferencia de trato que afecte a la persona en sus derechos, pero fundamentalmente en su dignidad, y proteger sobremedida a los grupos desfavorecidos y discriminados para procurarles una igualdad efectiva ("Derecho..." cit., p. 188). Su característica es que constituye un derecho de acceso, o un meta-derecho que encuentra su quicio por encima del resto de los derechos y cuya función principal es garantizar que todas las personas, sin ningún tipo de distinción razonable, puedan gozar y ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones (de la Torre Martínez, Carlos, "El desarrollo del derecho a la no discriminación en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas", en "Derecho a la no discriminación..." cit., p. 124).

Por lo general se caracteriza tal postulado de no discriminación como el otro lado de la moneda que es la igualdad, una especie de corolario negativo y práctico de ese principio. Se trata de una especificación de la obligación del Estado; las normas internacionales al respecto no obligan al Estado a lograr una estricta igualdad de trato hacia las personas, sino que se requiere que las personas sean tratadas sin discriminación (Palacios Zuloaga, Patricia, "La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación", Ed. Universidad de Chile, Santiago, 2006, p. 29).

En concreto, se consideran como rasgos definitorios de la discriminación: la diferencia de trato, frente a la norma estándar, en contra el sujeto discriminado; que pueden consistir en hacer distinciones, limitaciones, preferencias y exclusiones; siempre que tal exclusión genere un elemento en perjuicio para el discriminado; y tal diferencia de trato debe tener un específico resultado, del que ha sido medio esa diferenciación, y que consista en la creación de una situación discriminatoria objetiva que anule o perjudique para el discriminado el goce de determinados derechos, que menoscabe sus intereses o que grave las cargas (Alzaga Villamil, Oscar –dir.–), "Comentarios a la Constitución Española de 1978", t. II, Cortes Generales – Editoriales de Derecho Unidas, 1996, ps. 262 y 262).

Este derecho fundamental de toda persona a la no discriminación tiene su debido resguardo, en normas universales, regionales y domésticas, que se complementan entre sí.

d. 1) Sistema Universal

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 2, redactada bajo la pluma del ilustre René Cassin, consagra el postulado de no discriminación, al reconocer a toda persona los derechos y libertades proclamados en dicha carta "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"; que se acompaña con el art. 7 en cuanto reconoce que todas las personas "son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

De su lado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado por nuestro país por ley 23313 en 1986, retoma el derecho a la no discriminación en varios de sus artículos, pero fundamentalmente el 26 establece que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Como vemos a diferencia de la "Declaración" este canon perfecciona y desarrolla el art. 7 de ese instrumento al establecer claramente como derecho autónomo e independiente el derecho a la no discriminación.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas –órgano de tutela de los derechos reconocidos en este Pacto– define a la discriminación como:

(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/1989, CCPR/C/37, párr. 7°).

Este sistema se ha fortalecido con la entrada en vigencia con fecha 3/5/2008 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, que fueron aprobados el 13/12/2006, mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/106, y que ingresara en el torrente jurídico interno mediante ley 26378 el 6/6/2008.

Como bien apunta calificada doctrina autoral, esta carta internacional resulta ser amplia e integral, y desarrolla una dilatada gama de situaciones de las personas con discapacidad, teniendo como objetivo primordial promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades esenciales de estas personas y por sobre todo promover el respecto de su dignidad inherente (Rosales, Pablo O., "Un estudio general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", JA 2008–III–1022).

Hay que tener presente que este último perfil sube de registro en el presente dominio de protección en la medida que la dignidad de la persona se puede considerar como el punto de arranque de todos sus derechos, y entre éstos, el derecho a una calidad de vida compatible con la condición de persona (Bidart Campos, G., "El derecho constitucional humanitario", Ed. Ediar, 1996, p. 222). Así se señala que "la dignidad es la materialización del haz de valores vinculados al hombre: aquello que hace que el hombre sea el valor supremo en la convivencia social" (Quiroga Lavié, H., "Los derechos humanos y su defensa ante la justicia", Ed. Temis, Bogotá, 1995, p. 48). Al respecto Pérez Nuño explica que "la dignidad humana constituye no solo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de cada individuo", y agrega que ella "supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de las personas en la esfera moral. De ahí que represente el principio legitimador de los denominados 'derechos

