

V. Derechos sociales y acceso a la justicia

Victor Abramovich. Abogado. Coordinador del Programa "Derechos económicos, sociales y culturales". CELS.

La problemática de los derechos sociales no ha sido habitualmente abordada por el CELS ni por los demás organismos de derechos humanos. No es éste el lugar apropiado para reflexionar sobre los posibles causas de esta omisión, aunque quizá no sería desacertado imputarlo a un tendencia a enfocar las violaciones de los derechos humanos principalmente como fruto del accionar represivo del Estado. Aún cuando es lógico pensar que esta reducción se asocia con el contexto dictatorial en el cual nacieron los organismos, y con la prolongación de aparatos represivos residuales aun luego de conseguida la democracia, la gravedad de la situación social y la magnitud de las violaciones de los derechos sociales que se verifican en la Argentina, día tras día, aconsejan abandonar esta inercia.

Si reconocemos, a partir de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que los derechos económicos, sociales y culturales son inseparables de los derechos civiles y políticos, tendremos necesariamente que concluir que una agenda de derechos humanos será incompleta si prescinde de alguna de estas categorías.

La relación entre ambos grupos de derechos es de interdependencia y no reconoce jerarquías. Si bien admitimos que la acción del Estado es fundamental para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, y que de tal modo se crean las condiciones para la plena realización de los demás derechos, corresponde que el pueblo tenga posibilidades de controlar y gobernar el Estado, lo que sólo será factible si se respetan sus libertades civiles y políticas.

La incorporación de los derechos sociales en la agenda de un organismo no es sin embargo una fácil empresa. La naturaleza de estos derechos adicionales (inconvenientes particulares al accionar de los organismos no gubernamentales (ONG's) dedicados a custodiar su vigencia. El sentido a menudo ambiguo de los textos legales, no concuerda con la rigurosidad que exigen los órganos jurisdic-

cionales a la hora de afirmar la existencia o el alcance de un determinado derecho. La aplicación de los Estados a la escasez de los recursos disponibles, como circunstancia exigente, desalienta a los juristas que tienden a ver estas cuestiones como ajenas al objeto estricto de su disciplina, como incumbencia propia de los economistas o de los políticos. La incidencia colectiva de la mayoría de los derechos lesionados dificulta encontrar sujetos legitimados para reclamar ante la Justicia. Dichos obstáculos contribuyen con frecuencia a limitar la lucha por estos derechos a la modalidad de la protesta o el mero reclamo, imprescindibles, pero insuficientes, si se procura garantizar su efectividad y vigencia. Quizá por ello la primera tarea que debería emprenderse al encarar un programa de derechos sociales, es procurar convencer a los ciudadanos, y entre ellos a los que se vinculan con los espacios de decisión en el ámbito jurídico, de que nos encontramos frente a auténticos derechos, que bien pueden alegarse ante los tribunales, y a los que les corresponden deberes positivos concretos del Estado. Cuando está en riesgo la vulneración de un derecho humano de esta índole, como la de otra cualquiera, la actuación que le cabe al Estado resulta reglada por las normas y excede la lógica económica y la discrecionalidad política.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 al incorporar con jerarquía constitucional numerosos Pactos y Tratados y al dotar de rango superior a los tratados sobre las leyes, ha mejorado el elenco de derechos económicos, sociales y culturales que la ley fundamental contenía ya desde la reforma de 1957. Sin embargo, las recientes reformas al sistema de seguridad social, tanto del régimen de jubilaciones como el de las asignaciones familiares, y las constantes iniciativas tendientes a la precarización de los derechos de los trabajadores, entre otras muchas cuestiones, marcan claros retrocesos en esta materia.

A partir del año 1996, el CELS ha encarado algunas actividades vinculadas con la defensa de los derechos sociales, procurando promover acciones judiciales tendientes, en algunos casos, a mejorar los estándares jurisprudenciales a partir de la incorporación de los contenidos del DIDH, y en otros, a solucionar situaciones de manifiesta injusticia. En este artículo del Informe Anual realizamos una reseña de estas actividades, adicionando información general sobre cuestiones conexas con las que fueron objeto de tratamiento.

Es evidente que el sistema democrático se deslegitima cuando tolera un progresivo desajuste entre el programa de la Constitución y las vivencias cotidianas

de los ciudadanos acerca de cuales son sus efectivos derechos. Nuestro esfuerzo apunta a reducir esa brecha.

V.1. Mal de los rastrojos: malestar de la salud pública

En el mes de septiembre de 1996 el CÉLS parrochando a la Sra. Mariela Cecilia Viceconte promovió una acción de amparo contra el Estado Nacional tendiente a obtener la fabricación local de la vacuna contra el *mal de los rastrojos* y la adaptación de medidas aptas para evitar la alteración del medio ambiente de las zonas afectadas por la epidemia, evitando la propagación de su agente transmisor.

Procuraremos informar brevemente sobre los antecedentes del caso, las circunstancias que precedieron la presentación de la acción, el criterio que motivó su selección como actividad del organismo, los tareas previas desarrolladas para elaborar la presentación judicial y los principales argumentos de derecho planteados en la acción judicial.

Antecedentes

Desde mediados del año 1996, diversos notas periodísticas informaron sobre la carencia de dosis de vacuna contra la enfermedad endémica denominada **Fiebre Hemorrágica Argentina (FHA)**, comúnmente denominada *mal de los rastrojos*.

La FHA es una enfermedad causada por el virus Junín y afecta principalmente a las personas que viven o trabajan en el campo, extendiéndose a las zonas urbanas.

La población con riesgo de contraer la enfermedad dentro del área endémica es de alrededor de 3.500.000 habitantes. La medida sanitaria más efectiva para combatirla es el suministro de la vacuna Candia I.

Los estudios iniciales para obtener la vacuna se realizaron hace casi 20 años por investigadores argentinos que utilizaron virus vivo atenuado con la cepa XJ

CLON 3 del virus Junín; con esta vacuna, fueron inoculadas 636 personas voluntarias entre los años 1969 a 1971. Esta vacuna experimental produjo anticuerpos en más del 90% de los voluntarios. Pero la forma de preparación y la historia de pasajes de la cepa XJ CLON 3 no respondían a las normas de producción de vacunas. Por tal motivo, en 1973 el Ministerio de Salud Pública de la Nación requirió la opinión y el asesoramiento de varios virólogos argentinos y también el de la Academia Nacional de Medicina. Ambos coincidieron en que no se debía seguir inoculando con esa vacuna experimental y se vio la necesidad de organizar institutos y laboratorios específicos, adecuados para el desarrollo, producción y control de una vacuna de uso humano.

En 1976 el Ministerio de Salud Pública de la Nación y la Oficina Sanitaria Panamericana [OSP], organizaron un seminario internacional sobre fiebres hemorrágicas, en el que participaron los investigadores argentinos y catorce expertos extranjeros. Consecuencia del mismo fue que se considerara prioritario el desarrollo de una vacuna contra la FHA. Para tal fin, en 1979 se inició el Proyecto Arg-78-009 (Gobierno Argentino, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Oficina Sanitaria Panamericana, Instituto de Investigaciones de Enfermedades Infecciosas del Servicio de Sanidad del Ejército de Estados Unidos-USAMRIID).

El Ministerio creó el Instituto Nacional de Estudios sobre Virus Hemorrágicos, en Pergamino; donde se preveía realizar la producción y control de la vacuna y envió a los laboratorios especializados del USAMRIID al virólogo Dr. Julio G. Barrera Oro, para desarrollar allí una semilla de vacuna de virus vivo atenuado. Al mismo tiempo se inició en Pergamino la construcción de un edificio que cumpliera con las normas de seguridad biológica con el fin de afrontar localmente la producción y control de una vacuna contra la FHA. Actualmente se encuentran funcionando los laboratorios de virología, cultivos celulares y animales de laboratorio, faltando la finalización de los laboratorios para la producción de la vacuna.

En 1979 y 1985, el Dr. Barrera Oro realizó investigaciones en los laboratorios del USAMRIID logrando obtener la cepa Condid 1 de virus Junín que es la más atenuada de todas las conocidas hasta el presente.

Por lo tanto, los estudios preclínicos han permitido establecer que esta vacuna es atenuada, fenotípicamente estable, y cumple o excede los requisitos estableci-

dos para las vacunas vivas atenuadas contra el sarampión, paperas, rubéola y poliomielitis.

En el Instituto Salk de EE.UU. se logró adquirir 200.000 dosis, de las cuales 140.000 han sido aplicadas entre 1991 y 1995 a los pobladores en los que existe el más alto riesgo de enfermar, de la zona endémica de la FHA; no siendo posible vacunar a la totalidad de las personas por falta de vacunas. La existencia de población que quiere vacunarse y no la consigue es, en términos de salud pública, "una oportunidad sanitaria perdida" y evidencia la gravedad del problema.

Los estudios realizados hasta el presente, confirman los hallazgos previos en relación a la inocuidad, inmunogenicidad y eficacia protectora de esta vacuna. El estudio de la persistencia de la respuesta inmune indica que un alto porcentaje de los vacunados (más del 85%) conserva anticuerpos específicos contra el virus Junín. A 6 años después de la inoculación la efectividad se establece en un 98%.

La evolución del impacto de la vacunación, mientras se realizó, es positivo: desde el inicio de la vacunación a la población de mayor riesgo, ésta ha registrado el menor número de casos desde la descripción de la enfermedad en el año 1950.

Los especialistas llegan a la conclusión de que la única medida sanitaria idónea para combatir la enfermedad FHA es la fabricación de la vacuna Candid 1, por ello la situación es en la actualidad gravísima, ya que la población bajo riesgo de contraer la enfermedad dentro del área endémica de la FHA está estimada en 3.500.000 habitantes, y se dispone de menos de 60.000 dosis de vacuna; una cantidad claramente insuficiente para proteger a la población expuesta.

Debido a que no se cuenta con dosis en cantidades suficientes, sólo se vacuna a los pobladores y trabajadores de mayor riesgo: trabajadores rurales de las zonas afectadas. Como consecuencia de ello, en el año 1995 se registraron ochenta y dos casos, produciéndose la muerte de cinco enfermas, y en el curso de 1996, la epidemia había aumentado, ya que teniendo en cuenta sólo la mitad de este año, se notificaron setenta casos y tres fallecimientos. Así los casos, nos encontramos ante un claro retroceso en la lucha contra esta mortal enfermedad.

Por lo demás, se debe tener en cuenta que esta enfermedad es exclusiva de nuestro país, y que no está previsto producir la vacuna Candid 1 en el extranjero,

ya que debido al número de personas a vacunar, la producción no es atractiva desde el punto de vista comercial. Este punto es fundamental pues no sólo debe concluirse que la vacuna Candid 1 es el único medio idóneo para combatir la enfermedad, sino que en atención a la relación costo-beneficio, resultará imposible suministrar la vacuna sino es concluyendo los trabajos pendientes para empezar su fabricación en el país, ya que no puede esperarse la fabricación de la vacuna en el extranjero y su importación.

En resumen, la disponibilidad de la vacuna para la población del área endémica está sujeta a los avances del proyecto de producción de Candid 1 en los laboratorios del Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas Dr. Julio Maiztegui de Pergamino, provincia de Buenos Aires; y para que esta producción pueda iniciarse, resta completar el equipamiento y las obras en construcción que se encuentran desde hace años virtualmente paralizadas.

La propagación y extensión de los zonas endémicas se origina en serias deterioros del medio ambiente favorecidos por la carencia de políticas públicas sobre el tema. Entre los elementos de destrucción del ecosistema que afectan el ambiente y propagan la enfermedad debe considerarse:

- a) la agricultura extensiva, con destrucción de los pajonales naturales, hábitat del felino llamado "gato de las pajas";
- b) la costumbre de "arar hasta el alambrado", que eliminó las tierras duras aptas para la vivienda natural de lechuzas, aves de presa cazadoras naturales de los roedores;
- c) la matanza indiscriminada de víboras y culebras no venenosas que cumplían el mismo cometido; y
- d) la tala de los árboles autóctonos donde anidaban las aves mayores, que también tenían un papel importante en mantener en su nivel aceptable el número de roedores.

Desde el año 1991 se presentaron numerosos proyectos de resolución y pedidos de informes por parte de legisladores al Poder Ejecutivo Nacional y al Ministerio de Salud. Los habitantes de las poblaciones afectadas desarrollaron numerosas protestas y remitieron peticiones infructuosas a las autoridades sanitarias.



Otros hechos vinculados al caso

Simultáneamente con el inicio de la acción de amparo, sucedieron dos importantes hechos en la órbita de responsabilidad política de las autoridades sanitarias nacionales, que se relacionaban indirectamente con nuestro caso: el brote epidémico de hantavirus en la localidad de El Bolsón, provincia de Río Negro, y la reducción de los partidas presupuestarias para los organismos de investigación dependientes del Ministerio de Salud.

En la primavera de 1996 comenzaron a conocerse en la localidad de El Bolsón los primeros casos de Hantavirus. Hasta 1995 habían ocurrido en el país sólo treinta y siete casos de personas infectadas. Hacia noviembre de 1996 se contabilizaban cuarenta y nueve casos, diecinueve de ellas en El Bolsón y zonas aledañas. Hasta 1993 todas las enfermedades causadas por los hantavirus (que se distribuyen por todo el mundo) se agrupaban con el nombre de Fiebre Hemorrágica con Síndrome Renal.

Recién en 1993 se identifica otro miembro de los hantavirus como el causante de un brote epidémico diagnosticado como enfermedad febril con dificultad respiratoria. Fue entonces cuando se comenzaron a estudiar las sueros de los casos sospechosos registrados desde la década del '80 en Orán, provincia de Salta, que había quedado sin diagnóstico previo; y ahí se confirmaron los primeros síndromes pulmonares por hantavirus del país. El virus causante de esta enfermedad es un pariente del que ocasiona la FHA pero ataca las vías respiratorias en forma fulminante, de allí el alto índice de mortalidad que provoca.

El 25 de octubre de 1996 una mujer muere de hantavirus en el Hospital de Clínicas, en la ciudad de Buenos Aires. Para entonces ya habían muerto cuatro personas en El Bolsón y en Bariloche. El ministro de Salud, Alberto Mazza, viaja a la zona y promete enviar equipamiento para evitar la propagación de la enfermedad, dice que no corren peligro los turistas y que no se transmite entre personas, pero admite la existencia de un brote epidémico. Comienza entonces la caza de ratas y ratones¹.

Numerosos especialistas admiten que la destrucción del ambiente favorece la propagación de la enfermedad. "La invasión de ratones se debe al aumento

¹ Diario Clarín del 26 de noviembre de 1996.

descontrolado de la población humana y la tala de los bosques para dedicar el terreno a ganadería -dice Erik van Konyenburg, ingeniero forestal y delegado de recursos naturales de El Bolsón-. Sin el bosque, la tierra pierde su fertilidad y a los campos de pastoreo los invade la rosa mosqueta. Toda la periferia de El Bolsón está cubierta de mosquetales, que son hábitat de las ratas. Tenemos que respetar los predadores de las ratas. Hay que prohibir la caza del zorro, que se permite porque es plaga para la ganadería"². La directora de Fauna de la provincia de Chubut, Graciela Riveiro, admitió: "la matanza de zorros y aves de rapaña favoreció el aumento de la población de ratas", al tiempo que denunció: "la utilización de estricnina por algunos ganaderos que termina indiscriminadamente con los zorros". También el secretario de Turismo de Chubut, Antonio Torrejón, dijo que: "se cometió un error terrible al eliminar a los agentes naturales de control"³.

Sin dudas, la vinculación entre el control del agente transmisor de la enfermedad y la preservación del medio ambiente, que se planteaba con igual claridad en el caso de la FHA, quedaba instalada en la opinión pública, luego del brote epidémico de hantavirus.

El decreto 660/96 del Poder Ejecutivo dispuso, en el marco de la Segunda Reforma del Estado, la unificación de las partidas presupuestarias del Instituto Malbrán; el Maiztegui; y los Institutos Nacionales de Genética Médica, Nacional de Epidemiología Juan Jara, Nutricional de Salto, Nacional Fátala Chaben, Nacional de Epidemiología Emilio Coni y la Subsecretaría de Salud Comunitaria. El proyecto de presupuesto 1997 enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Parlamento prevé una reducción del 37% en insumos -en su mayoría, reactivos para diagnósticos y para la producción de sueros y vacunas- y de un 12% en personal, lo que implicaría el despido de cientoún agentes.

El 5 de enero de 1997 el diario Clarín afirma en su editorial "Los recortes presupuestarios que afectan al Instituto Malbrán y a los seis centros de investigación conexos, con su secuela de despidos, no hacen sino poner de manifiesto,

² Diario Página 12 del 20 de noviembre de 1996.

³ "Los motivos del hantavirus", por Pedro Lipcovich; diario Página 12 del 20 de noviembre de 1996.

una vez más, la carencia de una política nacional consistente en materia sanitaria. Tras los despidos en el Molbrón de cuarenta y nueve agentes, quedó casi desmontado el departamento que produce sueros para diagnosticar enfermedades como la meningitis, las diarreas infantiles, el síndrome urémico hemolítico y el cólera. También fue afectado el serpentario que produce suero antiofídico, único a nivel nacional, y el área de control de calidad de reactivos, que sirven para el diagnóstico de enfermedades en bancos de sangre como la hepatitis B o C. Asimismo la reducción de personal complicaría gravemente el control gratuito de vacunas como la BCG, la del sarampión y la de la polio, y la producción nacional de sueros antiofídicos y la vacuna antirrábica. Esta grave situación pone de manifiesto la ausencia de una reestructuración sanitaria seria, que privilegie la conjunción de ciencia y servicio social que se da en estos institutos, y actualice el imperativo de que el Estado destine a la investigación los recursos necesarios”.

Selección del caso

A partir de la difusión del problema en los medios de prensa, los estudiantes de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el CELS, comenzaron una tarea de investigación procurando recopilar la totalidad de las notas periodísticas; la información sobre la enfermedad, disponible en la Facultad de Medicina y otros centros especializados; y los antecedentes de los proyectos de resolución y pedidos de informe en el Congreso de la Nación. Se intentó a su vez entrar en contacto con pobladores de las zonas afectadas y con las autoridades científicas con mayor conocimiento del tema.

Resultaron de inestimable ayuda las varias conversaciones telefónicas mantenidas con la Dra. Delta Enría, Directora del Instituto Maiztegui de Pergamino, quien envió al CELS una completa carpeta con la totalidad de la información oficial sobre la enfermedad, los estadísticos de casos y de población potencialmente afectada y material acerca de la situación de la vacuna Condit 1.

Sin duda muchos factores contribuyeron a seleccionar este problema para la presentación de una acción judicial en procura de alcanzar su solución. Desde la

reforma constitucional de 1994 el artículo 43 autoriza la promoción de acciones de amparo en resguardo de derechos de incidencia colectiva. Entendemos que el derecho a la salud reviste esa naturaleza, por lo que la cuestión encuadraba en las previsiones de la norma constitucional.

La contundencia de la información que emanaba del Instituto Maiztegui, organismo oficial dependiente del propio Ministerio de Salud dando cuenta de lo peligroso de la situación y del aumento progresivo de los casos fatales en el último año, significaba que el Estado reconocía expresamente las hechas reduciendo considerablemente la necesidad de debate y prueba sobre este punto en el proceso.

Por lo demás, era unánime la opinión científica que indicaba que la finalización de las obras necesarias para la fabricación local de la vacuna Candid 1 era la única medida sanitaria idónea para combatir la enfermedad, lo que también restringió el debate acerca de la selección de los medios apropiados para la satisfacción del derecho, o dicho de otro modo, sobre la utilización racional de los recursos públicos, aspecto que suele complicar el planteo judicial de cuestiones vinculadas a la protección de derechos sociales.

En concordancia con esto, el silencio del Ministerio de Salud ante el reclamo de la población afectada, la opinión de los científicos y los reclamos de los legisladores, evidenciaba una manifiesta conducta omisiva que constituyó un serio antecedente para el amparo.

El interés de una vecina de la localidad de Azul -provincia de Buenos Aires- una de las zonas de riesgo, por instar la acción en su calidad de afectada permitió superar el escollo de la legitimación para iniciar el amparo.

El propósito del CETS, al seleccionar el caso, ha sido conseguir el dictado de los actos administrativos que permitan contar con la vacuna y mejorar las condiciones ambientales que actualmente favorecen la propagación del agente transmisor del virus. Pero además de este objetivo inmediato, se ha procurado generar un diálogo entre una ciudadana común y diversas dependencias del Estado, sobre los méritos de las políticas públicas tendientes a solucionar este problema, algo poco frecuente en el escenario de la justicia.

Se trata en definitiva de alcanzar la idea de que frente a un derecho social efectivamente lesionado, como el derecho a la salud -y a un ambiente sano-, la

omisión de las autoridades públicas representa una clara violación de mandatos constitucionales. El reconocimiento de la salud como derecho, exige una conducta concreta y positiva del Estado, que debe ser vista por los funcionarios públicos como una obligación en el sentido legal, que puede acarrear en consecuencia responsabilidades legales y ser objeto de planteos ante la justicia, excediendo por lo tanto la mera discrecionalidad política.