de la personalidad'" (Pérez Nuño, Antonio E. "Derecho Humanos, Estado de Derecho y Constitución", Ed. Tecnos, Madrid, 1999, ps. 318/319). En sintonía con lo anterior, nuestro máximo custodio de las libertades republicanas ha resaltado la relevancia de la dignidad de la persona humana en la medida que constituye el núcleo sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de orden constitucional (Corte Sup., Fallos 327:3753, consid. 11).

En el art. 1 , párr. 2º –de manera descriptiva– define qué debe entenderse bajo el concepto de "personas con discapacidad", así expresa que "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".

Puntualmente se refiere a la "discriminación por motivos de discapacidad" y que abarca "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" (art. 2). Por ajuste razonable debe entenderse el hecho de que, para algunas personas con discapacidad, la igualdad de trato puede suponer de hecho una discriminación y que la igualdad solo hacerse realidad en la que medida que se pongan en marcha mecanismos de acondicionamiento que permitan a estas personas superar las barreras, por ej., mediante adaptaciones del lugar de trabajo, los equipos o los métodos de trabajo (Cabra de Luna, Miguel A., "Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social", en Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración, España, n. 50, año 2004, p. 23, en , último día de visita 19/5/2009)

Por su parte el art. 3 individualiza los principios que gobiernan su aplicación, entre los que merecen destacarse por su trascendencia para el caso en estudio: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) la igualdad de oportunidades; y f) la accesibilidad.

Asimismo los Estados Partes –entre otros compromisos– asumen la obligación de: adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que correspondan para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención; 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; abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; ejecutar todas aquellas medidas necesarias para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad (art. 4). Esto último tiende –como bien anota Coriat– a evitar situaciones discapacitantes generadas especialmente por el medio físico (Coriat, Silvia A., "Asignaturas pendientes en accesibilidad", JA 2008–III–65).

En lo que aquí respecta cobra trascendencia el postulado de accesibilidad ya mencionado que, de manera especial, y con un claro perfil mandatorio, dispone que 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 Partes deben adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de aquellas, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información, las comunicaciones y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. Estas medidas, que incluyen la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo.

Además deberán asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad (art. 9).

d. 2) Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Los instrumentos normativos fundadores de este mecanismo regional de tutela, me refiero concretamente a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscriptos en el año 1948 en Bogotá, hacen mención a la prevención de la discriminación. Así la Carta de la OEA en su art. 3.1, establece como postulado basilar que "los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". La Declaración preambula que "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros", y en consonancia el art. II consagra el derecho de igualdad ante la ley sin distinción alguna.

En esta línea señala también la Carta Democrática Interamericana, –instrumento no convencional– aprobada por la Asamblea de la OEA el 11/9/2001, el compromiso de los Estados Miembros en la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la de género, étnica y racial y de las diversas formas de intolerancia (art. 9).

El proceso de reconocimiento del derecho a la igualdad y su corolario en el principio de la no discriminación en forma genérica, se solidifica con la espina dorsal del corpus iuris interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que conjuntamente con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos integran el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22, CN.). Por esta carta los Estados partes se comprometen al pleno respeto de los derechos y libertades allí reconocidos y a garantizar su ejercicio a toda persona bajo su jurisdicción –y en lo que aquí interesa– sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición nacional (art. 1.1). Reafirmando el postulado de igualdad ante la ley de todas las personas y en consecuencia el derecho, sin discriminación, a igual protección legal (art. 24).

Al Pacto de San José de Costa Rica, se le acompaña –de manera especial– la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificado por la República Argentina el 1/10/2001. Los Estados plegados a este instrumento han consensuado el significado de los términos "capacidad" y "discriminación contra las personas con discapacidad". Así se dispone en el art. 1.1 que "El término 'discapacidad' significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social". De su lado, el art. 1.2.a, refiere que "el término 'discriminación contra las personas con discapacidad' significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales" (art. 1 ac. 2.a).