El planteo del caso

A partir de los antecedentes de hecho se invocaron concretamente dos derechos colectivos vulnerados: el derecho a la salud y el derecho a un ambiente sano. Ambos íntimamente conectados ya que los daños al medio ambiente favorecen, como dijimos, la propagación de la FHA.

Con fundamento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se definió el derecho al derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

En la presentación se reseñó que la primera norma internacional que consagra expresamente este derecho es la Constitución de la OMS de 1946 que refiere como uno de los derechos fundamentales: "El disfrute del más alto nivel posible de salud". La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25 establece que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica...". El derecho a la salud se consagra en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual establece que los Estados parte: "Deberán tomarse las medidas necesarias para la creación de condiciones a todas asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad para asegurar a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", y en el punto 2.b de este último artículo establece entre estas medidas a tomar, "El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente", y en el punto 2.c "La prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas y endémicas (...) y la lucha contra ellas". Como es sabido este pacto tiene jerarquía constitucional conforme lo dispone el artículo 75 inciso 22.

Se argumentó que la FHA debe conceptualizarse como enfermedad epidémica y endémica, siendo obligatoria para el Estado desde la ratificación del Pacto y ante el mandato constitucional adoptar todas las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de esa enfermedad. La obligación legal del Estado tiene como contrapartida la existencia del derecho de las personas a exigir su cumplimiento.

El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado "Protocolo de San Salvador" ratificado por la Argentina, establece en su artículo 10.1 el derecho a la salud: "Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social". En el punto 10.2 dice: "Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la de asistencia necesaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) la total inmunización con las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas [...]".

Corresponde destacar el reconocimiento de la salud como un bien público lo que justificaba la precedencia del amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional pues estábamos en presencia de un derecho de incidencia colectiva. Frente a la consagración de un derecho a la salud, existe una obligación legal concreta de Estado que constituye el objeto del derecho. Los derechos económicos, sociales y culturales son verdaderos derechos y meros principios o declamaciones.

El preámbulo del Protocolo Adicional recoge la tesis de la interdependencia de los derechos mencionados y los derechos civiles y políticos. Actualmente el significado del concepto de Derechos Humanos presupone la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos⁴.

⁴ Health and Human Rights - An International Quarterly Journal. Vol. 1 Nº 3. Linking Health and Human Rights. Dianne Otto; p. 272. Vol. 1-2. First International Conference on Health and Human Rights - From Health or Human Rights to Health and Human Rights. Nahid F. Toubia; p. 136.



La proclamación de Teherán sostuvo: "Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social".

En la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo aprobada en 1986 (resolución 41-128 de la Asamblea General) en el párrafo segunda del artículo 6 se establece: "Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales".

El Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, órgano encargado de controlar el Pacto del mismo nombre ha entendido que, aunque el artículo 2 de ese instrumento habla de una realización paulatina de los derechos contenidos en el Pacto, se impone a los estados dos obligaciones: 1) los estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación alguna. (artículo 2.2); 2) la obligación de los estados de "adoptar medidas" de carácter legislativo, judicial, administrativo, u otro tipo. A estas dos obligaciones podríamos agregar una tercera, la prohibición de regresividad en el goce de estos derechos.

Según el Comité el artículo 2.1 del Pacto impone una obligación de resultado: el logro de la progresiva efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto. El principio de progresividad se consagra también en el artículo 26 de la Convención Americana.

Previenda la posibilidad de que el Estado alegara la carencia de recursos, se indicó que para que el Estado pueda atribuir el incumplimiento de sus obligaciones a una falta de recursos disponibles deberá demostrar que ha realizado todo el esfuerzo para utilizar eficazmente todos los recursos que estarían a su disposición para satisfacer con carácter prioritario esas obligaciones mínimas⁵.

⁵ Cfr. Revista IIDH Nº 19, Enero-Junio 1994, publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 1994 y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General Nº 3, Quinto período de sesiones 1990; Doc. HRI/GEN/1; pp. 47-52.

Los Estados más allá de los recursos disponibles, tienen obligaciones inmediatas y muchas de ellas independientes de esos recursos, en relación a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellas la prohibición de discriminación y la prohibición de regresividad.

Como consecuencia de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Estado Argentino debe adoptar medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles sin discriminación, y tiene prohibido conducir con su accionar o su desidia a una regresividad en el nivel o grado alcanzado con anterioridad en el goce efectivo de los derechos mencionados.

La presentación contiene un capítulo destinado a explicar la importancia de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su jerarquía y su operatividad. Se expresó que cada vez con mayor énfasis el Derecho Internacional y el Derecho Interno interactúan auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos. Es un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado en el Derecho Argentino que una vez ratificados los tratados internacionales se constituyen en fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno. La Constitución Argentina, reformada en 1994, al otorgar rango constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado, resuelve esta cuestión al establecer que "tienen jerarquía constitucional", lo que equivale a condicionar el ejercicio de todo poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino también, la violación de la Constitución Nacional.

Se desarrollaron además las obligaciones que la propia legislación interna fija al Estado en materia de salud pública. Se argumentó que las obligaciones del Estado Nacional en materia de salud pública se originan en las disposiciones de la ley 26.661.

El artículo 1 de la ley que crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud procura el pleno goce del derecho a la salud para todas las habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. El artículo 25 establece el principio de la plena utilización por la políticas nacionales de salud de los servicios y capacidad instaladas existentes y su basamento en una estrategia de atención primaria a la salud. El artículo 33 establece que las prestaciones de salud que organiza la ley se considerarán servicios de asistencia social de Inte-



rés público. Tanto del artículo 1, cuanto del artículo 33 de la ley, surge la dimensión pública de la salud, lo que permite calificar el correlativo derecho a la salud como de incidencia colectiva, encuadrable en la normativa del artículo 43 de la Constitución Nacional.

En cuanto al derecho a un ambiente sano, el CELS argumentó que la protección del hábitat requiere controlar los procedimientos de explotación agropecuaria desalentando prácticas ligadas a la agricultura extensiva e impidiendo la tala indiscriminada de árboles autóctonos donde anidan animales que cumplen con la función de cazar a los roedores, agentes portadores del virus. Se trata claramente de mantener el principio de que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras y el mandato constitucional de asegurar la utilización racional de los recursos naturales.

La norma del artículo 41 de la Constitución Nacional más allá de mencionar la sanción de las normas que establecen los presupuestos mínimos de protección, es claramente operativa, de modo que la omisión del Estado de adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento de sus obligaciones en materia de ambiente sano, constituye una clara violación de derechos constitucionales encuadrable en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Se solicitó también la intervención del Defensor del Pueblo, dado que se trataba de un derecho de incidencia colectiva y conforme a las facultades y deberes que le confieren a este organismo los artículos 43 y 86 de la Constitución Nacional.

Situación actual del caso

La acción tramita en el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 7 de la Dra. María Cristina Corrión de Lorenzo. La acción fue declarada admisible y se cursó el correspondiente pedido de informes al Ministerio de Salud y Acción Social. El Juzgado admitió la citación del Defensor del Pueblo, quien se presentó al expediente y adhirió a la presentación del CELS.

El día 27 de Diciembre de 1996 el Ministerio de Salud y Acción Social contesta el requerimiento de informe, considerando que excede el ámbito de su competencia ya que la vinculación de la enfermedad con la preservación del

medio ambiente lleva a compartir su responsabilidad con otros organismos como la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación y el Gobierno de la provincia de Buenos Aires, principal zona afectada.

Con el propósito de favorecer la solución del problema y contribuir a brindar al juzgado la mayor cantidad de antecedentes posibles para adoptar una solución, se admitió la citación de dichos organismos al proceso. El caso se encuentra en pleno trámite al finalizar el año 1996.

V.2. Provisión de medicamentos contra el VIH/SIDA: morir de burocracia

Desde el mes de julio de 1996 comenzaron a faltar en los Hospitales Públicos de la ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense, medicamentos para enfermos de VIH. La cuestión se volvió dramática en el mes de octubre, cuando la falta de provisión de los drogás llevaba ya cuatro meses, y pese al reclamo de los damnificados las autoridades sanitarias ni siquiera anunciaban una posible solución.

El 26 de octubre de 1996 médicos del Hospital Muñiz, del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez y pacientes infectadas con el virus VIH denunciaron a los medios de prensa que hacía cuatro meses que no tenían los medicamentos para tratar la enfermedad. Faltaban los drogás más elementales, como los antibacterianos o el DDI, y el Ministerio de Salud y Acción Social admitió que "no los estaban repartiendo". "Lamentablemente, mientras los pacientes con VIH se duplicaron en el país en el último año, el presupuesto para sus tratamientos bajó de 17 a 9 millones" explicó la directora del Programa Nacional de Sida que depende del Ministerio-Laura Astorloo⁶. La funcionaria admitió que eran varios los drogás faltantes, entre ellos los preventivos y curativos de las micosis y las neumonías, DDI y DDC (inhibidores de la transcriptasa inversa) y los llamados inhibidores de proteasa (indinavir, Saquinavir y Ritonavir). Estos últimos, componen un llamado "cóctel" que resulta el tratamiento más eficaz para reducir la carga viral y detener la infección. Sobre

⁶ Diario Clarín, 26 de octubre de 1996.

estos inhibidores la funcionaria alegaba que habían salido a la venta después de la Conferencia de Vancouver, y que por eso no habían entrado en la última licitación del programa a su cargo; y anunciaba que el Programa a su cargo, recién los adquiriría en el año 1997.

Los médicos de hospitales municipales consultados opinaban que interrumpir los tratamientos por falta de droga y administrar sólo zidovudina, la única medicación disponible, equivalía a "retroceder en el tiempo" en la lucha contra la enfermedad, pues la droga deja de actuar cuando el organismo crea resistencia. Por eso, no tomar las otras drogas como el DDI y DDC, significa neutralizar el tratamiento anterior porque las terapias combinadas logran que la resistencia sea tardía. Los cócteles son fundamentales -declan- pero en los Hospitales no pueden implementarse.

A partir de la presión de los damnificados, de los médicos, de los organismos no gubernamentales dedicados a la lucha con la enfermedad, y de los medios de prensa, se suscitaron una serie de promesas del ministro de Salud que sin embargo no llegaban a plasmarse en actos concretos.

Una serie de acciones judiciales se suscitaron entonces. El Controlador General de la ciudad de Buenos Aires, Antonio Cartañá, interpuso una acción de amparo colectivo y un juez dispuso que la Secretaría de Salud de la Ciudad debía proveer los medicamentos. Para las autoridades municipales dijeron que la compra de medicamentos para el Programa Nacional la hacía el Ministerio de Salud de la Nación.

Un grupo de ocho organismos no gubernamentales promovió un nuevo amparo colectivo y logró una medida cautelar innovativa que obligaba al Estado Nacional a asegurar la provisión de los medicamentos en los Hospitales públicos⁷.

⁷ Diario Clarín del 26 de octubre de 1996.

⁸ Ver infra, "Dos casos sobre SIDA".

El caso de Marcos M.: el PAMI no escucha⁹

Antecedentes del caso

Al mismo tiempo que la droga faltaba en los hospitales públicos, el Programa de Atención Médico Integral (PAMI) dependiente del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, se negaba a suministrar las drogas que integran el denominado "cóctel" y que los médicos prescribían a todos sus afiliados.

Más allá de las acciones judiciales mencionadas, el tema era de enorme interés pública, ya que una gran cantidad de enfermos de VIH gozan de pensiones por invalidez y reciben por ello servicios médicos del mencionado Instituto. Una ley nacional obliga a las Obras Sociales que integran el Seguro Nacional de Salud a prestar la cobertura total de los tratamientos contra el VIH, pero se discutía entonces si el PAMI estaba entre los sujetos obligados por esta ley.

A comienzos del mes de octubre de 1996, el Sr. Marcos M. consultó al CELS sobre su problema. El consultante es afiliado del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, percibiendo por ello una jubilación por invalidez y la cobertura de PAMI. En el año 1990, presentó serología positiva para VIH. Luego de sufrir neumonía como enfermedad intercurrente pasa de ser portador sano de VIH, a ser enfermo de SIDA.

El Sr. M. en junio de 1995 comenzó con un tratamiento antirretroviral con AZT y DDC. Es doble recordar que luego de un tiempo, el cuerpo se adapta al AZT y se torna resistente (porque el virus muta), esta situación fue precisamente la del Sr. M., por lo que los dos médicos infectólogos recetaron otro tipo de tratamiento que consta de Videx, Zerit, Asovin y Crixivan.

El PAMI suministraba las drogas normalmente conforme las prescripciones médicas de los profesionales, pero ante el cambio de esquema antirretroviral, se negó a continuar el suministro de drogas, interrumpiendo así el tratamiento.

⁹ El título de este apartado juega expresamente de modo trágico con la denominación que el Programa de Atención Médico Integral (PAMI) dio a sus centros de consulta, denominados "PAMI Escucha".

El CELS decidió tomar el caso considerando que un precedente favorable contra el PAMI sería de interés para una gran cantidad de enfermos en idéntica situación.

El planteo del caso

Ante la falta de respuesta del PAMI al pedido del actor y considerando la urgencia de la situación, se redacta un pedido de pronto despacho, solicitando una respuesta urgente el día 10/10/96. Ante su requerimiento el PAMI se aviene a suministrar, sólo por el término de tres meses, las drogas D4T, DDI y Asovirán, guardando silencio con respecto al Indinavir (Crixivan), que es la droga central del tratamiento denominado inhibidor de proteasa. Debemos tener en cuenta que "el cóctel" sólo es efectivo si las drogas son suministradas en la forma prescripta y en su conjunto.

Ante esta situación se decide promover una acción de amparo el día que tramita en el Juzgado Federal Civil y Comercial N° 3, Secretaría N° 5 a cargo del juez Roberto Torti. Se expuso en la presentación judicial que el "cóctel" era el único tratamiento posible y la única medida capaz de impedir el avance de la enfermedad y salvar la vida del paciente.

El artículo 43 de la Constitución Nacional autoriza la vía de amparo cuando el derecho invocado se estime lesionado o amenazado en forma actual o inminente por una omisión de un particular o de la autoridad pública. La conducta del PAMI, encuadraba en una omisión ilegal en relación al suministro de la droga Indinavir.

Por otro lado, se señaló que el PAMI (según decreto ley 19.032 artículos 1 y 2), tiene por objeto la prestación de servicios médicos asistenciales destinados al fomento, protección y recuperación de la salud y se encontraba obligada por la ley de SIDA (ley 23.798, que asegura el tratamiento de la enfermedad, prevención asistencia y rehabilitación y el derecho de recibir asistencia adecuada) y por la ley 24.455 (que enuncia "...las obras sociales deberán incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos...de los enfermos de VIH"). En relación a los nuevos medicamentos no previstos en las resoluciones enances vigentes se aclaró que el

Programa Médica Obligatoria (PMO) establece la cobertura del 100% de la medicación anti VIH y anti SIDA.

Al igual que en caso de la Fiebre Hemorrágica, el CELS sostuvo en esta acción la naturaleza del derecho a la salud y reseñó las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que establecían las obligaciones del Estado en esta materia.

El amparo presentado se fundamenta en los artículos 16, 17, 33, 43, 75 inciso 22, 23 y concordantes de la Constitución Nacional.

En el amparo se solicitaba como medida cautelar que se asegurara al actor la provisión de los medicamentos durante la tramitación de la causa.

El Juzgado declaró admisible el amparo e hizo lugar a la medida cautelar. Notificado el PAMI de la acción, se allanó en forma total e incondicional a la demanda, garantizando al demandante la medicación pedida y la cobertura total del tratamiento.

Dos casos judiciales sobre SIDA¹⁰

1. El 29 de noviembre de 1996, ocho organismos no gubernamentales integrantes del Encuentro Nacional de ONG's con trabajo en VIH/SIDA presentaron un recurso de amparo contra el Estado Nacional / Ministerio de Salud y Acción Social requiriendo "el cumplimiento en forma total y permanente de la asistencia, tratamiento y rehabilitación y en especial, el suministro de medicamentos a los seres humanos que padecen las consecuencias del virus VIH/SIDA en todos los hospitales y efectores sanitarios del país".

Este amparo fue receptado por el Tribunal quien dictó una medida cautelar contra el Estado Nacional ordenándole que "deberá adquirir y entregar a cada uno de los efectores sanitarios del país, los reactivos y medicamentos incluidos en el Vademecum Básico aprobado con fecha 13 de mayo de 1994, con más aquellos aprobados por el Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y

¹⁰ Informe elaborado por el Dr. Pablo Oscar Rosales, integrante de la Comisión de Derecho y Salud de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA), encargada del Area Sida.

Tecnología Médica (ANMAT) durante los años 1995 y 1996, en las cantidades necesarias para atender los requerimientos que se le efectúen, hasta tanto recaiga sentencia en el presente proceso". Esta medida cautelar, cuya apelación fuera concedida con efecto devolutivo -esto es sin suspender sus efectos- resultó confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con fecha 7/2/97. Sin embargo sigue sin ser cumplida cabalmente por el Estado Nacional quien a la fecha sigue sometiendo a los pacientes que recurren al Programa Nacional de SIDA y a los hospitales a largas esperas, muchas veces sin resultados. La entrega de los medicamentos continúa siendo irregular o directamente inexistente. Este amparo tiene la particularidad de que fue iniciado directamente por las ONG's como titulares de un interés difuso invocando el artículo 43 de la Constitución Nacional que las legitima. El juez interviniente dispuso tratar el tema de la legitimación juntamente con la sentencia, en el entendimiento de que en este caso, la acción y el derecho de todos se encuentran de tal modo engarzados que la aceptación o rechazo de la legitimación podría significar resolver en igual sentido el reclamo de fondo¹¹.

2. El 17 de diciembre de 1996, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expresó por primera vez en un reclamo de fondo sobre el SIDA. El 4 de octubre de 1993 el subjefe de la Policía Federal Argentina ordenó iniciar los trámites del retiro obligatorio del actor, subcomisario de la Policía Federal, con fundamento en que era una persona viviendo con VIH/SIDA. Un año antes de tomar esta decisión se le había realizado al actor un examen inconsciente de Western Blot detectándose que era portador del virus VIH. Esta situación nunca se le

11 El expediente se carota "Fundación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Estado Nacional s/ amparo". Expediente Nº 33.629/96, Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nº 3, a cargo de la Dra. Claudia Rodríguez Vidal, Secretaria Nº 5. La acción fue iniciada por los siguientes organismos no gubernamentales (ONG's) integrantes del Encuentro Nacional de ONG's con trabajo en la cuestión SIDA: Asociación Benghalensis; Fundación Desclida; Fundación para el estudio e investigación de la mujer (FEIM); Asociación Civil Intillo; Fundación RED; Fundación Centro de documentación en sexualidad (CEDOSEX); Fundación Argentina Pro Ayuda al Niño con SIDA, Asociación Civil SIGLA; y Sociedad de Integración Gay Lésbica. La acción fue patrocinada por los Dres. Pablo Oscar Rosales, Adriana M. Taranto, Roberto Hugo Suñeriv y Mabel Fontán.

informó y un año después, cuando solicita el ascenso, se lo rechaza y se le inician los trámites del retiro. El actor recurrió por vía de amparo esta decisión obteniendo fallos favorables en primera y segunda instancia. Permaneció el reclamo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación por casi tres años para nuevamente dictar un fallo político, dividido en sus fundamentos, pero unánime en su decisión final, que tuvo muy en cuenta el hecho de que la demandada fuera la Policía Federal.

La Corte resolvió que los exámenes médicos que la Policía Federal efectúa para constatar la buena salud de su personal para decidir su ascenso, involucre el ejercicio de una actividad discrecional que, en principio, no admitiría la revisión judicial. Sostiene la Corte que la ley 23.798 (Ley de SIDA) no tiene como objeto la protección de la intimidad de las personas sino la salud pública, y que ello autorizaría a semejante violación de la intimidad. Tampoco entiende la Corte violentado el derecho a la intimidad, pues sostiene que la ley de SIDA tiende a resguardar la divulgación indebida de la información y las intrusiones arbitrarias, pero no las que se vinculen con la protección de la salud pública. Por otro lado, dice la Corte, que el ingreso a la carrera policial supone el sometimiento voluntario a las normas que la rigen, en referencia a la ley que regula esa institución, y prevé exámenes médicos. No repara el Tribunal que la ley es anterior a la epidemia de SIDA. De esta forma, el Tribunal abre una peligrosa brecha en el derecho a la intimidad de las personas sometiéndolo al aún más peligrosa “interés común”. Finalmente y en apenas tres párrafos, la Corte curiosamente condena a la Policía Federal porque entiende que el retiro obligatorio tenía como único propósito separar al actor del servicio efectivo sin motivo que lo justifique, ya que no se agotaron las posibles asignaciones de tareas acorde con la aptitud del agente¹².

12. In re: “B. R. E. c/ Policía Federal Argentina s/amparo” Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala II, julio 7-994. Publicado en la Ley del 20-4-95, p. 67. Sentencia Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha diciembre 17-1996.

V.3. Educación de inmigrantes indocumentados: un mal entendido

Uno de los más graves problemas que enfrentan los inmigrantes en Argentina, es superar los escollos que las autoridades educativas les imponen a la hora de enviar a sus niños al colegio.

El artículo 102 de la ley 22.439 de 1981 establece que "Los institutos de enseñanza media o superior, ya sean públicas o privados, nacionales, provinciales o municipales, solamente podrán admitir como alumnos, a aquellos extranjeros que acrediten para cada curso su calidad de residentes permanentes o residentes temporarios debidamente habilitados a tales efectos". Por su parte, la resolución 1378/94 de la Secretaría de Educación de la Ciudad de Buenos Aires, en el título 3º de las Recomendaciones Generales establece que conforme la ley 17.671 que obliga a los ciudadanos extranjeros a contar con Documento Nacional de Identidad (DNI) actualizado, es imposible extender el título/certificado al ciudadano extranjero indocumentado; asimismo, estipula que la presentación de cédula de identidad extranjera sólo habilita la inscripción como alumno en el curso correspondiente. En esta resolución se hace evidente el trato discriminatorio que reciben los ciudadanos extranjeros por cuanto, en idéntica situación -indocumentación un ciudadano argentino tiene derecho a recibir el título/certificado.

Al impedirse u obstaculizar el acceso a la educación de los extranjeros, se viola el artículo 3 de la Ley Federal de Educación -ley 24.195- que establece que "el Estado Nacional, las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires garantizan el acceso a la educación en todos los ciclos, niveles y regímenes especiales, a toda la población", y en el artículo 8 establece que el "sistema educativo asegurará a todas las habitantes del país el ejercicio efectivo de su derecho a aprender, mediante la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna". Además, de este modo se estaría incumpliendo con la Constitución Nacional que en su artículo 75 inciso 22 incorpora con jerarquía constitucional ciertos tratados, entre ellos: Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; e Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, los cuales se pronuncian contra todo tipo de discriminación, afirmando así el derecho a la igualdad.

Durante el segundo semestre de 1996 al curso Práctico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el CELS concurrieron varios extranjeros con similares problemas referidos al acceso de sus hijos a la educación. La cuestión se planteaba a la hora de expedirse los certificados analíticos de los estudios cursados, debido a la falta de DNI, así como para la inscripción de los egresados de escuelas primarias en colegios secundarios por ausencia de este documento.

El 1º de octubre de 1996 la Sra. Juana Guzmán Flores, ciudadana boliviana radicada en Argentina, se acercó al CELS pues las autoridades de la escuela Evaristo Carriego del Distrito 17 de Villa Soldati, en Lugano, a la que asistía su hijo, le advirtieron que sin el DNI sería imposible que se le expidiera el certificado analítico de finalización de estudios primarios, certificado sin el cual su hijo no podría ingresar al secundario. Por otra parte, al intentar inscribirlo en un Colegio Comercial, dependiente de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires se le exigió la presentación del DNI como requisito de inscripción.

Katie Fleet, del CELS, acompañó a la señora Guzmán Flores a iniciar el trámite en Migraciones para la obtención del DNI, y se redactó una carta para ser presentada ante la directora del colegio primario y otra destinada a la rectora del instituto secundario. La primera tenía por objeto solicitar que la directora informara por escrito acerca de los requisitos que exigía para expedir el certificado de terminación del ciclo primario, y la segunda para que se informara, también por escrito, acerca de los requisitos exigidos por el colegio para el ingreso del menor.

La directora informó que era necesario el Documento Nacional de Identidad para otorgarle el certificado de terminación de estudios primarios, lo que implicaba una violación de las normas antes citadas; mas con la constancia de tramitación de DNI, se admitió dar curso al trámite de certificación.

La Sra. María Mercado Loza, ciudadana boliviana radicada en Argentina, enterada de los problemas que los hijos de inmigrantes suelen tener a la hora de ingresar en escuelas de enseñanza media, acudió preventivamente al CELS en el mes de octubre pues tenía una hija que debía ser inscripto en el colegio secunda-

rio pero no estaba documentada. Como la Secretaría de Educación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires extendió la constancia del certificado en trámite, sólo se le redactó una carta destinada a la rectora del colegio secundario donde deseaba inscribir a su hijo, para que por escrito se expidiera acerca de los requisitos de ingreso al establecimiento. Enterada de la situación de la niña Mercado Loza, aquélla accedió a inscribirla con la constancia del DNI en trámite. También, se la acompañó a tramitar el certificado de pobreza, para iniciar los trámites de regularización de su situación ante Migraciones.

En el mes de octubre se presentó la Sra. Mary Fuentes, ciudadana boliviana radicada en Argentina, pues tenía problemas para conseguir el título/certificado de finalización del ciclo primario de su hija, por estar indocumentada. Se procedió a efectuar el reclamo administrativo correspondiente ante las autoridades de la Escuela Nº 11 del Distrito 20.

El 20 de noviembre el Sr. Roberto Aliandre Ledezma, ciudadano boliviano, accedió al CELS pues no pudo inscribir a su hijo en la Escuela Municipal Nº 3 del Distrito 11, "Profesor Pascual Guaglianone", por faltarle documentación argentina. La falta de documentación argentina se debe, a que su trámite migratorio está siendo reevaluado, debido a irregularidades cometidas por la gestora encargada de realizarlo. En espera de la resolución de dicho trámite, se le niega la posibilidad de tramitar la equivalencia de su certificado de estudios primarios. En este caso se procedió a hacer el reclamo administrativo ante el secretario de Educación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, para que se pueda tramitar la equivalencia de su certificado así como para que se autorice la inscripción en el colegio secundario. Ante la falta de respuesta de la autoridad municipal se envió otra nota pidiendo el pronto despacho y, en subsidio y en caso de resultado desfavorable la expresión de motivos que fundamenta la resolución adversa. La decisión del secretario de Educación resultó favorable a la parte reclamante, pues se logró la inscripción provisoria de la menor.

La reseña de los casos tratados nos lleva a la conclusión de que los trabcos más fuertes no son de naturaleza legal -más allá de la cuestionable constitucionalidad de algunas leyes y resoluciones- sino burocrática, y que el acceso a la educación de los menores inmigrantes con problemas de documentación es en realidad un problema de falta de información; tanto de los padres de los damnificados sobre sus derechos y la forma de plantearlos ante los organ-

mas competentes; cuanto de las autoridades escolares, que tienen una tendencia burocrático a no apartarse de los "procedimientos normales", negando los pedidos de certificados de egreso o de inscripción sino se exhibe el Documento Nacional de Identidad, en lugar de buscar la solución más beneficiosa para los niños y ajustada a sus incuestionables derechos.

V.4. Ley de Riesgos del Trabajo: ciudadanos de segunda

El Congreso de los Trabajadores Argentinas (CTA) convocó en el mes de diciembre de 1995 a un grupo de abogadas especialistas en temas laborales y constitucionales, a fin de trasladarles la inquietud que suscitaba a esa entidad gremial la sanción de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), y solicitarles el estudio de las acciones legales posibles para evitar, postergar o suspender la vigencia de dicha ley.

En los primeros meses de 1996 un equipo de abogadas del CELS contribuyó con la comisión mencionada, tomando a su cargo el análisis de la ley en relación con los normas y principios del denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). El CELS emitió un dictamen que puso a disposición de las autoridades del CTA, en el cual sostuvo que la prohibición para los trabajadores accidentados y para los herederos de los trabajadores fallecidos, de acudir a la vía de la reparación integral del Código Civil, resultaba a la luz del DIDH discriminatoria y regresiva en relación con el anterior sistema normativo¹³.

En el mencionado dictamen, el CELS sustentó como principales argumentos los siguientes:

13 Para un relevamiento de situaciones de discriminación vinculadas al trabajo, ver: Ellman, María, 1996. "La discriminación en el empleo" en: Informe Nacional Argentino para el X Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Derecho del Trabajo*, 1996B, pp. 2920/2936.

Derechos afectados por la norma

El artículo 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo elimina el derecho de los trabajadores mencionados en el artículo 2 de la ley y de sus derechohabientes, a reclamar la indemnización de daños y perjuicios establecida en el Código Civil, con excepción del supuesto de delito civil del artículo 1.072 de dicho cuerpo. El artículo cuestionado dice: "Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1.072 del Código Civil".

En la legislación laboral argentina, tanto en la Ley de Accidentes de Trabajo (ley 9.688) cuanto en la más reciente 24.028, se estableció expresamente la opción del trabajador accidentado o enfermo a reclamar por lo vía del sistema de reparación especial contenido en la norma, o por el sistema de responsabilidad del Código Civil. La opción rege en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o vinculadas al trabajo en los que resultaba posible atribuir responsabilidad al empleador por uno u otro sistema legal. Los daños cuyo reparación podía reclamarse por uno u otro sistema eran los sufridos en la persona del trabajador o los derivados de su muerte. La indemnización que el trabajador accidentado tenía derecho a reclamar conforme al régimen derogado corresponde al concepto civil de "daño a la persona". Bajo dicho concepto, se encuentran tutelados un cúmulo de intereses y bienes jurídicos cuya enumeración nos brinda una idea de cuáles y cuántos son los derechos consagrados en el DIDH, que resultan afectados por la norma impugnada. Dicho de otra modo: nos indica en qué medida, el trabajador resulta afectado ante la exclusión o limitación en el goce efectivo esos derechos.

La indemnización integral por daño a la persona consagrada en el derecho civil, conforme la opinión de la doctrina y la jurisprudencia nacional comprende¹⁴:

14 Zavala de González, Matilde, 1990. *Daños a las personas. Integridad sicológica*. Buenos Aires, Hamurabi; Zannoni, Eduardo, 1982. *El daño moral en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea; Alterini, Julio, 1987. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Abelardo-Pereira; Mosses Iturraspe, Jorge, S/I. "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad" en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, Daños a las Personas, p. 9. En este trabajo el autor señala la influencia del concepto de derechos humanos en la extensión del concepto de daño a la persona en los últimos 30 años.

▲ **Daño material.** Incidencia de la incapacidad sobreviniente en la frustración de obtener beneficios económicos o actividades laborales futuras. Se atiende especialmente a los ingresos de la víctima y el nivel de vida de ésta y su grupo familiar.

▲ **Daño moral.** Comprende diferentes aspectos vinculados a la personalidad de la víctima y su receptividad particular. Como factores objetivos menciona:

- los relativos al hecho mismo: el sufrimiento en el momento del suceso tanto físico como psíquico, dolor corporal, temor ante el peligro corrido, miedo a la muerte, pérdida de conocimiento;

- los concernientes al periodo de curación y convalecencia: dolores, molestias, incomodidades, padecimientos; y

- los vinculados con eventuales menoscabos subsistentes luego del tratamiento: secuelas con incidencia en la vida individual y de relación, repercusión en la aptitud laboral.

▲ **Daño estético.** Detrimento corporal de frecuente relevancia del ámbito de los daños a la persona. Se comprende dentro del daño moral, ya que éste no se reduce a lo que el sujeto siente, a su dolor o padecimiento psíquico. Comprende todo quebrantamiento de su incolumidad espiritual, abarcando cualquier menoscabo de sus posibilidades de querer, pensar o sentir y de actuar, sus potencias o atributos.

▲ **Daño psíquico.** Definido como una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. No se identifica con el daño moral aunque ciertamente puede generarlo.

▲ **Daño a la vida de relación.** Definido como la imposibilidad o dificultad del sujeto disminuida en su integridad de reintersarse en las relaciones sociales o de mantenerlas en un nivel normal. Si bien no constituye un rubro autónomo del daño material y moral, la cabal comprensión de su significado e importancia por la jurisprudencia, ha servido para redimensionar con justicia la indemnización a acordar por estos últimos conceptos.

El concepto de reparación integral del daño a la persona, supone la consagración en sede interna de los siguientes derechos, previstos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

▲ **Derecho a la integridad personal.** Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Adviértase que la reparación

del Código Civil implica no sólo la reparación íntegra del daño físico sino de la secuela psíquica de dicha dolencia y de la reparación del agravio moral (artículo 1 Convención Americana; artículo 3 de la Declaración Universal; artículo 1 de la Declaración Americana).

▲ **Protección de la honra y de la dignidad.** Con este concepto se vincula el concepto de daño moral, pero también la idea de reparación de la frustración de los hábitos de vida cotidianos de la víctima o de sus proyectos existenciales de carácter no patrimonial, su actividad cultural (aptitud de producir y gozar la cultura), su pasatiempo, la práctica de deportes; todos éstos, ámbitos de la autonomía de la persona limitados por el infaturo y cuya reparación es atendida por la indemnización de daño a la persona del derecho civil (artículo V de la Declaración Americana; artículo 10 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 11 de la Convención Americana).

▲ **Protección del nivel de vida adecuado.** La idea de la reparación civil por la pérdida de la capacidad de generar ganancia se vincula al mantenimiento del nivel de vida de la víctima y su grupo familiar anterior al hecho ilícito (artículo 25 de la Declaración Universal; artículo XIV de la Declaración Americana; artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

▲ **Protección de la familia.** La idea de reparación civil siempre tiene en cuenta la protección económica y de la dignidad de la familia de la víctima, ya sea como víctima indirecta del hecho, o directa en caso de daño mortal (artículo VI de la Declaración Americana; artículo 16.3 de la Declaración Universal; artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 17 de la Convención Americana).

▲ **Derecho a la propiedad privada.** La reparación se vincula con la conservación del patrimonio de la víctima y su grupo familiar, además de cuantificar monetariamente la lesión de un amplio cúmulo de intereses no sólo materiales aunque comprendidos en el concepto de propiedad. La reparación íntegra del daño del derecho civil se ajusta a la idea consagrada en el DIDH de que nadie puede ser privado de sus bienes (incluido en el concepto el potencial de trabajo) sin una indemnización justa (artículo XXIII de la Declaración Americana, artículo 17 de la Declaración Universal; artículo 21 de la Convención Americana).

Desde el punto de vista procedimental, la existencia de dos vías judiciales optativas de reparación del daño impartaba la consagración en sede interna de los siguientes derechos:

▲ **Acceso a la justicia y recurso efectivo.** La consagración de los principios anteriores supone además la existencia de un aparato jurisdiccional y de un sistema procesal apto para hacer efectivo la reparación; de lo contrario, la proclamación de estos principios no pasa de una simple expresión de deseos. (artículos 8 y 9 Declaración Universal; artículo XXV Declaración Americana; artículo 2.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 25 de la Convención Americana).

▲ **Jurisdiccionalidad de la determinación de los derechos y obligaciones civiles o laborales.** El sistema derogado consagraba claramente este principio, ya que la competencia para entender ante reclamos de reparación por daños correspondía a los tribunales judiciales. Si bien existía una régimen administrativo de determinación de la indemnización por la acción especial resultaba optativo para el trabajador accidentado (artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8.1. de la Convención Americana).

El artículo 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo supone un trato discriminatorio hacia los trabajadores dependientes y sus derechohabientes en tanto limita el goce o la extensión de los derechos enumerados, basándose exclusivamente en una distinción irrazonable y fundada en categorías vedadas como criterios de diferenciación por las normas internacionales de derechos humanos. Desarrollaremos esta afirmación en el próximo parágrafo.

El artículo 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo como norma discriminatoria para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Igualdad de trato y prohibición de discriminación

El planteo de discriminación se vincula en este punto con el trato diferente impuesto por la norma a los trabajadores dependientes y sus derechohabientes, en relación al resto de los ciudadanos; diferencia que se produce ante la eliminación del derecho anteriormente otorgado, de reclamar a sus empleadores, en

tanto personas físicas o jurídicas civilmente responsables, la indemnización integral por daño a la persona del Código Civil. La cuestión debe en consecuencia analizarse a partir de los principios y estándares internacionales sobre igualdad de trato y prohibición de discriminación. El principio de igualdad de trato y su correlato, la prohibición de discriminación, se encuentran establecidas en las siguientes normas de Derecho Internacional.

Declaración Universal

Artículo 2. 1. **Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.**

Artículo 7. **Todos 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.**

Declaración Americana

Artículo 2. **Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.**

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 2.1. **Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, 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 social.**

Artículo 3. **Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.**

Artículo 26. **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.**

Convención Americana

Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a **respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, 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 social.**

Artículo 24. **Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.**

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

Artículo 2.2. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a **garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**

El principio de igualdad de las personas y la consecuente ilegitimidad de la discriminación es uno de los principios trascendentales del derecho internacional de los derechos humanos. Los principales tratados y declaraciones sobre derechos humanos reservan, como vimos, un lugar especial a dicho principio. Existen además, un número importante de instrumentos que prohíben específicamente uno u otro tipo de discriminación. Dentro de ellos están, la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial, de 1965; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (ambas incorporadas con jerarquía constitucional artículo 75 inciso 22, 2º párrafo); la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, de 1981; los Convenios 100 y 101 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre igualdad de remuneración y igualdad de trato en el empleo

y ocupación (ambos ratificados por la Nación y con jerarquía superior a las leyes conforme el artículo 75 inciso 22, 1º párrafo); y el Convenio de la UNESCO relativo a la lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza, de 1960.

Si bien los instrumentos cuyos artículos transcribimos y que constituyen el principal marco de referencia no contienen una definición del término discriminación, otros instrumentos internacionales llenan ese vacío. La Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial define a la discriminación como: "Todo distinción, exclusión, restricción o preferencia, que tenga 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 personas en razón de su raza".

El artículo 1 de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones reitera esa definición textualmente, en su parte pertinente, y el artículo 1 párrafo 1, apartado a) del Convenio 111 de la OIT, también se expresa en términos similares al definir el concepto de discriminación en relación a la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. Se ha sostenido que "el empleo de la misma definición en tantos instrumentos importantes tiende a consagrarla como definitiva a efectos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos"¹⁵.

En relación a los elementos que distinguen un trato "diferente" de uno "discriminatorio", la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció de la siguiente forma: "... por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana.... Existen, en efecto, ciertas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situación contraríen la justicia. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discrimina-

¹⁵ O'Donnell, Daniel. 1989. "Protección Internacional de los Derechos Humanos" en: *Comisión Andina de Juristas*, p. 373.

ción en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresan de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que en alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana¹⁶.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su importante sentencia sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica se ha pronunciado en relación al contenido del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, inspirado en la cláusula antidiscriminatoria del artículo 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En tal pronunciamiento el Tribunal Europeo sostiene en relación al concepto de discriminación: "El Tribunal, siguiendo los principios que derivan de la práctica judicial de un gran número de Estados democráticos, es de la opinión de que se viola la igualdad de trato si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La exigencia de tal justificación debe valorarse en relación a los fines y los objetivos de la medida tomada en consideración, teniendo en cuenta los principios prevalecientes en las sociedades democráticas. Una distinción de tratamiento en el ejercicio de un derecho afirmado en la Convención no debe perseguir sólo un fin legítimo, sino que el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece con claridad que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre el fin y los medios empleados".

El Tribunal Europeo sostuvo además en este caso el principio de que el artículo 14 no tiene una existencia independiente sino que se refiere al carácter discriminatorio con el que se pueden regular los derechos y libertades establecidos en la Convención. Según esto, el artículo 14 debe ser interpretado como si formase parte integrante de todos y cada uno de los artículos que consagran derechos y libertades, limitando en este punto el lógico margen de apreciación que corresponde a los Estados en el desarrollo de aquéllas. Sostuvo en conse-

¹⁶ C.I.D.H., Opinión Consultiva OC4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionado con la Normalización, párrafos 56 y 57.

cuencia: "Si esta garantía carece de una existencia independiente, en el sentido que se refiere únicamente a los derechos y libertades reconocidos en la Convención, sin embargo, una medida que de por sí fuera conforme a las exigencias del artículo que consagra el derecho a la libertad en cuestión, puede, sin embargo, llegar a contravenir tal artículo, al combinarse con el artículo 14, por el hecho que aquella tiene un carácter discriminatorio"¹⁷.

Respecto a como juega el principio de no discriminación en relación al resto de los derechos el Tribunal Europeo tuvo nueva oportunidad de expedirse en el caso Airey del 9 de octubre de 1979. En tal caso sostuvo: "El artículo 14 no tiene una existencia independiente, constituye una condición específica (no discriminación) de los demás derechos salvaguardados por el Convenio. Los artículos que consagran esos derechos pueden ser violados solos y/o en relación con el artículo 14. Sin embargo no será generalmente requerido el examen del segundo supuesto si el Tribunal encuentra que ha existido violación de aquéllos considerados separadamente; sólo se procederá a éste cuando la discriminación constituya un aspecto fundamental del caso"¹⁸.

A partir de las normas citadas y los pronunciamientos de los máximos órganos del sistema interamericano y europeo, corresponde precisar qué elementos se requieren en un caso, para que el principio de igualdad de las personas resulte vulnerado.