La Corte del Acuerdo de San José, en el ejercicio de su función consultiva y como órgano del sistema encargado de su interpretación (arts. 62.1 y 64) se ha referido a los elementos constitutivos del principio de la igualdad y no discriminación en la opinión consultiva OC 18/2003 del 17/9/2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" (párrs. 88° y ss.), si bien con anterioridad se había referido a cuestiones relativas a la discriminación en el opinión consultiva OC

4/1984 del 19/1/1984, es en aquélla donde desarrolla en detalle los postulados antes referenciados.

El Tribunal Regional ha adoctrinado que:

- 1) La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación (párr. 83°).
- 2) Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional (párr. 85°).
- 3) El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias (párr. 88°).
- 4) De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas (párr. 102°).
- 5) Así los Estados no solo deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto, sino que además se encuentran obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias (párrs. 103° y 104°).
- 6) Asimismo considera –y esto es de suma trascendencia– que el principio de igual protección ante la ley y no discriminación, ha ingresado al dominio del jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un postulado fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Bajo este prisma hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (párr. 101°).

Cabe recordar que las normas ius cogens son aquellas que reúnen las características de imperatividad, inderogabilidad e indisponibilidad; y que solo pueden ser modificadas por otras normas de igual carácter. En referencia a éstas, Rafael Casado Raigón ha expresado, "que las normas ius cogens, al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismos de los Estados soberanos (citado por Cebada Romero, Alicia, 'Los conceptos de obligaciones erga omnes, ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos', en Revista Electrónica de Estudios Internacionales", n. 4, 2002, p. 4, , último día de visita 19/5/2009). El concepto de ius cogens está consagrado en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus arts. 53 y 64 .

En el ejercicio de su función contenciosa la Corte regional también se ha expresado respecto a los compromisos asumidos por los Estados Partes y, si bien con especial referencia a las personas con discapacidad mental, tal doctrina resulta de aplicación a cualquier situación de discapacidad y que es imprescindible traer al acuerdo.

Este prestigioso cuerpo judicial en el caso "Ximenes Lopes v. Brasil", –sentenciado de 4/7/2006– y haciendo pie en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad y en un informe del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General n. 5, "Personas con Discapacidad", Naciones Unidas, documento E/1995/22 (1994), considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial por parte de los Estados en razón de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos asumidas. No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad (párr. 103°)

Advierte la Corte que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad (párr. 105°).

Vale la pena recordar la cotización jurídica y efectos de los pronunciamientos del Tribunal Interamericano –como los reseñados– y que revisten indudable interés en el caso en estudio; que no se puede soslayar, en la medida que nuestro país –como es sabido– ha reconocido la competencia de este órgano judicial por tiempo indefinido para entender en todos aquellos casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos .

Su doctrina, tanto la emergente de una sentencia dictada en su función contenciosa, como aquella anidada en las opiniones emitidas en su actividad consultiva, tiene efectos de "cosa interpretada" –válida erga omnes partes– en el sentido de que posee implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención en su deber de prevención, que debe ser seguida, para así construir un orden público interamericano, basado en la fiel observancia de los Derechos Humanos, y no generar responsabilidad internacional para los Estados involucrados. El ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y actual magistrado de la Corte Internacional de Justicia, CanÇado Trindade, señala que la "cosa interpretada" juega un papel de trascendencia en la efectiva funcionalidad del sistema, en la medida que el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo "reactivo", cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también "proactivo", en el sentido de que todos los Estados Partes deben adoptar previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa del Pacto de San José. Es decir, los Estados Partes deben tener en cuenta los posibles efectos que las sentencias emitidas en otros casos puedan tener en su propio sistema y prácticas legales, mecánica ésta que los especialistas denominan "implementación de sentencias" ("Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención sobre Derechos Humanos", t. II, 2ª ed. p. 664, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003; Gialdino Rolando E., "La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente de derecho nacional. Fuentes universales y americanas", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, t. II, Montevideo, 2004, p. 704).