Elementos que integran el análisis de la igualdad de trato

Como vimos, existen por lo menos tres elementos que deben analizarse en relación a la posible vulneración del principio de igualdad de trato:

- I. *Los supuestos de hecho comparables;*
- II. *La valoración de la razón de ser de la diferencia de tratamiento jurídica, y*
- III. *La razonable adecuación de la medida diferenciadora en relación con los fines que se persiguen a través de ella.*

¹⁷ El asunto de fondo era el tratamiento menos favorable de las escuelas francófonas en la región flamenca belga. Texto de la sentencia (del 23 de julio de 1968) en: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia*. Madrid, BJC, 1985, p. 91 y ss.

¹⁸ Apartado 30, cita el precedente del caso *Macfar*.

1. El análisis de los supuestos de hecho nos remite al sentido relacional y relativo del concepto de igualdad. El presupuesto inicial es que debe existir igualdad de situaciones entre la persona que se considera víctima de la discriminación y otra u otras que se señalan como término de comparación. Sin embargo, queda la cuestión de que cualquier supuesto de hecho es susceptible de entrar en comparación con otro, pues siempre será posible hallar factores comunes y por ello la mera comparación de supuestos puede conducir al absurdo y al subjetivismo propio de toda comparación abstracta. Debe existir algo más que tener en cuenta a la hora de realizar la comparación, y ese algo más es saber qué debe compararse y sobre todo para qué debe compararse. La finalidad de la diferenciación no ha de servir como se verá sólo para justificar la diferenciación misma y sus consecuencias, sino que es un valioso elemento para determinar qué circunstancias concretas diferenciales de los supuestos de hecho deben prevalecer.

En definitiva, es el fin de la medida o norma diferenciadora el que determina qué circunstancias de hecho en cada situación comparada, resultan relevantes. Pueden existir entre dos situaciones analizadas diferencias reales pero que resultan irrelevantes en relación al fin de la norma, lo que impediría tratarlas como situaciones diferentes, o por el contrario pueden existir entre dos situaciones analizadas elementos comunes pero que resulten irrelevantes al fin de la norma, lo que vedaría tratarlos como situaciones iguales.

A ello se refiere la citada OC-4 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostiene: “De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma”.

Teniendo presente lo anterior serían contrarias al principio de igualdad tanto las normas que injustificadamente anudan consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente iguales, cuanto aquellas otras normas que consiguen el mismo resultado (el tratamiento diferenciado ilegítimo) mediante la consideración como diferente de supuestos de hecho iguales, sin proporcionar fundamentación adecuada para la diferenciación de supuestos, es decir, sin que la razón condicionante de la distinción tenga “relevancia jurídica” para el cum-

plimiento de los fines perseguidos por el legislador¹⁹.

Resulta ilustrativo en relación a este tema la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español al realizar la interpretación del artículo 14 de la Constitución Española cuyo texto es similar al artículo 2 de la Declaración Universal; el artículo 2 de la Declaración Americana; al artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al 1 de la Convención Americana.

En tal sentido la jurisprudencia del mencionado Tribunal se inclina por la comparación "valorativa", finalista, de los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo de otro haya de considerarse "falta de un fundamento racional por no ser tal efecto diferencial necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador (STC, 103/1983, del 22 de noviembre - BOE del 14 de diciembre-FJ 3). Más claramente aún, puntualizo el fallo del STC 49/1982 del 14 de julio - BOE del 4 de agosto-FJ 2, que "para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente admitidos", de ahí que el legislador no pueda "establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en las normas"²⁰.

II. Si los supuestos de hecho están legitimamente diferenciados, en atención al fin perseguido por la norma, es usual considerar que el segundo punto clave para juzgar la adecuación del contenido de una ley al principio de igualdad es el análisis de las consecuencias jurídicas distintas que el legislador deriva de la desigualdad de los supuestos de hecho. Debe examinarse valorativamente, en consecuencia, la legitimidad del fin perseguido por la norma. La legitimidad del fin debe vincularse desde luego, con la propia constitución y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La OC 4 /84 CIDH, establece que los

19 Ver Rodríguez Piñero, Miguel y Fernandes López, María Fernanda. 1986. *Igualdad y Discriminación*. Madrid, Tecnos, p. 60.

20 Sentencia 83/1984 del 24 de junio - BOE del 24 de agosto-FJ 3. Citados por Rodríguez Piñero, Miguel y Fernandes López, María Fernanda. Op. cit., p. 59, nota 79.

objetivos de la norma, no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que en alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

El análisis de este elemento no se limita a los objetivos fijados en la norma, sino a los fines o motivaciones del legislador expresados en las Exposiciones de Motivos, y se extiende a las consecuencias directas de la norma aun cuando no fueran enunciadas entre sus fines u objetivos.

Debe analizarse si las diferencias establecidas por el legislador descansan en el sistema de valores que la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagran con carácter de principios superiores de ordenamiento jurídico.

III. Por último, aún existiendo situaciones de hecho legítimamente diferenciadas, resta analizar si la medida o razón diferenciadora guarda adecuada o razonable proporción con el fin legítimo que invoca. El juicio de razonable proporción es un juicio que se adentra en el carácter instrumental de la medida o razón diferenciadora y la confronta directamente con el objeto o propósito enunciado, tal como lo sostiene el Tribunal Europeo, sin delegar exclusividad este juicio a los órganos políticos de los Estados Nacionales.

Prohibición de discriminación expresa

Además del principio de igualdad de trato y como una específica tutela de éste, las normas transcritas de los Tratados y Declaraciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contienen en la enumeración expresa de un elenco de calificaciones subjetivas: sexo, raza, color, idioma, origen nacional, posición económica, opinión política, condición personal o social, que se encuentran expresamente vedadas como factor o razón de diferenciación en el tratamiento de la ley. La enumeración de estos criterios expresos se vincula en el DIDH con el concepto de tutela antidiscriminatoria y parte del reconocimiento histórico de la situación desfavorable de ciertos grupos humanos o de la caracterización como odiosas o repugnantes a los valores del derecho de ciertas y concretas prácticas discriminatorias.

La prohibición de discriminación 'contra' es así una reacción contra una

violación cualificada de la igualdad, pero que, con o sin significado autónomo propio, va más allá del juego de la prohibición de desigualdades irrazonables de trato y tiende a eliminar e impedir diferencias 'contra' el individuo por sus caracteres innatos a por su pertenencia a categorías o grupos sociales específicos. La tutela internacional frente a la discriminación responde así tanto a la injusticia del criterio de diferenciación adoptado como al resultado social que se derivaría de la admisión de discriminaciones. La diferenciación de trato que se califica como discriminatoria presupone, en el plano social, una 'victimización', una marginación, una cierta exclusión social, que no sólo contradice la igual dignidad entre los hombres, sino que también produce una inestabilidad social al construir una sociedad sobre bases injustas, y ello se recuerda en los Preámbulos de los pactos, al vincular la tutela antidiscriminatoria con la paz a través de un orden social justo²¹.

Cuando la norma trata diferente en función de alguno de los factores enumerados en la norma en relación a la prohibición expresa de discriminación, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora. Esta presunción de ilegitimidad de la medida diferenciadora ha sido sostenida en sede internacional a partir de una reiterada y tradicional jurisprudencia de numerosos Tribunales Europeos. En tal sentido la doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana partió de la prohibición específica de discriminación que se contiene en el propio artículo 3.1. de la Constitución Italiana entendida como elenco de calificaciones subjetivas vedadas como elementos de distinción o diferenciación (sexo, raza, lengua, religión). Como la propia Constitución contiene mandatos específicos que proscriben tener en cuenta estas distinciones vino a concluirse que la prohibición específica de operar distinciones en base a estos datos, si bien no podía interpretarse como una partición absoluta de trato, actuaba como una presunción de irracionalidad de ciertas prohibiciones²².

El Tribunal Constitucional Español ha sido consciente de que, en su lectura unitaria del artículo 14, no podía llevar a sus últimas consecuencias la equiparación teórica entre igualdad genérica y la prohibición de discriminaciones concretas.

²¹ Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda. Op. cit., p. 111.

²² Ver: Barbero, Amato. 1984. *Manuale di Diritto Pubblico*. Il Mulino, p. 308.

A la hora de enjuiciar la razonabilidad del factor diferenciador no ha podido prescindir de que ese factor sea precisamente uno de los expresamente incluidos en el elenco del artículo 14 de la Constitución. Así se dice que en el artículo 14 de la Constitución Española existe una "interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos [nacimiento, raza, sexo, condición social] que el precepto expresamente menciona" (STC 83/1984 del 24 de julio -BOE del 14 de agosto- FJ 5), y ello, por lo menos, debe implicar que, si se emplean esos factores como criterios de diferenciación de trato, esa diferenciación sea especialmente "sospechosa" de inconstitucionalidad por lo que habrá de examinarse con más rigor su razonabilidad. Esta justificación más estricta, este mayor rigor en el tratamiento de la desigualdad derivada de algunas de las diferenciaciones contenidas en el artículo 14, emerge esporádicamente en las decisiones del Tribunal Constitucional Español, traduciéndose lógicamente en un "endurecimiento" del control de constitucionalidad, y así, la alegación de que el factor diferenciador ha sido uno de los mencionados en el artículo 14 olivia al recurrente la carga de demostrar la "relevancia" constitucional de la desigualdad (Sentencia del STC 59/1982, del 28 de julio -BOE del 18 de agosto- FJ 3; Sentencia 34/1984, del 9 de marzo -BOE del 3 de abril- FJ 2; Sentencia 63/1984, del 21 de mayo -BOE del 19 de junio- FJ 4). Otra consecuencia de que el factor diferencial esté expresamente prohibido afectaría en el derecho español a la "carga de la prueba" cuyo inversión opera cada vez más matizadamente en los casos de desigualdad de trato. Tal carga se torna aun más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta (Sentencia STC 81/1982, del 21 de diciembre -BOE del 15 de enero de 1983- FJ 2).

El análisis de los precedentes internacionales resulta de vital importancia en el caso, pues la reforma constitucional de 1994 al incorporar con jerarquía constitucional las Declaraciones y Pactos mencionados, consagra expresamente en nuestro derecho constitucional un elenco de calificaciones subjetivas que vedan establecer regímenes jurídicos que supongan un tratamiento diferenciado de los ciudadanos, no sólo cuando la distinción no esté justificada por una diferencia objetiva de situación o no sea conforme a la finalidad de la ley, sino también cuando dicha distinción sea de los expresamente prohibidos (raza, sexo, condición social, posición económica entre otros). En estos últimos supuestos y en

concordancia con la jurisprudencia internacional mencionada, el control de constitucionalidad de la norma debe ser mucho más estricto, existiendo una presunción de ilegitimidad de la norma que diferencia en función de los factores expresamente prohibidos.

Análisis del artículo 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo como norma discriminatoria

En relación a las cuestiones a analizar y partiendo del contenido de los conceptos de igualdad y discriminación antes enunciados, corresponde puntualizar las siguientes conclusiones:

1. La norma discrimina en relación a un factor de los expresamente vedados en el DIDH: *la posición económica y condición social de la víctima del daño*, para el caso, su calidad de trabajador dependiente (artículo 2.1. de la Declaración Universal; artículo 1.1. Convención Americana; artículo 2.1. y artículo 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 2.2. del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales). La norma no diferencia entre situaciones de hecho realmente distintas para adjudicar consecuencias jurídicas distintas, sino que distingue entre una y otra víctima de un hecho ilícito en función de su posición económica y condición social y en perjuicio de quien reviste la calidad de trabajador dependiente. El término condición social refiere la situación relacional de un individuo que integra o pertenece a un colectivo o grupo en posición desfavorable respecto a otros, diferencia que debe ser eliminada. En esta línea resulta bastante esclarecedora la utilización, en la versión inglesa de la Declaración Universal, del término: "status" al referirse a estas situaciones, ya que su significado es bastante más rotundo que el de la expresión francesa "situation sociale", como denominación de la "situación que ocupa un persona en la sociedad", posición que, cuando es sistemáticamente desfavorable y está condicionada por la pertenencia a un grupo de seres humanos cualificados por un determinado factor, integra el supuesto de discriminación²³.

Estas posibles condiciones o circunstancias personales o sociales pueden ser, por de pronto, algunas de las que se mencionan de forma expresa en los instrumentos internacionales, tales como el "origen social", la "fortuna", la "condición

23 Barré, 1984. *La discrimination dans le Droit International du Travail*, Lyon, Teis, p. 78.

social", el "status económico". Todos estos elementos tienden a conseguir que las diferencias sociales, producto de la estratificación social, no se conviertan en desventaja de trato para los que se sitúan en las posiciones menos favorecidas.

El carácter de trabajador dependiente, y la calidad de familiar o derechohabiente de un trabajador dependiente, más allá de constituir ambas nociones, elaboraciones jurídicas, se vinculan a la idea de condición social, status económico, u origen social consagrada en las normas internacionales citadas, pues tienen un significado en el plano social, identifican a un determinado sector o grupo que ocupa una determinada posición en la sociedad. La condición de trabajador asalariado ha sido reconocida por el derecho a partir de su existencia como categoría social y fue precisamente el reconocimiento de su posición económica desfavorable el fundamento histórico de la legislación especial que compone la rama autónoma del Derecho del Trabajo.

En consecuencia la norma impugnada, distingue en el régimen jurídico aplicable a distintos ciudadanos en idénticas o equiparables situaciones, en función de su condición u origen social o status económico. Esto significa que ante un infortunio idéntico, la medida de la reparación y el sistema procedimental para hacerla efectiva, serán distintos para un trabajador dependiente y para quien no lo es, todo ello en perjuicio del trabajador dependiente.

En relación a la alegación, para justificar una diferencia de trato, de factores de diferenciación expresamente vedados, el Tribunal Europeo se pronunció en el caso de *Irlanda contra Reino Unido*, sentencia del 18 de enero de 1978, en el que se analizaba el carácter discriminatorio de diferencias en el trato de prisioneros del IRA y los terroristas "leales" protestantes. En dicho fallo, aunque la mayoría rechazó la existencia de discriminación, el juez Matscher afirmó que, si hay discriminación cuando no existen motivos objetivos y razonables que justifiquen diferencia de trato, con mayor razón cuando el distinto trato se explica por algunos de los criterios que se enuncian en el artículo 14 del Convenio Europeo.

En el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* del Tribunal Europeo, sentencia del 25 de mayo de 1985, se planteó de forma indirecta una discriminación en razón de raza, nacimiento y sexo en la legislación de inmigración británica, que concede ciertos derechos de entrada a las mujeres de inmigrantes que se negaban a las esposas de las mujeres inmigrantes; medidas que afectaban, sobre todo, a inmigrantes de procedencia india. El Tribunal sostuvo que: "Se puede

destacar que la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye hoy un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa"; y de ello extrae que: "sólo razones muy fuertes podrían llevar a estimar compatible con el Convenio una distinción fundada en el sexo".

Como ha sostenido en relación al fallo Alonso García, el Tribunal se mueve en la línea de la sustitución del criterio de mera racionalidad (*rational scrutiny*) por "unas muchas más tajantes (*strict scrutiny*), en el que el fin de la norma debe ser superior al valor constitucional que la igualdad de raza, sexo, y otros factores de discriminación expresamente prohibidos suponen"²⁴.

En relación a la presunción de ilegitimidad y a la inversión de la carga de la prueba en el derecho constitucional europeo, fueron citados numerosos antecedentes en el punto 2.1. Prohibición de Discriminación.

Como sostuvimos, la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados conduce a la necesidad de realizar un *escrutinio estricto* o un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida y el propósito de la norma y conlleva, de antemano, una *presunción de ilegitimidad* del trato diferencial acordado. Este es, en consecuencia, el punto de partida de un correcto análisis sobre la calidad discriminatoria de la norma cuestionada en este caso.

II. Como fuera dicho todo juicio de desigualdad presupone un juicio de relación de dos situaciones o supuestos. En tal juicio el legislador sólo puede diferenciar en función de circunstancias diversas relevantes (o equiparar en función de circunstancias comunes relevantes), y la relevancia o no de dichas circunstancias se valora en función del fin y de las consecuencias de la norma diferenciadora.

En el caso de autos no existen entre las situaciones de hecho jurídicamente diferenciadas, circunstancias relevantes que autoricen la discriminación. Como señalamos, ante un mismo hecho, en el que concurriera una misma fuente de daño y un mismo responsable civil, podría ocurrir que alguna víctima reciba una indemnización integral en la cual se encuentran amparados en un grado óptimo los derechos económicos y sociales antes enunciados, y otra, por su posición económica y condición social de trabajador dependiente, se vea impedida de

24 Alonso García. 1984. *La Interpretación de la Constitución*. Madrid, p. 388.

peticionar tal reparación, obteniendo un protección sensiblemente menor en el goce de esos derechos. Tal diferenciación sólo podría sostenerse a través de una sólida justificación, que de ninguna manera se produce en el caso.

Ciertamente, puede afirmarse que existen elementos que diferencian a una víctima de la otra, por ejemplo, su condición de empleado del responsable civil. Sin embargo, no puede adjudicársele a tal elemento de diferenciación mayor relevancia que al resto de los elementos idénticos que autorizan a equiparar a una y otra víctima del hecho ilícito. El análisis de relevancia de los factores de diferenciación con respecto a los factores de equiparación de dos situaciones de hecho supone una ponderación de la importancia de ambos términos de la comparación. En esta línea de ideas, no cabe ninguna duda de que es mucho más importante el factor de equiparación (vg. lesión de bienes jurídicos idénticos, protegidos por normas constitucionales y normas internacionales de derechos humanos) que el factor de diferenciación (la condición de trabajador dependiente o no). De ello se desprende que, siendo idéntica la magnitud y naturaleza de la lesión, sus consecuencias jurídicas también deberían ser idénticas. Para el caso comentado, el alcance de la reparación y las garantías judiciales para hacerla efectiva.

Acerca de la relevancia de los factores de diferenciación, resulta ilustrativo recordar el fallo del Tribunal Europeo en el caso *Marckx* del 13 de junio de 1979. En el caso se ha analizado la diferencia de trato de la filiación materna de los hijos ilegítimos respecto a los derechos familiares en Bélgica. El punto de partida del Tribunal es el de que para permitir el normal desarrollo de la vida familiar de una madre soltera y de su hijo "El Estado debe evitar cualquier discriminación basada en el nacimiento", insistiendo en que cualquier acto en principio conforme con un artículo del Convenio, pero afectado por éste y que tuviese carácter discriminatorio, supondría una violación conjuntamente de ese artículo y del artículo 14.

En el análisis del asunto el Tribunal contempla dos cuestiones, por un lado la equiparación de la familia legítima e ilegítima y por otro, la razonabilidad o no de los medios diferenciadores entre una y otra familia. Es decir se mueve entre la no discriminación en razón del nacimiento que impone la paridad de trato, y la mera igualdad de trato que obliga a establecer distinciones no arbitrarias y razonables. En función de este último principio, niega una serie de razones adu-

cidos por el Gobierno Belga en relación con la situación de los hijos de madres solteras y rechaza argumentos tales como la protección del menor, la actitud de la madre soltera o incluso el favorecimiento de la familia tradicional legal, "fin en sí mismo legítimo e incluso elogiable" pero que no justifica "la necesidad de recurrir a medidas que, como en el caso que nos ocupa, sean al mismo tiempo lesivas para la familia ilegítima o natural". Dice el Tribunal que su papel no es entrar en la equiparación de hijos legítimos e ilegítimos, en la discriminación basada en el nacimiento, sino decidir ciertos aspectos de la filiación materna ilegítima en la legislación belga en su coherencia con el texto del Convenio europeo, y al respecto estima que "la discriminación en el supuesto que nos ocupa carece de una justificación razonable y objetiva", al no encontrar "ninguna justificación objetiva y razonable para la diferencia de tratamiento jurídico, no se justifica el hecho de que el hijo ilegítimo se vea privado en sus derechos fundamentales". En consecuencia, el Tribunal no ha afirmado el principio de equiparación entre hijos legítimos e ilegítimos, limitándose a negar en abstracto la razonabilidad de la diferencia de trato entre uno y otro, por estimar que la naturaleza de la filiación, como categoría jurídica, no era un factor relevante para justificar la diferencia de trato.

En tal sentido, el precedente guarda sumo interés para este caso, pues quita relevancia a elementos de diferenciación fundados en categorías jurídicas como familia ilegítima o ilegítima en relación a una norma concreta. Sin necesidad de afirmar, insistimos, en que los hijos legítimos o ilegítimos son categorías iguales, sostiene que las diferencias no resultan relevantes como para justificar razonablemente una desigualdad en el trato jurídico concreto que analiza. Igual criterio se sostiene en este caso, en relación a la irrelevancia de la categoría jurídica de trabajador dependiente para diferenciar el trato jurídico frente al infortunio que realiza la Ley de Riesgos del Trabajo, sin necesidad de predicar que una y otra situación diferenciada resulten idénticas.

Por lo demás, el elemento de diferenciación señalado (la calidad de trabajador dependiente), en tanto constituye un factor expresamente vedado para discriminar, no puede como ya vimos, justificar por sí solo un juicio sobre diferenciación de una y otra situación comparada. El Estado soporta la carga de demostración de que existe algún otro factor de diferenciación relevante. Justamente en estos casos, en los que el factor señalado resulta *a priori* vedado por las normas

de derecho internacional de los derechos humanos, y en los que la consecuencia de la diferenciación es un perjuicio en el goce de los derechos también consagrados por las normas de derechos humanos, es donde debe exigirse al Estado una justificación sustancial de la diferencia de trato. En este sentido, la relevancia del factor de diferenciación no sólo debe juzgarse en relación a los fines de la norma sino en relación a las consecuencias de su aplicación y a la naturaleza de los derechos lesionados. La doctrina y la jurisprudencia internacional están de acuerdo en exigir al Estado una justificación estricta de aquellas diferencias de trato jurídico basadas en factores expresamente vedados²⁵.

En cuanto a la valoración de las consecuencias de la norma en relación a la justificación de los factores de diferenciación, corresponde señalar la definición de discriminación del Convenio 101 de la OIT, que expresamente menciona las consecuencias de la norma además de su objeto.

III. Aun si se considera que la situación entre uno y otra víctima es razonablemente diferenciada en función de su condición de trabajador dependiente de la que desde ya negamos resto analizar la legitimidad de la finalidad perseguida por la norma diferenciadora

La calidad de empleado dependiente o familiar de éste, no sólo es una circunstancia irrelevante para justificar la diferencia de trato, sino su invocación como elemento justificante de la diferencia de peyorativa de trato se encuentra en el derecho argentino especialmente vedado por la vigencia del principio protectorio que tiene jerarquía constitucional (artículo 14 bis de la CN).

▲ **Principio protectorio:** Si se estima que el elemento diferenciador que habilita la diferencia de trato es la existencia de una vinculación contractual de trabajo, corresponde señalar que la existencia de tal régimen legal fue creado precisamente para establecer mediante un sistema de relativos desigualdades formales un proceso de igualación de libertades real y efectiva, en favor o pro-

²⁵ Sobre la intensificación del control de validez de las razones de las preferencias simples otorgadas a determinados grupos o fracciones (aplicable, en sentido contrario, a las razones de las limitación o exclusiones peyorativas) según la naturaleza del derecho en juego, puede consultarse la obra de Sunstein: 1984 "Naked preferences and the constitution" en: *Columbia Law Review*, Noviembre, p.1727

tección de un sector social claramente desfavorecido al momento de su institución: los trabajadores asalariados.

De tal manera la apelación a la existencia de un vínculo laboral entre la víctima del daño y el responsable civil no puede servir para discriminar negativamente al trabajador accidentado, ya que importaría nada menos que contrariar los fines históricos de establecimiento de ese régimen legal diferenciada del contrato civil.

Violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por regresividad en la tutela normativa

El artículo 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo viola el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no sólo por su carácter discriminatorio, sino además, por su regresividad en relación a los derechos económicos y sociales enunciados. La ilegalidad de la norma viene dada en consecuencia, por importar una práctica regresiva del Estado en materia de goce pleno de los derechos económicos y sociales, conforme lo prohíbe expresamente el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 26 de la Convención Americana.

La progresividad de los derechos económicos y sociales es entendida comúnmente como concepto programático y no operativo. Sin embargo, el criterio de la progresividad supone algunos límites infranqueables a la actividad estatal: la obligación de no regresividad de las normas. Más allá de la remisión del concepto de progresividad a las condiciones materiales que posibilitan la efectividad de un derecho, el concepto tiene en sí mismo un sentido formal que actúa como limitación operativa de la actividad del Estado: no regresividad en la protección legal de ciertos derechos. Derecho a gozar de un nivel de vida adecuado significa también derecho a no desmejorar el nivel de vida con el que se contaba como consecuencia del nivel de protección normativa. El concepto de nivel de vida no sólo se refiere a determinadas condiciones materiales sino también a la existencia de normas jurídicas que establezcan grados de tutela adecuados. Así como la noción de discriminación implica la comparación de dos situaciones, la noción de regresividad también importa una comparación entre dos situaciones,

una anterior y otra posterior. La disminución del grado de tutela normativa resulta un claro factor de empeoramiento de las condiciones de vida y por lo tanto un factor relevante para señalar la regresividad de un determinado sistema legal.

Como se sostiene al referir los antecedentes históricos de los regímenes normativos sobre protección frente a los infortunos del trabajo (capítulo que elabora la otra comisión) el régimen de opción por la acción de derecho común derogado por el artículo 39 de la Ley de Riesgos del Trabajo imparte una clara regresión en el grado de protección de los derechos económicos y sociales amparado por el sistema de reparación integral del derecho civil. Esta regresión, excede el marco de la discrecionalidad del Estado en materia legislativa, y puede afirmarse que a la luz del artículo 2.1 del Pacto resulta ilegítimo. En efecto, como consecuencia del artículo cuestionado, algunos derechos económicos y sociales antes tutelados, dejan de serlo, o resultan ahora reconocidos en menor grado.

Sin duda una de las más urgentes preocupaciones de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos ha sido la de establecer la naturaleza no sólo de los derechos económicos, sociales y culturales de los individuos, sino de las obligaciones de los Estados en relación a ellos y a los medios legalmente definibles de su aplicación. En tal sentido la Proclamación de Teherán sostuvo: "Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de una buenas y eficientes políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social".

En la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo aprobada en 1986 (resolución 41/128 de la Asamblea General) en el párrafo 2 del artículo 6 se establece: "Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales". Agregándose: "La promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales".

El Relator Especial Sr. Danilo Türk en su Informe Definitivo a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa: "Basándose en el reconocimiento de

los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos, los autores interpretan de manera diferente el contenido real de estos derechos y el alcance de las correspondientes obligaciones de los Estados. Así, según un autor, las normas internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales: "establecen un nivel mínimo de protección y bienestar sociales cuyo logro debe ser procurado por todos los Estados, independientemente de sus sistemas o circunstancias, aún si la plena realización de los derechos de que se trata se prevé como resultado del desarrollo progresivo de las políticas nacionales, la legislación y la acción práctica".

Otro autor va más allá, afirmando que existe un "contenido básico mínimo identificable de cada derecho que no puede ser disminuido bajo pretexto de diferencias razonables permitidas. Continúa diciendo: "El hecho de que dicho contenido básico debe existir parecería una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. En otras palabras, no habría justificación para elevar una reclamación a la condición de un derecho con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene si su contenido normativo puede ser tan indeterminado que permita la posibilidad de que los que ostentan los derechos no posean ningún derecho particular a nada. Por lo tanto todo derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual deberá considerarse que un Estado Parte viola sus obligaciones"²⁶.

El proceso de establecer una interpretación más precisa y legalmente convincente de las disposiciones pertinentes del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha iniciado hace relativamente poco tiempo, después de que el Consejo Económico y Social adoptara la decisión de establecer el Comité de Expertos. Ello dio lugar a incrementar el interés en estos derechos y condujo a la adopción de los Principios de Limburgo sobre aplicación del Pacto, que ofrecen la siguiente interpretación de la obligación básica de los Estados Partes en el Pacto "de alcanzar el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos: 2.1. La obligación de alcanzar el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos exige que los Estados Partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección. Bajo ningún motivo este se deberá interpretar

²⁶ Publicado por el Consejo Económico y Social, 3 de julio de 1992, Centro de Información de Naciones Unidas.

como un derecho de los Estados de dilatar indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos. 2.2. Algunos obligaciones del Pacto requieren su aplicación inmediata y completa por parte de los Estados Partes, tales como la prohibición de discriminación enunciada en el artículo 2.2. del Pacto. 2.3. La obligación de alcanzar una realización progresiva es independiente del aumento de los recursos: dicha obligación exige que se haga un uso eficaz de los recursos disponibles. 2.4. La aplicación efectiva puede efectuarse mediante el aumento de recursos, así como por el desarrollo de los recursos de la sociedad necesarias para la realización individual de los derechos reconocidos en el Pacto”.

En consecuencia los Estados, más allá de los recursos disponibles, tienen obligaciones inmediatas y muchos de ellos independientes de esos recursos, en relación a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellas la prohibición de discriminación y la prohibición de regresividad. Como dice la regla 2.1. de los Principios de Limburgo la obligación de alcanzar el logro progresivo de la completa aplicación de los derechos exige que los Estados Partes actúen en esa dirección, y no en sentido contrario. La progresividad como fuera dicho determina un sentido a la actuación estatal, y más allá del plano de las políticas económicas y la generación de recursos que constituyen cuestiones difícilmente abordables por el derecho, impone un deber formal, operativo e inmediato, cual es el de impedir la regresividad en el grado de tutela normativa de los derechos consagrados en el Pacto, deber asimilable al de no discriminar en su goce o ejercicio.

V.5. Movilidad de las jubilaciones: no todo cambia

Sería imposible detallar aquí las innumerables cuestiones debatidas, durante 1996, en torno a los derechos de las personas jubiladas o retiradas. Hemos preferido entonces presentar uno de los aspectos más novedosos en lo que a protección de los derechos vinculados a la seguridad social durante el posado ario: la presentación de una denuncia realizada por jubilados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Organización de Estados America-



nos [OEA], exigiendo se encuentre al Estado Argentino responsable por la violación de sus derechos fundamentales²⁷.

En marzo de 1995 un grupo de jubilados, pertenecientes al Plenario Permanente de Organizaciones de Jubilados, presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. En ello se advirtió que el entonces proyecto de ley mal llamada de "Solidaridad Provisional" (que hoy ya es una ley), atentaba contra los derechos humanos de los jubilados argentinos establecido por nuestra Constitución y reconocidos por la doctrina de la Corte Suprema:

Con posterioridad se presentan Amílcar Menéndez, Juan Carlde y otros a reafirmar la denuncia. En su escrito se presentan los hechos de la siguiente forma: 1. estado de necesidad crítica de alrededor de 3 millones de jubilados, equivalente al 90% del universo total de beneficiarios; 2. indefensión social de los jubilados; 3. privación de los derechos de acceso a la justicia (futilidad de acciones judiciales); 4. propuesta y sanción de una ley limitativa de sus derechos la ley 24.463, y, 5. alteración de sus derechos a consecuencia de la transformación del sistema de jubilaciones y pensiones integrado por un régimen público de reparto solidario y uno privado de capitalización individual.

Respecto a los derechos invocados se refieren a 1. derecho a la vida (artículo 1 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 41 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos), consignando el hecho de que los jubilados no pueden por sus magros ingresos adquirir los medicamentos; 2. derecho a la salud y al bienestar (artículo XI de la Declaración), alegando que "el vestido y demás útiles de la vida cotidiana pasaron a constituir lujos imposibles de adquirir; 3. derecho a la seguridad social (artículos XVI, XXXVII y XXXV de la Declaración), afirmando que todos los firmantes de la denuncia ex-trabajadores que aportaron al Sistema de Seguridad Social entre 30 y 40 años trabajando al amparo del artículo 14 de la Constitución Nacional que garantizaba un sistema provisional integral con jubilaciones y pensiones

²⁷ Como es sabido, el trámite ante la Comisión Interamericana es confidencial; por lo tanto, no reproduciremos aquí las distintas respuestas del Gobierno Argentino ante esta instancia internacional, sino que nos limitaremos a explicar los distintos hechos y derechos denunciados por los afectados y algunas de las repercusiones de esta causa internacional.

móviles con autonomía económica y financiera de los recursos que se fusionan con el presupuesto nacional; 4. derecho a la justicia (artículo XVIII de la Declaración y 8 y 25 de la Convención), consignando la derogación de todos los principios procesales de procedimiento laboral (gratuidad de procedimiento, impugnación de oficio, in dubio pro operario) y la creación de una triple instancia de naturaleza dilatoria; 5. derecho a la propiedad privada (artículo XXIII de la Declaración y 21.2 de la Convención), entendiéndose que se consideraran adquiridos e ingresados al patrimonio los derechos adquiridos por sentencia firme.

En agosto del '96 se suma la denuncia de Vittorio Orsi y Roberto Balciunas que en lo sustancial nada agrega a las denuncias ya citadas, pero a través de la cual se ve como las causas acumuladas en la Corte Suprema sin resolución ya pasan de ser 50.000 a ser 59.000, siendo algunas de ellas anteriores a diciembre de 1992.

En octubre de 1996 interviene Jorge Luis Maiorano, Defensor del Pueblo de la República Argentina. En un largo escrito en el que se expone extensamente sobre la legitimación que le corresponde para actuar en nombre de los jubilados damnificados, consigna que "en el presente caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina omite pronunciarse tras largo período de tiempo en los recursos extraordinario deducidos por la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES)", configurando ello una violación a un derecho constitucional y de la Convención Interamericana, previsto en el artículo 25.1 en la medida que la violación u omisión de pronunciamiento se ha producido por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

Para el Defensor del Pueblo es claro que en este caso existe una denegatoria de justicia, lo cual reviste gravedad institucional, circunstancia esta "aggravada por el hecho que los actores son en su gran mayoría personas de edad avanzada". Finalmente habla del agotamiento de los recursos internos, requisito que considera "suficiente y absolutamente cumplido". La presentación de Maiorano reviste una importancia institucional inusual, en la medida en que, por primera vez, el Ombudsman de un país de América Latina se presenta ante una instancia internacional para denunciar una violación a los derechos humanos cometida por el mismo Estado del que es parte. Esto generó un interesantísimo debate, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, respecto a la legitimación de un funcionario público para denuncia a su mismo Estado.

La cantidad de casos y la acumulación de denuncias que se realizan ante la Comisión determinan entonces que sean diversas las cuestiones de hecho que se discuten en la arena internacional:

Por un lado, está el caso de aquellas personas que, después de haber estado cobrando durante muchos años una mensualidad muy inferior a la debida a tenor de sus aportes realizados durante toda su vida, se decidieron a iniciar acciones legales para el cobro del total de su jubilación. Después de un interminable recorrido judicial, obtuvieron una sentencia a su favor de la Corte Suprema. Sin embargo, una ley del Poder Ejecutivo determinó que, a pesar de la decisión judicial a su favor, el pago de la deuda del Estado para con estos jubilados quedaría congelado. Este grupo de personas, entonces, exigía el cumplimiento de lo dictaminado por la Corte Suprema.

Otro grupo de afectados estaba constituido por aquellas personas que, habiendo realizado el mismo trámite que los del grupo anterior, desde hacía hasta cuatro años estaban esperando que la Corte Suprema decidiera su situación a partir de la nueva legislación vigente, la que había sido tachada de inconstitucionalidad por los denunciantes y por un numeroso grupo de jueces inferiores. Lo que este grupo reclamaba era una urgente decisión del máximo tribunal que, obviamente, fuere respetuosa de sus derechos.

Finalmente, existían otros reclamos, vinculados con la nueva ley y el penoso trámite judicial al que se condenaba a los jubilados si es que estos querían discutir el monto de sus jubilaciones: en la nueva legislación se diseñaba un laberinto tribunalicio sin salida para aquellas que después de trabajar durante décadas, querían aspirar ahora a cobrar sus jubilaciones o pensiones. Había también otras situaciones, vinculadas con reclamos a los que no se les daba trámite debido a que los tribunales que la ley establecía nunca fueron inaugurados. En cualquier caso, a esa altura del procedimiento los denuncias se acumulaban en una situación global que exigía también una respuesta oficial.

Con posterioridad a los comentarios del Estado Nacional, y por iniciativa de la propia Comisión, se realizó una audiencia entre las partes, la que tuvo lugar en la ciudad de Washington DC, en el mes de octubre de 1996. Para el momento de realizarse la audiencia, había varios denunciantes: el Plenario Permanente de Organizaciones de Jubilados, patrocinados por los doctores Horacio González, Sergio Bobrovsky y Pablo Knopoff, y por la organización internacional no guber-

namental Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) con sede en Washington DC; el Sr. Vittorio Orsi, patrocinado por un estudio jurídico de esa misma ciudad, y el Defensor del Pueblo de la Nación -quien presentó su denuncia casi simultáneamente a la realización de la audiencia, razón por la cual no había sido invitada anteriormente a participar.

La realización de esta audiencia en Washington tuvo un singular impacto en Buenos Aires, donde todos los medios de prensa prestaron especial atención al debate en sede internacional en torno a los derechos humanos de los jubilados. La publicidad de la causa internacional, así, rápidamente tuvo su impacto en el ámbito local. Más allá de otras cuestiones de naturaleza técnica específica, en esta ocasión se destacaron las violaciones al derecho a acceder a la justicia y al debido proceso (artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que eran producto de la política gubernamental en torno a los jubilados.

Los representantes de los jubilados, al contestar el traslado del Gobierno Argentino, reiteraron sus denuncias originales, a las que sumaron abundante documentación que demostraba la situación de desprotección actual de cientos de miles de jubilados.

Los denunciantes afirman que la ley 24.463 es “un modelo insolidario e injusto, incompatible con la vigencia de la constitución y los tratados internacionales. Al suprimir el concepto constitucional de movilidad, suspender la vigencia del derecho de propiedad y las garantías judiciales de los jubilados”.

Si se tiene en cuenta que la seguridad social se financia, en buena medida con contribuciones patronales y se advierte que la política económica explicada es bajar y llegar a suprimir estas contribuciones, para que no incidan en el costo final del precio de los productos, se advierte rápidamente las razones para la violación de la ley y de los derechos humanos de los jubilados.

La ley 24.241 al igual que su antecesora la ley 18.037, afirman los abogados, fija los porcentuales de aportes y contribuciones, pero en el artículo 188 otorga al Poder Ejecutivo la facultad de disminuirlos únicamente en la medida que fueron efectivamente compensadas con incrementos en la recaudación o con aportes del tesoro. El Poder Ejecutivo haciendo uso de esta facultad dictó una serie de decretos que fueron paulatinamente desfinanciando el sistema previsional y el conjunto de los sistemas de seguridad social, de forma tal que el porcentual

de rebajo de la contribución patronal oscila entre el 30 y el 80%, aumentando el aporte de los trabajadores (de 10 a 11%).

La Ley de Solidaridad Previsional vulnera la Constitución Nacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en tanto iguala a los jubilados y pensionados de los regímenes anteriores como a los posteriores y para ambos dictan artículos que alteran la responsabilidad del Estado para ambas prestaciones, limitándolas a las sumas que establece el presupuesto, y como si esto fuera poco el Estado se declara inembargable. Procediendo a efectuar un retroceso a los tiempos donde el salario se reclamaba en igualdad de condiciones con el deudor, pues los legisladores parecen haber perdido la noción de a quién reclama es un extrabajador y lo que reclama es una prestación de naturaleza alimentaria. Fiso se verifica al establecer entre otras cuestiones que en todos los casos "las costas serán por su orden" (artículo 21) y la aludida cuádruple instancia.

Con fecha 27 de diciembre de 1996, la Corte Suprema de la Nación, urgida por la presión nacional para resolver los miles de casos que esperaban una sentencia del más alto tribunal en relación con la situación de los jubilados (presión a la que se sumaba ahora la presión internacional, producto de la denuncia y la audiencia que estamos explicando), decidió el caso *Chacobar Sixto s/ reajustes por movilidad*, que de ninguna manera resuelve los denuncias realizados.

Después de la larga espera a la que sometiera el más alto tribunal a la clase pasiva, la Corte Suprema finalmente resolvió en un teñido decisión de cinco votos contra cuatro que corresponde actualizar los haberes jubilatorios de acuerdo a un índice del 13,78 %, es decir, un índice que está muy por debajo del reclamado.

Por otra parte, además de desconocer el derecho al legítimo reajuste de los presentantes, la decisión tampoco dio solución a las restantes cuestiones denunciadas, ya que no dispone la forma y el tiempo de pago de los haberes adeudados.

La voluntad del Gobierno Argentino queda claramente expuesta en la Ley de Presupuesto Nacional para 1997, donde se consigna la exígua cifra de 20 millones de pesos para hacer frente a las obligaciones previsionales.

Es importante señalar que el voto de la minoría compuesto por cuatro de los nueve miembros del Tribunal realiza una adecuada interpretación de la normativa nacional e internacional aplicable al caso.

Las objeciones, entonces, que esta decisión merece, son de diverso tenor.

▲ En primer lugar, es necesario tener presente que para algunos jubilados, esta decisión significa la confirmación de la violación de sus más elementales derechos de acceder a la justicia. Es el caso de quienes, por tener actualmente menos de 76 años de edad, deberán seguir esperando para poder hacer efectiva la decisión judicial que oportunamente les reconociera la deuda del Estado a su favor. Se ha decidido que sólo se pagará a aquellas personas que estén por encima de los 76 años de edad, puesto que sólo a ellos se les puede pagar con los 20 millones de pesos destinados en el presupuesto. Por lo tanto, quienes aún no han llegado a esa edad, deberán seguir esperando para que el Estado les pague la cifra que ese mismo Estado reconoció, hace ya largo tiempo, que les adeudaba, perpetuándose así la ya denunciada violación al artículo 25 de la Convención.

▲ Para aquellos jubilados mayores de 76 años que tienen una sentencia firme a su favor, esta decisión significa que podrán cobrar. Sin embargo, no se aclara cómo ni, lo que es más grave, cuánto: no se sabe aún si estas personas cobrarán el monto determinado en las decisiones con cosa juzgada a su favor o si, por el contrario, verán recortados sus derechos adquiridos aplicándoseles el nuevo criterio determinado por la Corte. Si esto fuera así, cobrarían entonces mucho menos que aquello que el mismo Estado reconoció que les debía y que hace años se niega a pagar, a pesar de tratarse de decisiones sobre los que debería regir el principio de cosa juzgada.