d. 3) La normativa interna

En el ámbito nacional, como derivación del principio de igualdad emergente del art. 16 , CN., el art. 75 dispone que "...Corresponde al Congreso: ... inc. 23 . Legislar y promover medidas de acción positiva que

garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

Por medio de esta manda constitucional, incorporada por la reforma del año 1994, como bien señala Badeni, que se enrola en el marco del constitucionalismo social, se ha buscado –fundamentalmente– hacer efectivo el postulado de igualdad reconocido por el art. 16, Constitución Federal, promoviendo una igualdad real, y no meramente nominal, tanto de oportunidades como de trato. Para ello no basta con proclamar solo la igualdad ante la ley, resulta imprescindible remover todos los obstáculos arbitrarios que, en oportunidades, impiden su concreción (Badeni, G., "Tratado de Derecho Constitucional", t. II, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 1526). Este postulado de igualdad reclama un activismo del Estado –a través de esas medidas de "acción positiva"– que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos proclamados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, con especial énfasis respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (Sagüés, N. P., "Elementos de Derechos Constitucional", t. II, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 463 y ss.).

Nuestro Címero Tribunal Federal –con anclaje en estos principios– ha reafirmado en más de una oportunidad, que el Estado no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además el deber de realizar prestaciones positivas, para que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio (Corte Sup., Fallos 323:1329 dictamen del procurador, consid. X; 3229, consid. 16; 324:3569 consid. 11; entre otros).

En esta misma línea hermenéutica se inscribe el Tribunal Constitucional Español, en referencia a normas similares de la Constitución Española (arts. 9.2 y 49). Así considera que teniendo en cuenta que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación con sensibles repercusiones en el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en concreto tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas (sent. del 3/10/1994, sala 1ª, Reg. 3.170/1993).

Palacios, en un encomiable trabajo, si bien con relación a la Constitución Española de 1978 no deja de ser referencia obligada cuando se aborda esta temática, señala que: "A fin de respetar el principio de una igualdad valorativa de las diferencias, en ciertas ocasiones resulta necesario favorecer a determinadas personas o grupos sociales en mayor proporción que a otros. De esta forma ingresamos en el concepto de medidas de acción positiva: lo que se intenta, entonces mediante este instrumento, es conectar la igualdad jurídica con la igualdad real. Las acciones positivas significan prestaciones de dar y de hacer a favor de la igualdad. En definitiva, a lo que se aspira es a que se trate del mismo modo sólo a quienes se encuentran en igual situación; ya que la regla de la igualdad no es absoluta, ni obliga a legisladores o jueces a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración (...)" "Una interpretación sistemática nos conduce a poder afirmar que, en los casos de no considerarse esta protección especial requerida por las personas con discapacidad, nos encontramos ante la violación del derecho a la igualdad. Esto acontece a través de una discriminación indirecta o por omisión, pero discriminación al fin. No es posible afirmar sin hipocresía que una persona que utilice una silla de ruedas, tiene el mismo derecho que otra que no debe utilizarla para acceder a un edificio cuando el mismo no se encuentra adaptado; o de acceder a un espectáculo cultural, cuando debe abonar su propia entrada más la de su acompañante por no poder movilizarse por sus propios medios. En estos casos el principio de igualdad es violado por no considerarse las específicas características de las personas con discapacidad para el ejercicio de ciertos derechos". "(...)" Podemos discutir si se trata de una discriminación directa o indirecta, pero no me cabe duda de que el art. 14 (este artículo recepta el postulado de igualdad en la Constitución Española) es la norma constitucional

aplicable, por ejemplo, si un edificio público no se encuentra adaptado para que pueda ingresar al mismo una persona en silla de ruedas. Seguramente en ese edificio no existirá un cartel que prohíba expresamente la entrada a las personas con discapacidad, pero la consecuencia de la falta de adaptación es la misma" (Palacios, Agustina, "Implementación de medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad", LL 2004-D-1426).