▲ Aquellos que, desde hace años, esperaban una decisión de la Corte que reconociera sus derechos -el supuesto del Sr. Chacobar-, encuentran ahora, después del extenso proceso al que tuvieron que hacer frente, una decisión que retrotrae su reclamo a fojas cero, debiendo retornar a la Caja Nacional de Previsión para una nueva determinación de la deuda estatal, que en algún momento, esperamos, será efectivizada -siempre, claro está, por un monto mucho menor al que oportunamente les reconociera la misma Caja-. Sin embargo, es sumamente difícil que estas personas puedan cobrar sus deudas en un corto plazo, teniendo en cuenta los trámites judiciales que tienen por delante y los escasos montos presupuestados para hacer frente a estas obligaciones.

Como surge de lo expuesto en estos tres puntos, esta decisión de ningún modo significa el fin de un camino sino que, por el contrario, constituye un nuevo

obstáculo en el trayecto de los jubilados y pensionados en el efectivo goce de sus derechos.

Por otro lado, más allá de reconocer que esta decisión de ningún modo significa haber llegado al final, es importante destacar que la decisión es, en sí misma, violatoria de los más elementales derechos. En este sentido, al descartar el índice de movilidad reclamado, transformando este derecho en un índice arbitrariamente determinado, se está vulnerando un derecho fundamental.

La resolución tampoco da respuesta a muchos de las impugnaciones a la denominada Ley de Solidaridad Previsional, dejando así intacto un texto normativo o todos los casos violatorio de los más elementales principios del Estado de Derecho.

Entre otras muchas objeciones al texto de la resolución, se debe resaltar el considerando 11 del voto de la mayoría que realiza una interpretación preocupante de la normativa internacional al utilizar la letra de los textos internacionales como un argumento extra para sostener la interpretación más restrictiva de los derechos reclamados. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sujetan el cumplimiento de las obligaciones en esta materia a la capacidad material de un Estado en un momento determinado. Así, se agrega el criterio "en la medida de sus posibilidades" como una pauta de interpretación. Este criterio no está contemplado en la legislación argentina en la materia; sin embargo, la Corte Suprema apeló al texto internacional para agregar un nuevo requisito para el reconocimiento de los derechos adquiridos de los jubilados, violándose el principio universal y la regla explícita del artículo 29 de la Convención Americana "pro homine".

Como ha quedado claramente expresado en los comentarios que hemos hecho a la resolución del más alto tribunal, de ningún modo podemos concluir que tal decisión garantiza la vigencia de los derechos fundamentales para los jubilados y pensionados. Todo lo contrario. En todo caso, esta decisión sólo ha significado que, una de las más graves demostraciones de la discrecionalidad con la que se maneja el Poder Judicial en la Argentina, al retener por casi cuatro años una decisión que debía tomar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sido resuelta con una sentencia que, una vez más, desconoce los derechos adquiridos por los jubilados y pensionados.

Más allá del retiro de la denuncia realizada por el Defensor del Pueblo, quien entendió que sólo se trataba de que la Corte decidiera la cuestión, sin importarle

las consecuencias sustantivas de tal decisión, no pueden quedar dudas hoy de que las violaciones a los derechos humanos de este sector social se siguen cometiendo día tras día y así deberá seguir el trámite ante la Comisión Interamericana y otras formas de protección de derechos que pudieron ser llevadas adelante.

V.6. Otros derechos sociales: dos por uno

1. El Poder Ejecutivo, en su política de reducción de costos laborales, dictó dos decretos de necesidad y urgencia que implicaron un claro retroceso en el régimen de asignaciones familiares de la ley 18.017. El decreto 770/96 (BO: 16/7/96) excluye del régimen de asignaciones familiares, con excepción de las asignaciones por maternidad, a las personas cuya remuneración sea superior a los 1.000 pesos y el decreto 771/96 que fija los montos, requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones reguladas.

La evidente ilegalidad de las normas fue declarada por los Tribunales al entender que esos decretos, que derogaban una ley, no respondían a circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes. Se sostuvo además que los considerandos de los decretos se remiten a un Acuerdo Marco celebrado con sindicatos y empresarios el 25/7/94 por lo que no se advertía la repentina urgencia del Poder Ejecutivo Nacional²⁸.

Ante la muerte súbita de los decretos en la Justicia, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.714 (BO: 18/10/96) que deroga la ley 18.017 y los dos decretos antes mencionados, excluyendo del derecho a las asignaciones familiares, con excepción de las asignaciones por maternidad y por hijos con discapacidad, a los trabajadores que perciben una remuneración superior a 1.500 pesos. La norma, claramente regresiva, ha sido impugnada ante la Justicia sin que se haya publicado ninguna decisión al respecto al finalizar el año 1996.

²⁸ Ver entre otros Cámara Nacional del Trabajo, Sala III, agosto 29-996. "Dodon, Carlos D. C. Poder Ejecutivo Nacional" y Cámara Nacional del Trabajo, Sala IX, setiembre 16-996. "Varachi, Ezio D. c. Poder Ejecutivo Nacional. Administración Nacional de Aduanas. DT, Año LV, 1996-B, pp. 31 32/3137

2. La ley 24.700 (BO:14/10/96) siguiendo las directivas de numerosas decretos del Poder Ejecutivo (decretos 1477/89, 773/96, 848/96 y 849/96) modificó el artículo de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) estableciendo como beneficios sociales no remuneratorios, a los servicios de comedor de empresa, los vales de almuerzo, los vales alimentarios y las canastas de alimentos conforme determinados topes, la provisión de ropa de trabajo, los reintegros documentados de gastos de guardería, la provisión de útiles escolares y guardapolvos, entre otros. Se describen cuales ítems no serán consideradas prestaciones complementarias de la remuneración y se dispone la naturaleza no salarial de las sumas abonadas por suspensiones por razones económicas. Se establece una contribución patronal del 14% sobre vales alimentarios y por último, se establece que determinados beneficios sociales no podrán superar un tope del 20% de la remuneración del trabajador. Lo mencionado norma al convertir las prestaciones patronales que enuncia en no remuneratorias, le quita al trabajador los mecanismos de protección que el derecho del trabajo reserva para el salario, principalmente su intangibilidad. Estas prestaciones tampoco integrarán la base de cálculo de las indemnizaciones por despido. Si consideramos que existe una clara vinculación entre los beneficios dirigidos a mejorar por ejemplo la alimentación del trabajador, y el trabajo realizado o el servicio prestado, en virtud de un contrato de trabajo, estos beneficios, cualquiera sea el nombre que se les quiera dar, son elementos de la remuneración en el sentido del artículo 1 del Convenio 95 de la OIT (1949) de Protección del Salario. Así lo entendió la Comisión de Expertos de la OIT en el expediente Nº ACD-192 a raíz de una denuncia presentada por el Congreso de los Trabajadores Argentinos. Resta señalar que los Convenios de la OIT tienen jerarquía superior a las leyes (artículo 31 y artículo 75 inciso 22 CN) por lo que la ley sancionada por el Congreso resulta no sólo un nuevo retroceso en materia de derechos sociales, sino una evidente violación de la Constitución Nacional.

3. El Congreso de la Nación sancionó la ley 24.716 (BO 25/10/96) que otorga a la madre trabajadora en relación de dependencia el derecho a una licencia de seis meses sin goce de sueldo desde la fecha de vencimiento del período de prohibición de trabajo por maternidad, en caso de nacimiento de un hijo con *síndrome de Down*. Durante el período de la licencia la trabajadora gozará de una asignación igual a su remuneración habitual.

VI. Situación de los inmigrantes y derechos humanos

Katie Fleet. Graduada en Historia del Columbia College. Becaria Fulbright. Integrante del CELS¹.

Como señalamos en nuestro último Informe Anual, en el capítulo "Política Inmigratoria. Inmigración Real y Derechos Humanos en Argentina"², Argentina es un país constituido y construido por inmigrantes. Desde los años '50 esa inmigración ha cambiado sustancialmente, convirtiéndose de una inmigración europea en una inmigración fundamentalmente latinoamericana. Pero a pesar de ser una nación que en su Constitución se ofrece a "todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino"³, hoy la Argentina es un país restrictivo frente a la inmigración, donde los inmigrantes sufren violaciones sistemáticas a sus derechos fundamentales.

El presente capítulo intenta caracterizar los problemas de violaciones a los derechos humanos de los inmigrantes que actualmente viven en la Argentina. Describirá algunos de los problemas vinculados a la normativa migratoria y las dificultades experimentadas por inmigrantes en distintas instituciones estatales, tales como la Dirección Nacional de Migraciones, la policía, las escuelas públicas, los hospitales públicos, y en el mercado laboral. El capítulo muestra algunas falencias de la normativa que junto con la xenofobia corriente, dan lugar a y fomentan las violaciones de los derechos de los inmigrantes. Estas son violaciones a derechos de libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, privacidad, educación, salud, trabajo, no discriminación, etc.

¹ La autora agradece el apoyo de la Fundación Antorchas, la colaboración de Barbara Hines del Lawyers Committee for Civil Rights Under Law (Texas, EEUU) y especialmente, los esfuerzos de los equipos del CELS y el Servicio Ecueménico de Apoyo y Atención a Refugiados e Inmigrantes (CAREF).

² Centro de Estudios Legales y Sociales. *Informe anual sobre la situación de los Derechos Humanos en la Argentina. 1995*. Buenos Aires, CELS, 1996.

³ Preámbulo, Constitución Nacional. Santa Fe, Paraná, 1994.

Este capítulo presenta esas violaciones en relación al Derecho Nacional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalando ciertas normas y tratados que garantizan los derechos violados. Estos primeros provienen de la Constitución Nacional (CN), que en su artículo 14 ampara a todos los “habitantes” de la Argentina, concepto que incluye a inmigrantes, aún muchos indocumentados. En su artículo 20, la CN ampara especialmente a los extranjeros, otorgándoles todos los derechos civiles de que gozan los argentinos. Una protección amplia para los inmigrantes se encuentra también en el artículo 75 inciso 22, que da jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales refieren a derechos inherentes que no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado. Esos tratados hacen referencia a “toda persona,” un concepto universal que se trata, según el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de “todo ser humano.” Estos tratados afirman derechos específicos como la libertad personal, la libre circulación, el debido proceso, la educación, la salud, el trabajo, etc. y también afirman la no discriminación en cuanto a estos derechos.

VI.1. La población inmigrante y la normativa migratoria

El último censo de 1991 arroja un 5% de la población extranjera. Eso quiere decir que se registraron 1.628.210 personas nacidas fuera de Argentina; de ellos, la mitad eran de otros continentes y la mitad latinoamericanos⁴. Estas cifras oficiales, sin embargo, son mucho menores a los datos señalados por el balance de entradas y salidas del país. Esos últimos señalan que en el año 1991-92, entraron y se quedaron 1.85.877, la mayoría provenientes de países limítrofes. En un programa de regularización para inmigrantes de países limítrofes realizado entre 1992 y 1994, se radicaron 209.198 personas⁵.

Sin embargo, todas estas cifras indican totales menores a los estimados por las propias comunidades inmigrantes, que estiman totales que superan los dos

4 Instituto Nacional de Estadística y Censos. Censo Nacional de Población 1991.

5 Dirección Nacional de Migraciones. Estadísticas por decreto 1033/92 al 23/10/95.

millones y medio. Obviamente, es imposible determinar con exactitud la cantidad de inmigrantes actualmente en el país, pero de acuerdo al conjunto de los datos disponibles, se puede estimar que hoy por lo menos dos millones de inmigrantes en total y que más de un millón de ellos provienen de países limítrofes. De los limítrofes, la mayoría son bolivianos y paraguayos y en menor cantidad, chilenos y brasileños. Además, en los últimos años, se ha visto un incremento notable en el número de peruanos e inmigrantes de países asiáticos como Corea y Taiwán⁶.

La normativa migratoria actual está basada en legislación aprobada durante la dictadura militar (1976-83). La ley vigente es la 22.439, que junto a sus subsiguientes reglamentaciones de 1987 y 1994 configura una política que favorece la inmigración europea a la vez que intenta limitar la migración legal de otros países latinoamericanos. Esas normas son muy duras para los indocumentados y en eso, exceden las restricciones establecidas por normas anti-inmigrantes que en los últimos años fueron promovidas en varios países del mundo.

La ley 22.439, llamada "Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración" se sancionó el 23 de marzo de 1981 durante la mencionada dictadura militar. Esa ley se presenta como una respuesta a la falta de una política global y como un intento de actualizar y especificar las políticas migratorias. Fomenta la inmigración de "extranjeros cuyas características culturales permitan su adecuada integración a la sociedad argentina", resaltando la preferencia indicado en la Constitución Nacional, que favorece la inmigración europea⁷.

La ley establece las distintas categorías para la inmigración, distinguiendo a los inmigrantes transitorios, temporarios y permanentes. Protege directamente a las personas que entran como residentes permanentes, afirmando su goce de los derechos constitucionales, pero no hace mención a los derechos que corresponden a personas en otras condiciones, o sea, los residentes temporarios, transitorios, o ilegales.

⁶ Diario Clarín del 4 de agosto de 1996.

⁷ "El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea.." Artículo 25. Constitución Nacional. Santa Fe, Paraná, 1994.

Esta ley establece facultades muy amplias para la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), organismo dependiente del Ministerio del Interior del Poder Ejecutivo. Directamente impide que los inmigrantes ilegales trabajen y que sean alojados en el país⁸ y en su "disposiciones complementarias" refiere a procedimientos de ciertas instituciones estatales y privados en relación a los inmigrantes. Estas disposiciones no aclaran los derechos de los inmigrantes y dan lugar a grandes dosis de discrecionalidad y a muchas irregularidades serias en cuanto al trato de inmigrantes. Uno de los principales problemas son las disposiciones que contemplan la necesidad de informar a la DNM en casos de contactos con personas indocumentadas⁹. Esto implica que las autoridades de hospitales, privados o públicos, los organismos administrativos centralizados y descentralizados, y los funcionarios públicos e instituciones estatales en general tienen la obligación de informar a la DNM sobre la presencia de inmigrantes ilegales.

Estas disposiciones no se cumplen en todos los casos, pero sí en algunos. El incumplimiento protege en cierta medida a la persona indocumentada, pero como práctica corriente afecta gravemente el Estado de Derecho. El cumplimiento y el incumplimiento generan situaciones de grave irregularidad donde el goce de un derecho se basa en la discrecionalidad del funcionario. En la práctica, esto se ve, por ejemplo, en el caso de una persona ilegal que necesita hacer una denuncia ante la Policía Federal. Al hacer la denuncia, la persona está en una situación de sometimiento incondicional a la autoridad. Eso también tiene efectos que previenen la denuncia porque, con la anticipación de que se pueda informar a la DNM, la persona puede no animarse a recurrir a una comisaría. Puede también llegar a la comisaría sin lograr que se tome la denuncia. Este problema se ve también con el acceso a las escuelas, especialmente secundarias, a los hospitales y centros de salud, al Registro Civil, a escribanos públicos, e instituciones estatales, situaciones que serán tratadas más profundamente a través de este capítulo.

Estas disposiciones resultan violatorias de los derechos humanos en varios niveles. Por un lado perjudican los derechos de los inmigrantes que no pueden

⁸ Artículos 31 y 32 de ley 22.439.

⁹ Artículos 101 a 106 de ley 22.439.

acceder a ciertos servicios o que experimentan discriminación en el goce de derechos básicos. Por otro lado, las disposiciones perjudican ciertos derechos de los obligados a hacer las denuncias. Una enfermera en un hospital público o en uno privado, por ejemplo, se ve obligada a comprobar la residencia de un inmigrante y posiblemente, denunciar uno de sus pacientes a la DNM. Esto hace que la enfermera se convierta de hecho en delegada de la DNM, trabajo para el cual no está ni contratada ni capacitada y la obliga a entregar cierta información propia a otra agencia estatal.

VI.2. Actividades de la Dirección Nacional de Migraciones

A. Radicaciones

1. Procedimientos

La normativa migratoria en la Argentina es restrictiva y fomenta la ilegalidad. La entrada al país es sumamente fácil de conseguir, pero la permanencia legal mas allá de cierto plazo es dificultada por los requisitos legales, burocráticos y económicos.

La entrada al llegar a la Argentina es en general bastante sencilla. Si se trata de personas provenientes de los países limítrofes, ni siquiera se requiere un pasaporte y se otorgan visas turísticas para residencias transitorias por periodos de hasta tres meses. Aunque la normativa establece varias condiciones para la radicación, entre ellos ser religioso, estudiante, artista, deportista, empresario, etc., los requisitos más comunes son básicamente dos: 1) tener familiares directos argentinos o radicados; o 2) tener un contrato de trabajo por un plazo de un año mínimo¹⁰. Cumplidos esos requisitos, el proceso involucra la presentación de ciertos documentos personales (que suponen sumas que superan los 50 pesos), la

¹⁰ Artículo 2 del decreto 1023/95 (Reglamentación del artículo 15 de la 434/87).

presentación de un certificado de antecedentes policiales del país de origen y de Argentina (otros 60 pesos o más), un examen médico (relativamente barato) y la tasa migratoria de 200 pesos¹¹.

Desde marzo de 1996, las radicaciones se realizan principalmente a través de escribanos registrados por el Colegio de Escribanos¹². En la práctica, los escribanos funcionan como intermediarios para las presentaciones a Migraciones, armando los expedientes para los solicitantes de radicaciones. Aunque este esfuerzo evita la participación de gestores, no afecta de forma significativa la autenticidad del trámite. Los inmigrantes presentan los mismos papeles que antes y con la misma autenticidad de antes; el único cambio es que, debido a una suerte de privatización, terminan pagándole a particulares para hacer lo que antes hacía la DNM. Así, el cambio más impactante es que el costo de la radicación sube aún más. A lo ya alta suma de 200 pesos, más los costos de la gestión y legalización de documentos del país de origen, con los honorarios no regulados del escribano, se agregan entre 150 pesos y 500 pesos.

Existen eximiciones de pago para personas indigentes, pero sólo en los casos de personas que se radican a través de familiares directos argentinos o radica dos. Estas personas son eximidas tanto de la tasa migratoria como del pago al escribano público. Sin embargo, esta posibilidad no es difundida por la DNM. En muchos casos, no se les informa a las personas indigentes de esta posibilidad. Incluso, ante la consulta realizada por miembros del CELS sobre la existencia de esa eximición, la respuesta de la DNM ha sido negativa. Sin embargo, aún los que logran enterarse del proceso (principalmente a través de las instituciones no-gubernamentales que trabajan con la comunidad inmigrante) enfrentan largas esperas. En noviembre de 1996, por ejemplo, la DNM otorgaba turnos para empezar los trámites en agosto de 1997¹³.

Otro problema clave en el proceso de la radicación es el del contrato de trabajo. La DNM requiere un contrato de trabajo escrito por un período de por lo

11 Scaravelli, Volmar. "Vía Crucis del Migrante Irregular". Migración Noticias. Comisión Católica Argentina de Migraciones. Mayo, 1996. p. 15.

12 Secretaría de Población y Relaciones con la Comunidad. Resolución 286/96.

13 Esta información proviene de un caso atendido por el CELS el 8 de octubre de 1996. A través del año, el CELS ha recibido casos de personas inmigrantes, principalmente por

menos un año, acordado con un empleador que pague impuestos y aportes previsionales. Esto ocurre en un contexto en que los niveles de desocupación superan el 17% para los centros urbanos¹⁴. También, el 36% de los trabajadores revisten en calidad de trabajadores precarios (lo que cotidianamente se llama "en negro") y al nivel nacional, la evasión impositiva es moneda corriente¹⁵. Más allá de eso, los inmigrantes que vienen a la Argentina generalmente trabajan en construcción, servicio doméstico y trabajos independientes. Estos son sectores en los cuales no es común conseguir un contrato (menos por períodos largos) y en los que con los propios trabajadores argentinos, suelen ser informales en mayor proporción que en la sociedad a nivel general.

Una muestra de las deficiencias de las políticas migratorias es el hecho de que aproximadamente cada diez años se realiza un proceso extraordinario de regularización migratoria. Esto procesos generalmente implican un blanqueo para las personas que entraron antes de cierta fecha que están en una situación ilegal. El último, el decreto 1033/92, se realizó desde 1992 hasta 1994 para inmigrantes provenientes de países limítrofes y se caracterizó por amplias irregularidades, que se discutirán más adelante. Desde entonces, se han decretado otros medidas extraordinarias, primero en 1994, para los inmigrantes que provienen del Perú, y más recientemente, para los que provienen de Bolivia.