Dentro de ese marco de medidas de acción positiva se ha dictado la ley 22431, que en su art. 20 (modif. por ley 24314 y decreto reglamentario 914/1997) dispone claramente que: "...Establécese la prioridad de la supresión de barreras físicas en los ámbitos urbanos, arquitectónicos y de transporte que se realicen o en los existentes que remodelen o sustituyen en forma total o parcial y sus elementos constitutivos, con el fin de lograr la accesibilidad para las personas con movilidad reducida... A los fines de la presente ley, entiéndese por accesibilidad la posibilidad de las personas con movilidad reducida de gozar de las adecuadas condiciones de seguridad y autonomía como elemento primordial para el desarrollo de las actividades de la vida diaria, sin restricciones derivadas del ámbito físico urbano, arquitectónico o del transporte, para su integración y equiparación de oportunidades".

Luego el art. 21 de la misma ley dispone: "...Edificios de uso público: Deberán observar en general la accesibilidad y posibilidad de uso en todas sus partes por personas de movilidad reducida; ...por lo menos un acceso al interior del edificio desprovisto de barreras arquitectónicas; espacios de circulación horizontal que permitan el desplazamiento y maniobra de dichas personas...".

Esta ley considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Asimismo, la ley 24901 entiende por persona con discapacidad a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Por su parte, el art. 1, ley 23592 ordena que: "...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 a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán 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...".

Por otro lado, el art. 42, Carta Magna dispone que todo consumidor o usuario ha de ser objeto "de trato equitativo y digno". Al hablar de "trato digno", la norma se refiere principalmente a un aspecto externo o social, es decir, al honor, respeto o consideración que se debe a la persona. La dignidad humana es un principio elemental de derecho natural, y es de carácter supraestatal (Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", 4ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 14).

Alineado con ello, dispone el art. 8 bis, ley 24240 –t.o. ley 26361– que: "...Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias... Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma...".

Comentando este artículo, Farina refiere que dentro de las condiciones de atención que debe brindar el proveedor, no sólo basta el debido asesoramiento del producto o servicio que entrega, sino que también debe

proporcionarse ante los reclamos que realicen los consumidores. Las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios. Esta norma, aun cuando se refiere a los proveedores de servicios públicos, se aplica –en función del art. 8 bis – a todas las empresas que sean proveedoras de servicios o de productos ("Defensa..." cit., p. 230, haciendo cita de Molina Sandoval, "Reformas sustanciales", en Vázquez Ferreira (dir.), Reforma a la ley de defensa del consumidor, LL abril de 2008, p. 93).

Siguiendo esta línea descendente, en el orden provincial, el art. 11 , Const. prov. Bs. As. establece: "...Los habitantes de la provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional , los que emanen en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución".

"La provincia no admite distinciones, discriminación ni privilegios por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales".

"Es deber de la provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social...".

También el art. 36 de ese cuerpo normativo dispone que: "...La provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales".

"A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: ... 5. De la discapacidad. Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales: tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados...".

Ha señalado la Corte con sede en La Plata, que resulta claro que la situación de las personas discapacitadas ha obtenido en el nuevo texto constitucional una especial protección, la que no se limita al otorgamiento de las prestaciones contenidas en el art. 36, inc. 5 , sino que implica el mandato constitucional de superación de todos los obstáculos de cualquier naturaleza que conlleven para quien se encuentre en esa condición –amparada ahora en forma expresa en el texto constitucional– una discriminación o distinción motivada sólo por su calidad de discapacitado (del voto del Dr. Hitters, causa I. 2.009, "Falocco, Estela M. s/ inconstitucionalidad art. 36, inc. 5, aparts. b y d, decreto 2719/1994 ", del 7/10/1997).

En el mismo ámbito, la ley 10592 (texto modif. por la 13110) establece que todo edificio de uso público, sea su propiedad pública o privada, existente o a proyectarse en el futuro deberá ser completa y fácilmente accesible a personas con movilidad reducida, contemplando no sólo el ingreso al mismo, sino también el uso de los espacios comunes y de circulación interna e instalación de servicios sanitarios, que posibiliten la vida de relación de dichas personas (art. 24).

Finalmente, en el orden comarcal, la ordenanza 13007, referida a la inaccesibilidad física para usuarios con movilidad reducida, establece los modos de ejecución exigidos para construcción de rampas –diámetro, longitud, ubicación, materiales, etc. (pto. 6.2.3.).

En síntesis el incumplimiento de las normativas reseñadas que implementan una medida de acción positiva por parte de la demandada –en cuanto prevé la construcción de rampas de acceso al inmueble para permitir la circulación de personas con discapacidad motriz– constituye un acto discriminatorio, toda vez que se vulnera el derecho de igualdad del discapacitado con los alcances antes señalados. A la par se coarta la posibilidad de inserción en la sociedad a fin de lograr el pleno desarrollo de sus potencialidades.

Por último quiero poner de relieve que con el fiel cumplimiento de la normativa "no se trata de correr a crear espacios especiales para personas con discapacidad, sino comprender que todos los espacios públicos deben ser pensados inicialmente para todos los habitantes, maxime aquellos que tienen directa relación con los derechos de los colectivos sociales más vulnerables... Equiparar las oportunidades de una persona con discapacidad significa respetar su autonomía y su integridad, brindándole la asistencia que ella requiera" (Rosales, Pablo O., "Comentario de la acordada 10/2006 Corte Sup. sobre trato prioritario a personas discapacitadas en el ámbito del Poder Judicial: ¿Qué queda pendiente en la Justicia respecto de las personas con Discapacidad?", en , último día de visita 19/5/2009).

e) Daño moral.

Ambos recurrentes se agravan del monto otorgado por el sentenciante por daño moral. El demandado, además se queja de la procedencia misma del parcial. En virtud de ello, serán tratados los agravios de modo uniforme.

Aflige a éste que el juez haya considerado que se está en presencia de un daño in re ipsa sin advertir que dentro de la órbita contractual –tal la alegada relación de consumo– no existe la mentada presunción (sic fs. 173, párr. 2°).

El argumento no resiste el menor análisis, en razón de que, si bien existe una relación contractual entre las partes (telefonía celular), y que se la podría encuadrar dentro de lo que se ha dado en llamar "relaciones de consumo", lo cierto es que el acto discriminatorio individualizado y acreditado en autos es ajeno a ella, es decir, escapa a las previsiones del contrato.

Entiendo, más bien, que la reparación del daño moral es de corte legal, en la medida que se impone a partir de lo establecido por el art. 1 , ley 23592 cit.

Por lo demás, no es necesario producir prueba particular sobre la afección espiritual que ha causado el acto de discriminación. Es que a partir de ello, no quedan dudas que al acudir el actor al local comercial de la demandada y encontrarse con que no podía acceder por la ausencia de rampa –y medio mecánico que la sustituya– se le ha afectado un interés no patrimonial, consagrado por la ley, que atañe al reconocimiento de su persona como tal, y de la dignidad y de la igualdad, así como los de autodeterminación que constituyen derechos subjetivos de la personalidad en el contexto de la tutela pública de los derechos del hombre (voto del Dr. Eduardo A. Zannoni, C. Nac. Civ., sala F, autos "P. D. v. Club Hípico Argentino y otros s/ daños y perjuicios", fallo del 2/10/2008, LL 10/12/2008, con cita de Castán Tobeñas, José, "Los derechos del hombre", 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1976).

En cuanto al monto otorgado por el magistrado de la instancia anterior –cuestionado, reitero, por ambas partes–, estimo debe confirmarse.

Si bien se ha dicho reiteradamente que la fijación del monto de la reparación del daño moral siempre queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, no es menos cierto que en la actualidad tiene mayor aplicación la tendencia que obliga a indicar, en la sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de Daños", t 5a: "Cuanto por daño moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 80 y ss.).