Esa última fue decretada por el Poder Ejecutivo Nacional en noviembre de 1996 en reconocimiento de la gran cantidad de indocumentados bolivianos actualmente residiendo en la Argentina. El proceso de regularización contemplado por la medida, sin embargo, tiene defectos parecidos a los de las políticas ordinarias. Requiere el pago de la tasa migratoria de 200 pesos y también la intervención de un escribano público (otros 150 a 500 pesos). El programa solamen-

referencia de organizaciones como el Servicio Ecuamónico de Apoyo y Atención a Inmigrantes y Refugiados (CAREF), la Comisión Católica Argentina de Migraciones y la Iglesia Evangélica Bautista del Centro. Nuestra atención es de carácter fundamentalmente legal, limitándose a asesorar y asistencia en situaciones de violaciones de derechos humanos. En consideración a la confidencialidad de los interesados, cuando citamos información de casos atendidos por nuestra u otras instituciones, no mencionamos los nombres. Sin embargo, señalamos las instituciones y fechas cuando esto es posible.

¹⁴ Instituto Nacional de Estadística y Censos. Encuesta Permanente de Hogares. Octubre de 1996.

¹⁵ Diario La Prensa del 29 de febrero de 1996.

le ofrece una radicación precaria por tres meses que se puede prorrogar por otros plazos de tres meses. En ese lapso, el inmigrante interesado debe conseguir un contrato laboral; de lo contrario, queda obligado a abandonar el país¹⁶.

2. Irregularidades

Las irregularidades en la DNM son históricas y tienen amplias repercusiones. Aunque la corrupción existe en distintas instituciones estatales, en la DNM es especialmente grave porque repercute sobre otras instituciones dando lugar a una sucesión de violaciones a derechos humanos; un inmigrante que no obtiene la radicación tendrá dificultades en el sistema policial, educativo y de salud. La corrupción también se manifiesta porque la fiscalización en esta institución es menor que en otras. Los argentinos no tienden a denunciar irregularidades, pero los inmigrantes, relativamente nuevos en el país y sin conocimiento de sus leyes y derechos, tienden a hacerlo en mucha menor medida.

Los problemas referidos a la DNM son varios e incluyen extensión, ilegalidades, arbitrariedades y demoras con el proceso de radicación. Esto fue particularmente flagrante durante el Programa de Amnistía de 1992-94. Ese Programa se realizó con la participación de cientos de gestores dentro y fuera de la DNM que cobraron grandes sumas de dinero para realizar trámites sumamente fáciles. Esos gestores secuestraban documentos y en muchos casos ni siquiera inscribieron a los solicitantes en el Programa de Amnistía. Algunos inscribieron a los solicitantes después de la fecha de vencimiento del Programa y los inscribieron en expedientes legalmente pertenecientes a otras personas¹⁷.

Después de ese proceso, la DNM ha reevaluado algunos radicaciones, especialmente aquellas en las que a un número de expediente le han agregado varios casos, resultando en una confusión sobre cuál es el original y cuales fueron agregadas posteriormente. En general, esta reevaluación es lenta y poca sistemática.

¹⁶ Ministerio del Interior. Resolución 2912/96.

¹⁷ Casos CELS, junio, julio, agosto, septiembre y noviembre de 1996; Casos Servicio Eclesiástico de Apoyo y Atención a Refugiados e Inmigrantes (CAREF), Comisión Católica Argentina de Migraciones e Iglesia Evangélica Bautista del Centro, varios meses de 1996.

Varios casos atendidos en nuestra institución son de personas que se radicaron de buena fe bajo el decreto 1033/92 pero sus casos están a la consideración y sin decisión final¹⁸. En muchas situaciones, se les ha quitado el derecho a una radicación a los que la habían recibido. En uno de los casos que atendimos, la persona iba casi semanalmente a la DNM para averiguar sobre su caso y finalmente, tuvo que presentar otra vez todos sus documentos y volver a radicarse. A pesar de haber cumplido los requisitos durante la amnistía y cumplir los requisitos actuales, esa persona todavía no ha conseguido la radicación¹⁹.

En otro caso atendido por el CELS, la persona pagó 800 pesos a una gestora que lo inscribió en la amnistía pero en un expediente que terminó siendo compartido con otro inmigrante. En la DNM le informaron que su documento no era válido y que lo tenía que entregar. Sin embargo, después de la intervención del CELS y el Servicio Ecuémico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF), reexaminaron el caso y se dieron cuenta que dicha radicación fue firmada por una funcionaria de la DNM y que era válida²⁰.

Desde la amnistía, han aparecido otros ejemplos de corrupción e irregularidades. El año pasado, por ejemplo, se publicaron informaciones sobre la participación de funcionarios de la DNM en varias operaciones mafiosas o ilegales. En el mes de abril, se descubrió una banda dedicada al tráfico de documentos en la cual estaban involucradas cuatro funcionarias de la DNM²¹. Otras irregularidades incluyen la posible quema de documentos anteriores al '95 por la División Ingresos y Egresos²². La averiguación sobre casos, en general, es poco sistemática y la indicación que con mayor frecuencia reciben los interesados es que deben volver en otro momento. Algunos casos están pendientes por años, un fenómeno que se destaca en un caso bajo la consideración del Departamento de Asuntos Jurídicos por siete años²³.

18 Casos CELS, septiembre y noviembre de 1996

19 Caso CELS, septiembre de 1996.

20 Caso CELS, octubre de 1996.

21 Diario La Nación del 16 y 19 de abril de 1996

22 Diario La Nación del 21 de noviembre de 1996.

23 Caso CELS, noviembre de 1996.

B. Control Migratorio

La DNM, institución dependiente de la Secretaría de Población del Ministerio del Interior, tiene facultades muy amplias que incluyen el derecho de admitir y administrar las políticas migratorias. Pero también tienen el derecho de “controlar el ingreso, egreso y permanencia y ejercer el poder de policía de extranjeros en todo el territorio de la República” (artículo 90, ley 22.439). Específicamente, la ley les faculta para allanar lugares donde se sospecha la presencia de inmigrantes ilegales, detenerlos y expulsarlos (artículos 107, 40, 37 y 38; ley 22.439).

Una gran preocupación en materia de derechos humanos de los Inmigrantes se vincula a las actuaciones de la Policía Migratoria Auxiliar. Según la ley 22.439, la Policía Migratoria Auxiliar es una institución formada por distintas fuerzas de seguridad ya existentes, que trabaja bajo las directivas de la DNM. Estas fuerzas incluyen la Prefectura Naval Argentina, la Gendarmería Nacional, la Policía Aeronáutica Nacional, y la Policía Federal, instituciones “que en tales funciones quedarán obligadas a prestar a la Dirección Nacional de Migraciones la colaboración que les requiera” (artículo 91, ley 22.439). La DNM también cuenta con la colaboración de gobernadores de las provincias y otras autoridades nacionales y provinciales como delegados que “actuarán conforme las normas y directivas que aquella les imparta” (artículos 92 y 93, ley 22.439).

La actuación de las fuerzas de seguridad bajo los ordenes de la DNM es preocupante con relación al Control de Admisión y de Ingreso y Egreso, pero resulta particularmente alarmante con relación al Control de Permanencia, especialmente en los casos de inspecciones y operativos. En ellos, la policía no actúa bajo sus reglas habituales sino por las regulaciones de la DNM. Esto contribuye a una falta de regularidad impactante y contribuye a una disminución de la responsabilidad de las fuerzas de seguridad en cuanto a sus propias actividades.

1. Inspecciones, operativos y detenciones

Según la ley 22.439, a través de la Policía Migratoria Auxiliar, la DNM está facultada para hacer inspecciones de oficio sin orden judicial. La base es el artículo 107 de la ley 22.439 que dice:

"Para la verificación del cumplimiento de la presente ley, la Dirección Nacional de Migraciones, por intermedio de los funcionarios o agentes que designe, estará facultada para:

- a) Requerir al extranjero la acreditación de su situación migratoria;
- b) Realizar inspecciones de oficio, a pedido o por denuncia de terceros;
- c) Entrar libremente y sin notificación previa a los lugares o locales comerciales, industriales, educacionales, hospitalarios, asistenciales y todo aquel donde exista o medie presunción de infracción de la presente ley;
- d) Exigir la presentación de los libros, documentación y registros que prescribe la legislación respectiva, al solo efecto de su verificación;
- e) Interrogar a salas o ante testigos a los responsables o sus representantes;
- f) Intimar comparecencia ante la autoridad de migración de los responsables, o de los extranjeros presumiblemente incurso en violación a disposiciones de la presente ley, así como la presentación y exhibición de la documentación citada en este artículo, bajo el apercibimiento del concurso de la fuerza pública;
- g) Requerir directamente el concurso de la fuerza pública cuando sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Las implicancias de esta ley son graves. Principalmente, el inciso c) da lugar a que los derechos de los inmigrantes y de muchos argentinos sean violados. Esta ley habilita a la DNM para entrar a escuelas, hospitales, locales comerciales, hoteles, departamentos y casas, y a cualquier lugar donde se sospeche infracción a esta ley. En la práctica, esto faculta a la DNM, a hacer inspecciones frecuentes en lugares de trabajo o vivienda donde presume que habrá inmigrantes ilegales. Si bien la ley hace mención a una "presunción" de infracción, no fija pautas para determinar cuáles presunciones son razonables y cuáles no. Así, la presunción es sumamente discrecional, dependiendo del juicio de cualquier funcionario de la DNM.

Esta actuación afecta a los inmigrantes pero también a personas que no son inmigrantes, que pueden estar en los lugares allanados o sufrir el allanamiento de su casa o lugar de trabajo por presunción de la presencia de un inmigrante ilegal. Llego a afectar a los dueños de casas donde trabajan inmigrantes, perso-

nas que viven en barrios de muchos inmigrantes o a personas que trabajan en sectores donde también trabajan inmigrantes. De hecho, se podría extender a cualquier persona involucrada con algún lugar que podría, según un funcionario de la DNM, tener que ver con un inmigrante ilegal.

En la reglamentación de esta ley en 1994, se repitió la facultad de allanamiento pero también se agregó un artículo que ponía algunas restricciones sobre esto. Se estableció que en los casos de allanamientos ante los cuales había "oposición del responsable del lugar", era necesario conseguir autorización judicial²⁴. Si bien es una mejora a la anterior, no establece como requisito para todo allanamiento una orden judicial. Esta modificación no es suficiente para proteger a los que se encuentran en esos lugares. Tampoco, está claro en qué consiste la oposición y quién está habilitado para determinar si existe o no. No queda claro si una persona que está en un lugar y no es el responsable se puede oponer y hacer necesaria una orden judicial. Por ejemplo, si la DNM quiere entrar a una casa de familia y un empleado doméstico se opone, estamos frente a una oposición del responsable del lugar?

Es muy poca la información que se puede conseguir sobre las actividades de la Policía Migratoria Auxiliar, particularmente las realizadas a través de la Gendarmería Nacional. La prensa rara vez informa de estas actividades y las instituciones no gubernamentales que trabajan con inmigrantes y refugiados tampoco están concentradas en las áreas fronterizas donde la presencia de la Gendarmería es más fuerte. Sin embargo, se sabe que existen operativos de este tipo, que presumiblemente se realizan sin orden judicial.

Fuentes periodísticas provinciales cuentan de operativos en lugares de trabajo y en residenciales y hoteles ilegales y clandestinos que resultan en la detención de inmigrantes ilegales y en su posterior expulsión. En San Juan, por ejemplo, se informa sobre los aproximadamente mil ciudadanos de países limítrofes que fueron detectados trabajando en la provincia sin los papeles en regla²⁵. Según un funcionario de la DNM, se realizan operativos de detección y controles migratorios no sólo "en las fincas alejadas o en los hornos de ladrillos que son los lugares más frecuentes sino también en los casos de familia, ya que hay

²⁴ Artículo 110 del decreto 1023/94.

²⁵ Diario de Cuyo del 24 de febrero de 1996.

muchas chilenas trabajando como domésticas, en las (hospedajes) residenciales y en los hoteles²⁴. Gendarmería también realiza controles a diario en los colectivos de larga distancia.

En las grandes ciudades participan en estas actividades la Policía Federal y las policías provinciales. Generalmente se focalizan en los barrios donde se concentran las comunidades inmigrantes, tales como los barrios de Monserrat, Constitución, Once, Almagro, Flores, Lugano, etc. en el caso de la ciudad de Buenos Aires. Aunque poca información sobre estos sucesos aparece en los medios de prensa, algunas noticias suelen aparecer de vez en cuando en los diarios más populares. Un ejemplo es un operativo el 30 de mayo de 1996 en hoteles en el barrio de Monserrat donde la DNM y la comisaría 2ª detuvieron a treinta ciudadanos chilenos y peruanos residentes ilegales²⁷. Informes de la DNM también constatan este fenómeno. La DNM informa que entre enero y junio de 1996, se realizaron 1.380 inspecciones de oficio y 88 operativos en los cuales se encontraron 1.262 extranjeros ilegales²⁸.

Estos allanamientos o inspecciones sin orden judicial van en contra del Código Procesal Penal (ley 23.984) que en sus artículos 224 y 225 exige claramente un orden judicial para realizar cualquier allanamiento. Las excepciones contempladas por el código son muy limitadas e incluyen los siguientes: 1) cuando exista amenaza a la vida de los habitantes o la propiedad; 2) cuando un perseguido entra en la casa o local; 3) cuando se denuncie que personas han entrado para cometer un delito o cuando se solicite de una casa o local socorro; o 4) anuncien que allí se está cometiendo un delito (artículo 227). Cabe destacar que los inmigrantes infractores de la ley de migraciones no están cometiendo delitos sino que están en infracción de una ley de naturaleza no penal. Más importante aún es que los allanamientos sin orden judicial van en contra de la Constitución Nacional. Se ven violados los derechos de los artículos 17 y 18 que afirman que "la propiedad es inviolable, y ningún habitante puede ser privado de ella sino en

26 *Ibidem*

27 Diario La Razón del 30 de mayo de 1996.

28 Dirección Nacional de Migraciones. Informe 1996. Secretaría de Población, Ministerio del Interior, República Argentina. Junio de 1996

virtud de sentencia fundada en ley” y “el domicilio es inviolable, como también la correspondencia.”

Estos derechos también están recordados en los Tratados Internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su artículo 9 establece la inviolabilidad de domicilio. La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su artículo 12 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia” y que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también se pronuncia en el mismo sentido.

Además de abrir la posibilidad de la violación de esos derechos, las leyes de por sí una forma de discriminación por razón de origen nacional ya que se aplica principalmente a extranjeros. Este trato discriminatorio está prohibido por la Declaración Americana en su artículo 2 y la Declaración Universal en sus artículos 2 y 7. También es prohibido por la Convención Americana en sus artículos 1.1 y 24 y por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 2 obliga a “respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y están sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto 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 social”.

2. Detenciones y Expulsiones

Con el aumento en los operativos, se ve también un aumento en el número de detenciones y expulsiones. En 1993, fueron expulsadas 726 personas y en 1994, fueron expulsadas 1083 personas²⁹. No tenemos datos para 1995, pero para los primeros seis meses de 1996, 2129 personas fueron conminadas a abandonar el país, 1387 fueron expulsados, y 1803 fueron rechazadas en la frontera³⁰.

²⁹ Diario Crónica del 31 de julio de 1997.

³⁰ Dirección Nacional de Migraciones, op. cit. p. 33.

Estas detenciones y expulsiones se realizan bajo la normativa migratoria aprobada en 1981 y reglamentada en 1994. El artículo 37 de la ley 22.439 dice que la DNM "al constatar la ilegalidad del ingreso o permanencia de un extranjero, podrá conminarlo a hacer abandono del país o disponer su expulsión del territorio de la República, en el plazo perentorio que fije a tal efecto, con destino a su país de origen, nacionalidad, procedencia, o a otro que la admitiera".

En su artículo 38, la ley faculta a la DNM a cancelar la admisión o autorización de "residencia temporaria", "transitoria" o "precaria", conminar a hacer abandono del país en el plazo que fije, o disponer la expulsión de todo extranjero que no cumpla o viole las disposiciones de la presente y de las respectivas reglamentaciones". Mientras se tramita esta expulsión, según el artículo 40 de la ley, la DNM está facultada para detener a las personas.

Aunque algunas de las personas expulsadas tienen antecedentes penales, gran parte no han cometido infracciones más allá de las de la Ley de Migraciones. No son pocos los casos de inmigrantes indocumentadas que sólo por el hecho de estar indocumentadas son detenidas por Migraciones. En estos casos, las personas son alojadas en comisarias u otros lugares de detención. De los comisarios, no pasan por el Poder Judicial. En un proceso administrativo llevado a cabo por un funcionario de la DNM, se ejecuta la expulsión.

En estos procedimientos, el Estado no provee un Defensor Oficial y las que son expulsadas no tienen como defenderse adecuadamente. La ley contempla recursos administrativos que incluyen la revocatoria o reconsideración ante la DNM u apelación ante el Ministerio del Interior. Sin embargo, los inmigrantes no tienen conocimiento de estas posibilidades. Algunos son informados tarde o si bien están informados, carecen de los recursos para contratar a un abogado para imponerlos.

Este proceso resulta violatorio del derecho al debido proceso de todos los afectados. La Constitución en su artículo 18 afirma que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa". Los Tratados Internacionales también tratan del tema. La Declaración Americana, por ejemplo, en su artículo 25 se declara en contra de la detención arbitraria y en el artículo 26 afirma el derecho a un proceso regular. La Declaración Universal en su artículo 9 protege contra la detención

arbitraria; el artículo 10 establece el derecho de ser escuchado por un tribunal; y el 11 fija las garantías para la defensa. La Convención Americana establece en su artículo 7 el derecho a la libertad personal, en el 8 las garantías judiciales que deben respetarse en todo proceso y en su artículo 25 el derecho a un recurso judicial ante la violación de un derecho. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9 se refiere a la libertad y seguridad personal, y el artículo 14 a la igualdad ante la justicia. También, el proceso es violatorio del derecho a la no discriminación como se señaló en una discusión anterior.

VI.3. Violación de derechos por otras instituciones estatales

A. Policía Federal y Provincial

Los abusos en contra de los inmigrantes son influidos por un discurso social que se basa en la idea del “inmigrante delincuente”, especialmente en el caso de los peruanos. Este discurso se manifiesta en una situación en que los inmigrantes son detenidos frecuentemente por delitos y contravenciones. En el año 1992, por ejemplo, del total de detenciones por la Policía Federal, casi el 16% de los detenidos por delitos y el 20% por contravenciones eran extranjeros³¹. Esas cifras, si bien altas, no son compatibles con las sentencias, en las cuales para ese mismo año, el 94,8% correspondía a argentinos y solamente el 5,2% correspondía a ciudadanos extranjeros, entre ellos bolivianos, paraguayos, peruanos, chilenos, brasileños, uruguayos, coreanos, etc.³².

En los últimos años, el número de detenciones de extranjeros ha aumentado. Por supuesta comisión de delitos, fueron detenidos por la Policía Federal 5.368

³¹ Policía Federal Argentina. 1997. *Violencia y Criminalidad. Que sucederá con nuestras sociedades actuales?*. Buenos Aires, PFA.

³² Gorini, Luciano y Mámora, Lello. 1995. “Impacto de la Inmigración en la Estructura de Seguridad de la Argentina”. *Informe para el Seminario de la Sociedad Argentina. CIM*. Junio de 1995, p. 18.

extranjeras en 1992, 6.204 en 1993, 6.772 en 1994, 8.386 en 1995 y 7.270 en 1996, formando alrededor del 15% del total de detenidos en cada año. Por contravenciones, fueron detenidos por esa agencia 12.333 extranjeros en 1992, 21.036 en 1993, 33.961 en 1994, 42.885 en 1995 y 44.742 en 1996, formando el 21% en 1992 y llegando al 29% en 1996³³.

Estas cifras muestran la gran cantidad de extranjeros detenidos por la autoridad policial cuyas condiciones de detención son poco claras. De acuerdo a nuestra experiencia, podemos decir que los problemas son básicamente parecidos a los que experimentan los argentinos. No obstante, se agravan por el hecho de que los inmigrantes tienen aún menos conocimiento de sus derechos. A la vez, tienen más inhibiciones para denunciar ciertas irregularidades y abusos y un gran temor a la posibilidad de ser expulsados del país. Por lo demás, como no existen procedimientos muy transparentes o consistentes respecto de los mecanismos de expulsión y las consecuencias son serias, es un proceso que los inmigrantes intentan evitar como sea.

La averiguación de antecedentes es un gran área gris para los inmigrantes y suele terminar en arreglos poco legales y a veces en detenciones arbitrarias. Las instituciones que trabajan con inmigrantes reciben denuncias de dichos incidentes a menudo. Según la Comisión Católica Argentina de Migraciones, cuando un inmigrante no tiene antecedentes y si la policía no juzga conveniente remitir su caso a Migraciones, a veces los agentes policiales piden "coimas"³⁴. Esta información la corrobora CAREF y también el Consulado de Bolivia, que casi diariamente recibe quejas de extorsión que van desde lo que las personas tienen en el bolsillo, hasta la suma de 400 pesos³⁵.