En el mismo sentido, Carlos Viramonte y Ramón D. Pizarro ("Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q.", en LLC 2007, junio, p. 465) recuerdan que la "Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido desde hace mucho tiempo en la necesidad de que los jueces fundamenten sus decisorios y brindan argumentos suficientes a tenor los cuales determinan el monto indemnizatorio. Ha dicho en tal sentido que

‘para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieran a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación’" (Corte Sup., 4/10/1994, JA 1995–II–19).

Los mismos autores señalan que la Corte Suprema ha avanzado en este camino y ha afirmado, en otro fallo, que "la motivación no tiene pautas ‘asépticamente jurídicas’, sino que al juzgar prudencialmente sobre la fijación del resarcimiento, no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad" (Corte Sup., 10/11/1992, JA 1994–I–159).

Se ha dicho que "como la intimidad no es accesible, necesariamente debe acudirse a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva" (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento..." cit., ps. 106 y ss.).

La misma autora refiere que "los daños morales son perceptibles por el juez", pues "el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación" ("Resarcimiento..." cit., p. 107).

Estimo que la situación vivida por el actor, al pretender ingresar al local comercial de la demandada y encontrarse con la valla que implica la ausencia de rampa para el acceso de personas que se deslizan en sillas de ruedas, hubiera provocado en cualquier persona un daño moral resarcible.

Ahora bien, teniendo en cuenta los parámetros utilizados por el juez de primer grado, particularmente el bien jurídico menoscabado, la angustia que el momento vivido comportó para el actor, sus limitaciones motrices y demás circunstancias personales –tales como edad, sexo, etc.–, su condición de alumno regular de la Facultad de Derecho, como así también la superioridad económica de la demandada y lo dispuesto por el art. 165 , CPCC Bs. As., estimo justo y equitativo el monto fijado por aquél en la instancia de origen (\$ 30.000).

f) Multa civil. Daño punitivo.

Aquí también, al igual que en el daño moral, existe agravios de ambos litigantes. El demandado cuestiona su procedencia y su monto; el actor se aflige exclusivamente de lo último.

Más allá de la exigua fundamentación en la aplicación de este instituto que exhibe la providencia principal atacada, considero de todas formas –y a despecho del plausible esfuerzo que la letrada de la demandada realiza en su pieza de agravios– que debe ser mantenida por los argumentos que a continuación señalo.

Se ha definido al daño punitivo como las "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón D., "Derecho de Daños", parte 2ª, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, ps. 291 y ss.).

Se trata de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores, que ha comenzado a proyectarse, gradualmente, también dentro del sistema del derecho continental europeo y en Canadá y que ahora hace su aparición entre nosotros. Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinada en principio al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.). La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y

también a la punición y al pleno dismantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL 2009–B–949),

Si bien, como dice el juez, se han escrito voces en contra de la introducción del instituto de la multa civil –o daño punitivo– a la legislación argentina por medio de la Ley de Defensa del Consumidor (ver por caso Mayo, Jorge, "La inconsistencia de los daños punitivos", en LL periódico del 4/3/2009, p. 1 y ss.; Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", en Sup. Esp. Reforma de la ley de defensa del consumidor, abril de 2008, ps. 123 y ss.), lo cierto es que la mayoría de la doctrina autoral la ha recibido con elogios (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas..." cit.; Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia, "Visión integral de la nueva ley del consumidor", Sup. Esp. Reforma de la ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alterini, Atilio A., "Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después", Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Álvarez Larrondo, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo argentino", JA 2008–II, Núm. Esp. "Régimen de Defensa del Consumidor. Análisis de su reforma"; mismo autor, "La consistencia de los daños punitivos", LL 2009–B–1156; entre otros).

Se ha considerado, además, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación (Farina, Juan M., "Defensa..." cit., p. 567).

Ahora bien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Álvarez Larrondo, "Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26361", LL 2008–D–58).

Se ha señalado que la ley 26361, evidentemente, se apartó del restrictivo criterio que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro. EL nuevo art. 52 bis dice que se pueden imponer daños punitivos "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor". La norma tiene un indudable acierto que es la mención de obligaciones legales para terminar de despejar las dudas sobre si la responsabilidad por daño punitivo es contractual o legal (López Herrera, Edgardo, "Los Daños Punitivos", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 365).

Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas..." cit.).

En esta última categoría –a mi criterio– se sitúa el supuesto bajo estudio: se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis, ley 24240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis, ley cit. –t.o. ley 26361 –).

Finalmente, el argumento expuesto por el demandado a fs. 178 referido a que ya no tiene sus oficinas en el local objeto de autos, no puede ser atendido, toda vez que –además de no existir elemento alguno que lo acredite– no ha sido puesto a consideración del magistrado de la instancia anterior (conf. art. 272 , CPCC Bs. As.).

Por lo demás, entiendo más que prudente la suma de \$ 30.000 fijada por el magistrado de la instancia de origen, atento la gravedad del incumplimiento, la envergadura de la empresa demandada y las demás circunstancias personales del actor, por lo que estimo debe confirmarse.

g) Medida de acción positiva.

El demandado a fs. 177 señala la carencia de rampa de acceso a este tribunal, como así también en el Juzgado de 1ª instancia en lo Civil y Comercial n. 14 de este departamento judicial.

Es exacto. Por ello, teniendo en consideración lo dispuesto en la resolución 370/2006 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, y como medida de acción positiva he de proponer al Acuerdo se libre oficio, sin más trámite, a la Dirección General de Arquitectura, Obras y Servicios de la Suprema Corte de Buenos Aires, Delegación Mar del Plata, a los fines de que proceda a realizar las obras necesarias –conforme a la reglamentación vigente y dentro del plazo de 45 días– para asegurar el acceso de todas las personas con movilidad reducida, al edificio de este tribunal, como así también en todos aquéllos sobre los que esta Cámara de Apelaciones ejerce superintendencia.

Así lo voto.

Los Dres. Zampini y Loustaunau votaron en igual sentido.

3ª cuestión.– El Dr. Monterisi dijo:

Corresponde: 1. Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por el demandado a fs. 216/20.

2. Rechazar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada a fs. 130/40, por los argumentos vertidos.

3. Propongo que las costas de alzada sean soportadas del siguiente modo: respecto del recurso rechazado del actor, serán a su cargo en su calidad de vencido; en cuanto a las de la apelación desestimada del demandado, éste deberá soportarlas atento resultar perdidoso (art. 68 , CPCC Bs. As.).

4. Propongo se libre oficio, sin más trámite, a la Dirección General de Arquitectura, Obras y Servicios de la SCBA, Delegación Mar del Plata, a los fines de que proceda a realizar las obras necesarias –conforme a la reglamentación vigente y dentro del plazo de 45 días– para asegurar el acceso de todas las personas con movilidad reducida, al edificio de este tribunal, como así también en todos aquéllos sobre los que esta Cámara de Apelaciones ejerce superintendencia.

Así lo voto.

Los Dres. Zampini y Loustaunau votaron en igual sentido.

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve:

1. Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto a fs. 216/20.

2. Rechazar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada a fs. 130/40.

3. En cuanto a las costas, respecto del recurso rechazado del actor, serán a su cargo en su calidad de vencido; en cuanto a las de la apelación desestimada del demandado, éste deberá soportarlas por resultar perdidoso (art. 68 , CPCC Bs. As.).

4. Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 , ley 8904).

5. Librar oficio, sin más trámite, a la Dirección General de Arquitectura, Obras y Servicios de la Suprema Corte de Buenos Aires, Delegación Mar del Plata, a los fines de que proceda a realizar las obras necesarias –conforme a la reglamentación vigente y dentro del plazo de 45 días– para asegurar el acceso de todas las personas con movilidad reducida, al edificio de este tribunal, como así también en todos aquéllos sobre los que esta Cámara de Apelaciones ejerce superintendencia.

Regístrese y notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 , CPCC Bs. As.). Devuélvase.– Ricardo D. Monterisi.– Nélide I. Zampini.– Roberto J. Loustaunau. (Sec.: Maximiliano Colangelo).

DERECHOS Y GARANTÍAS AR_JA004 JJTextoCompleto BUENOS AIRES PROVINCIAL