En algunos barrios, la situación es de abuso sistemático. En Villa Celina, un barrio periférico de la ciudad de Buenos Aires, la policía regularmente detiene a inmigrantes bolivianos que regresan de salidas nocturnas. En el cruce de la Avenida Chilavert y la Avenida General Paz, por ejemplo, se denuncia que hay una especie de peaje para los que cruzan del Gran Buenos Aires a la Ciudad de Buenos Aires. Los pagos a la policía oscilan entre 80 y 300 pesos³⁶. En otros

33 Policía Federal Argentina, op. cit.

34 Entrevista Comisión Católica Argentina de Migraciones, 22 de mayo de 1996.

35 Entrevista Consulado de Bolivia, 26 de febrero de 1997.

36 Entrevista Equipo Pastoral Boliviano, 30 de agosto de 1996.

casos denunciados a esta institución, la policía sostiene que hay ciertas multas por ser inocumentado; esas multas se pagan pero nunca se otorgan recibos, lo cual indica evidentemente que el dinero tiene otro destino³⁷. Según los equipos pastorales de la Iglesia Católica, es posible que un policía detenga a un inmigrante, lo lleve a la comisaría y le pida plata y en caso de no tenerla, sea víctima de represalias violentas³⁸.

Varios casos denunciados por personas indocumentadas reflejan patrones de detención por períodos mayores de 24 horas. Durante estos períodos, se ha denunciado hostigamiento verbal y físico, como en el caso de una mujer Inmigrante de la República Dominicana, que describió su detención en la comisaría 7^a donde fue "marasearla, hostigada verbalmente y un oficial la 'pidió' favores sexuales"³⁹.

Los abusos policiales van más allá de coimas y maltrato. En algunos casos se les obstaculiza el acceso a justicia a los que la buscan a través de denuncias. Hay personas que van a las comisarías para denunciar delitos cometidos en sus barrios u otras situaciones, y no son atendidas por la policía. Instituciones que trabajan con la comunidad inmigrante han recibido muchas denuncias de este carácter en que personas han ido a la comisaría para dar información y, al serles requeridos los documentos, se les informa que sin Documento Nacional de Identidad (DNI), no pueden hacer denuncias ante la policía⁴⁰. Esto es parte de una situación generalizada, que se ve en escuelas y hospitales, en la cual sin documento, no hay derecho.

B. Educación

La incidencia de la comunidad inmigrante en el sistema educativo argentino es muy reducida. Al nivel nacional, los extranjeros son el 1.2% de la población en edad escolar. En la ciudad de Buenos Aires, son el 4.1%; en el gran Buenos

37 Entrevista Ciudad Oculta, 14 de agosto de 1996.

38 Entrevista Equipo Pastoral Boliviano, 30 de agosto de 1996.

39 Caso CAREF, noviembre de 1996.

40 Entrevista Consulado de Bolivia, 26 de febrero de 1997.

Aires el 1,6%; y en el resto de la provincia de Buenos Aires, el 0,9%⁴¹. Del total de la matrícula escolar, la población extranjera es el 1,4%⁴². A pesar de que la incidencia es tan insignificante, existen normas y prácticas cuyos fines son excluir a los niños inmigrantes del sistema educativo.

Aunque la legislación nacional no la impide, se obstaculiza el acceso de inmigrantes sin documentación argentina a las escuelas primarias. El CELS e instituciones como la Comisión Católica, CAREF, y los Consulados, entre otras, tienen conocimiento de cientos de casos en los cuales se ha impedido el acceso a la educación primaria y secundaria a familias sin documentación argentina actualizada.

En los casos de la primaria, estas instituciones generalmente logran conseguir inscripciones para niños indocumentados a través de contactos con los directores de colegios. Lo que se mantiene es la falta de consistencia en estas prácticas y el hecho de que hay casos que no llegan a tiempo o bien no llegan nunca a las Instituciones no-gubernamentales o Consulados. Ejemplo de ello es un caso recibido por CAREF después del inicio del año escolar en que una mujer de nacionalidad boliviana había intentado inscribir a su hijo, entonces indocumentado, a una escuela primaria de la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En esa escuela, le informaron que no era posible la inscripción sin su DNI. Debido a eso negativo, la mujer lo mandó a una escuela privada, lo cual representa un problema económico para una familia con ingresos mínimos⁴³. Otro ejemplo de este tipo de caso fue uno ocurrido en González Catán, en la provincia de Buenos Aires, donde las personas tuvieron que sacar a sus hijos de una escuela porque la directora insistía en que necesitaban sus documentos para quedarse. Esos niños nunca terminaron la escuela primaria y fueron a trabajar con sus padres⁴⁴.

Aunque tenemos muy poca información sobre lo que pasa en otras provincias, sabemos que la situación es peor en algunas, como en Tierra del Fuego. En

41 Ameigueras, Aldo Rubén. 1995. "Una aproximación al impacto de la Inmigración en la estructura del Sistema Educativo Argentino." Informe para Seminario: Impacto de la Inmigración en la Sociedad Argentina. CIM, Junio de 1995, p. 11.

42 Ibidem p.16.

43 Caso CAREF, ó de julio de 1996.

44 Entrevista Equipo Pastoral Boliviano, 28 de agosto de 1996.

el mes de marzo de 1996, la Gobernación de Tierra del Fuego aprobó una resolución que prohíbe que menores indocumentados estén en las escuelas⁴⁵. Esa resolución resultó en la expulsión de por lo menos 55 menores de escuelas de la región, violando así el derecho a la educación de todos estos niños. Debido a actuaciones del Consulado Chileno y gestiones realizadas en la DNM, algunos de estos casos fueron resueltos, mientras en otros casos, los niños no pudieron seguir estudiando.

Pase a que el ingreso es complicada pero no imposible, una vez que los niños están inscriptos en las escuelas, los problemas siguen. Se dificulta la promoción de un año a otro, la reinscripción cada año y la entrega de boletines sin el DNI. Esto llega a ser más problemática al concluir la escuela primaria porque a ningún niño sin DNI que termina el séptimo grado se le otorga un certificado de estudios⁴⁶. Esto le priva del reconocimiento de sus esfuerzos y de los beneficios sociales y económicos de la educación, y le impide continuar sus estudios más allá del nivel básico.

El acceso a la educación media o superior es más limitada, ya que requiere un certificado de finalización de la escuela primaria. Aún más grave es el hecho de que la normativa migratoria federal prohíbe tal acceso. La ley 22.439 establece que "los institutos de enseñanza media o superior, ya sean públicos o privados, nacionales, provinciales o municipales, solamente podrán admitir como alumnos a aquellos extranjeros que acrediten, para cada curso lectivo su calidad de 'residentes permanentes' o 'residentes temporarios', debidamente habilitados a tales efectos" (artículo 102, ley 22.439).

Este artículo de la ley de Migraciones es cumplido en muchos casos e invocando para justificar la obstaculización de la educación secundaria a muchos menores. La nuestra y varias otras instituciones han recibido muchos casos de personas que no han podido mandar a sus hijos a escuelas secundarias. En algunas de ellos, no se ha podido resolver el problema pero en otros, a través de gestiones ante ciertos departamentos de la Secretaría de Educación del Gobierno de la

⁴⁵ Entrevista Consulado de Chile, 5 de julio de 1996.

⁴⁶ Esto se ve claramente en el trabajo de las instituciones y a través de entrevistas a funcionarios de la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a nivel de escuelas, Supervisión de Distritos Escolares y Dirección de Primaria (mayo de 1996) pero no se manifiesta claramente expresado en ninguna norma nacional o local.

Ciudad de Buenos Aires, o directamente en ciertas escuelas, se ha logrado conseguir la inscripción⁴⁷. Tal como en el caso de las primarias, los prácticas son muy variadas.

Obstaculizar el acceso a la escuela primaria viola la Ley de Educación Primaria (ley 1.420), que promueve el "desarrollo moral, intelectual y físico de todo niño de seis a catorce años de edad" y establece en consecuencia la obligatoriedad de la educación primaria. Obstaculizar el acceso a la educación primaria y secundaria va en contra de la nueva Ley Federal de Educación (ley 24.195), que asegura el acceso a la educación primaria y a la educación secundaria y superior. Esa ley establece en su artículo 3 que "el Estado Nacional, las provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires garantizan el acceso a la educación en todos los ciclos, niveles y regímenes especiales, a toda la población". Además, señala en su artículo 8 que "el sistema educativo asegurará a todos los habitantes del país el ejercicio efectiva de su derecho a aprender, mediante la igualdad de oportunidades y posibilidades, sin discriminación alguna" y en su artículo 15 que "proporcionará una formación básica común a todos los niños y adolescentes del país garantizando su acceso, permanencia y promoción a la igualdad en la calidad y logros de los aprendizajes".

Las prácticas que obstaculizan el acceso de los inmigrantes a la educación vulneran también el artículo 14 de la CN que establece que todos los "habitantes" de la Nación tienen el derecho de "enseñar y aprender". Viola también varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que garantizan claramente el derecho a la educación. La Declaración Americana en su artículo 12 afirma el derecho a la educación, lo que debe estar inspirado en los principios de libertad, moralidad, y solidaridad humanas... La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en su artículo 22 los derechos económicos, sociales, y culturales, y en su artículo 26 afirma el derecho a la educación. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 13 el derecho a la educación.

También, como en los temas anteriores, estas violaciones constituyen una discriminación y por lo tanto violan los derechos a la no discriminación reconocidos en varios tratados y pactos. De ellos, el más específico es la Convención

47 Casos CELS, octubre de 1997. Para más detalles ver en este informe el Capítulo V, Derechos Sociales y acceso a la justicia; apartado V.3, Educación de inmigrantes indocumentados: un mal entendido.

sobre los Derechos del Niño, que se aplica sin distinciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, etc. y en su artículo 2, inciso 2, establece que los Estados partes deben tomar medidas para ser "protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares". Esta protección es clara en su aplicación a la situación de niños que por decisiones de sus padres se encuentran viviendo, legal o ilegalmente, en un país que no es el suyo. Además, ese mismo tratado establece que la educación debe ofrecer acceso en condiciones de igualdad de oportunidad, estableciéndose la obligatoriedad y gratuidad de la educación primaria y el carácter accesible para todos de la educación secundaria (artículo 28).

C. Salud

Tal como en el caso de la educación, existen muchas ideas contradictorias sobre cuál es el peso de los inmigrantes en el sistema de salud de la Argentina. De hecho, en términos globales, la incidencia de la comunidad inmigrante es reducida. En ella, tiene el peso más significativo el grupo materno-infantil, que en su mayoría consiste de inmigrantes legales o personas que tienen la posibilidad de legalizarse⁴⁸.

En relación al tema de salud, la norma migratoria es muy clara en su afirmación de la necesidad de atender a los inmigrantes cualquier sea su situación legal en el país. Sin embargo, también es muy clara en requerir que los empleados verifiquen la documentación de todos los que llegan a los hospitales y lugares de atención y hagan un informe casi inmediato a la DNM. El artículo 103 de la ley 22.439 dice:

"Las instituciones hospitalarias o asistenciales, ya sean públicas, nacionales, provinciales o municipales, o las privadas, cualquiera sea la forma y estructura que tengan, deberán exigir a los extranjeros que solicitaran, o a aquellos a

⁴⁸ Couto, Diana y Osorio, Mario Emilio. 1995 "El Impacto de la Inmigración en los servicios de salud de la Argentina". Informe para Seminario: Impacto de la Inmigración en la Sociedad Argentina. OIM, Junio de 1995 p. 15.

quienes se les prestare asistencia o atención, que acrediten identidad y justifiquen, mediante constancia hábil su permanencia legal en la República. Cuando no los poseen sin perjuicio de su asistencia o prestación quedarán obligados a comunicar, dentro de las veinticuatro (24) horas a la autoridad migratoria, los datos filiatorios y el domicilio de los mismos”.

Esta norma coloca a los empleados hospitalarios como verificadores de la situación migratoria de sus pacientes y los pone en una obligación de denunciar a los indocumentados. Para evitar este trámite o por otro motivo, en ocasiones se deniega simplemente el servicio a los indocumentados⁴⁹. Afortunadamente, en general, los hospitales de la ciudad de Buenos Aires atienden los casos simples y no hacen el informe o la DNM. No tenemos mucha información sobre la situación al nivel de otras provincias, pero el programa de Caritas en la ciudad de Córdoba indica que el tratamiento a inmigrantes sin documentación argentina es trabado de forma sistemática⁵⁰. Se sabe, sin embargo, que en la Capital, la atención es problemática en cuanto a estudios especiales, medicamentos y cirugías de alto riesgo⁵¹. Esto se ha verificado en casos de personas que no tienen radicación y también con personas radicados que todavía no han conseguido sus DNI⁵².

Denegar el derecho a la salud a los inmigrantes, cualquiera sea su situación legal en el país, viola los tratados internacionales que amparan el derecho a la vida y salud. La Declaración Americana, en su primer artículo, garantiza el derecho a la vida y en su artículo 11 afirma que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales”. La Declaración Universal también garantiza en su artículo 3 el derecho a la vida, en el 22 la satisfacción de derechos económicos y sociales, y en el artículo 25, un nivel de vida adecuado. Este último estableciendo la necesidad de asegurar la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. Establece también la obligación estatal de

49 Entrevistas Comisión Católica Argentina de Migraciones, 22 de mayo de 1996 y CAREF 12 de junio de 1996.

50 Entrevista Programa Caritas para Inmigrantes, 11 de septiembre de 1996.

51 Entrevista Comisión Católica Argentina de Migraciones, 22 de mayo de 1996.

52 Caso CAREF, 6 de diciembre de 1996; entrevista Ciudad Oculta, noviembre de 1996.

resolver las necesidades especiales de la maternidad e infancia. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 dispone que los estados partes del pacto reconocen los derechos de toda persona a disfrutar el nivel más alto de salud física y mental

VI.4. Violaciones en relación a las condiciones de trabajo

La situación laboral de los inmigrantes se enmarca en la difícil situación laboral que experimenta el país, pero además, los inmigrantes ven agravada su situación por el discurso anti-migratorio y por las restricciones al trabajo para los indocumentados. Estas restricciones están muy poco de acuerdo con las políticas abiertas en las fronteras, fomentando así la clandestinidad y las condiciones inhumanas de trabajo.

Como detallamos a fondo en nuestro último Informe Anual, se ha desarrollado un discurso fuertemente anti-migratorio principalmente promovido por funcionarios públicos y también popularizado en el sector sindical. Aunque este discurso comenzó y tuvo su auge hace años, sigue registrándose. A mediados del año pasado, manteniendo el tono de discursos de años anteriores, el Presidente habló de la “avalancha de inmigrantes de comunidades que vinieron de otros países a trabajar en Argentina” y que han quitado lugares de trabajo de argentinos⁵³. Este discurso es generalmente aceptado aunque varios estudios demuestran que si se lograra detener totalmente la inmigración -cosa sumamente difícil de lograr de cualquier manera- el índice de desempleo solamente disminuiría menos de un 1%⁵⁴.

Este discurso se agrega a la prohibición de trabajo para personas que no sean residentes temporarias o permanentes. Según la Ley de Migraciones:

“ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada podrá proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia,

⁵³ Diario Página 12 del 5 de julio de 1996.

⁵⁴ Montoya S. y Peticora, M. 1995. “Los migrantes limitrofeos, Aumentan el desempleo?” Revista Novedades Económicas. Buenos Aires, febrero, pp. 10 a 16.

a los extranjeros que residen ilegalmente o que, residiendo legalmente no estuvieran habilitadas para hacerlo, ni contratarlos, convenir u obtener sus servicios⁵⁵.

Los inmigrantes cruzan las fronteras a Argentina y como no pueden trabajar en situaciones legales, se ven obligadas a aceptar los trabajos que se les ofrecen. Esto se ve claramente en los casos de personas que ofrecen su mano de obra en lugares como la esquina de Cabo y Curapaligüe en la zona del barrio de Flores sur de la ciudad de Buenos Aires donde se ofrecen por trabajos precarios por sueldos extremadamente bajos y en condiciones inhumanas. Estas personas pueden llegar a cobrar menos de cinco pesos por un día entero de trabajo encerrado en un taller de costura. Obviamente trabajan sin ningún tipo de garantías, cobertura médica o jubilación⁵⁶.

Situaciones particularmente lamentables fomentadas por esta imposibilidad son las de las empleadas domésticas, que por no tener documentación y no poder trabajar en otras actividades, se quedan en trabajos en que reciben salarios muy bajos, son tratadas en forma violenta o abusadas de otras formas. Ha llamado la atención, por ejemplo, un caso atendido por la Iglesia Evangélica Bautista en que una empleada vivía en condiciones de virtual esclavitud, maltratada y encerrada en la casa hasta que logró escapar⁵⁷. En las áreas rurales, estas violaciones se reflejan en jornadas de trabajo mayores a las de 18 horas diarias por una remuneración que está por debajo de los 10 pesos⁵⁸.

Los garantías de trabajo en condiciones dignas están establecidas de diversas formas, desde el nivel de las leyes laborales hasta la Constitución Nacional que en su artículo 14 bis las afirma claramente. Las reitera la Declaración Americana en su artículo 14 y la Declaración Universal, en su artículo 23, establece el derecho de toda persona a "condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo". Una protección parecida se establece en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus artículos 6 y 7.

55 Artículo 31, ley 22.439.

56 Entrevista Asociación Vecinal Renacer, agosto de 1996.

57 Entrevista Iglesia Evangélica Bautista del Centro, 10 de marzo de 1997.

58 Diario de Cuyo del 24 de febrero de 1996.

VI.5. Refugiados

Desde el año 1983, Argentina ha sido un país receptor de refugiados. En ese año, estableció el Comité para la Elegibilidad de Refugiados que determina quiénes merecen ser reconocidos como refugiados en la Argentina. Dicho Comité está formado por funcionarios del Ministerio del Interior, Ministerio de Relaciones Exteriores, y representantes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR).

Actualmente, Argentina acepta alrededor de 200 o 300 refugiados cada año⁵⁹. Aunque este grupo recibe reconocimiento oficial de su estado legal en el país, también enfrenta dificultades⁶⁰. Como personas que fueron víctimas de persecución en sus países de origen, éstos vienen a la Argentina buscando protección y una vida nueva. El Estado Argentino les da protección jurídica, pero se exime de mayor responsabilidad por su situación, dejando su integración en manos del ACNUR a través de la Comisión Católica. La ayuda económica prestada por estas instituciones llega a cubrir un 50% de sus necesidades por un plazo de hasta seis meses.

A los refugiados, portadores de constancias oficiales de presencia en el país, no se les obstaculiza tanto como los inmigrantes ilegales el acceso a ciertos servicios pero sus documentos truen otros problemas. Un refugiado peruano, por ejemplo, denuncia que al pedirle el documento y ver la residencia precaria que presentaba, un agente de policía lo llamó "terrorista" y le recomendó que se fuera del país. Esa situación posteriormente se convirtió en una detención en la que golpearon su cabeza contra la pared del pasillo de la comisaría⁶¹. Otros casos parecidos se han denunciado ante el Foro de Refugiados.

Además de la situación policial, existen casos de discriminación de refugiados de parte de otras entidades estatales. Esta situación se manifestó en un caso de un grupo de personas en la provincia de Buenos Aires que habían recibido fondos para construir viviendas, pero no pudieron recibir los préstamos por el sólo hecho de no ser argentinos⁶².

⁵⁹ Entrevista CAREF, 14 de febrero de 1997.

⁶⁰ Entrevista Foro de Refugiados, 5 de marzo de 1996.

⁶¹ Caso CELS, 4 de marzo de 1997. Denuncia presentada ante ACNUR con fecha 24 de julio de 1996.

⁶² Entrevista Foro de Refugiados, 5 de marzo de 1997.

VI.6. Conclusiones

En lo que hace a inmigrantes, se observa que las políticas migratorias vigentes fomentan la ilegalidad así como un orden legal que no garantiza los derechos de los indocumentados. Si bien se han señalado algunas circunstancias de estas violaciones, quedan muchas prácticas que deben ser investigadas más a fondo y muchas realidades sobre las cuales aprender.

Lo que queda muy claro, sin embargo, es que la normativa vigente no está de acuerdo con principios democráticos ni con las garantías básicas establecidas en normas superiores. La normativa fue establecida por un gobierno de facto y reglamentada por el Poder Ejecutivo.

No es fruto de una discusión parlamentaria informada llevada a cabo en el marco de una democracia política.

Esa normativa hace que rasgos autoritarios estén presentes en la actualidad en forma directamente vinculada a un gran número de personas. Como se ha discutido en estas páginas, en base a la normativa vigente y sus carencias, la actuación de la DNM y sus instituciones "complementarias", habitualmente se violan los derechos de los inmigrantes y de otros tantos argentinos. Es particularmente grave en cuanto a la situación de los allanamientos, detenciones y expulsiones y en temas de la falta de acceso a la educación.

Para evitar todo eso, es por cierto deseable la documentación de los inmigrantes ilegales que habitan en el país. Es importante, sin embargo, que medidas dirigidas hacia esto, como también a las radicaciones en general estén de acuerdo a la realidad económica de las personas beneficiadas. Y ello tiene directa relación con la difusión de la posibilidad de conseguir eximiciones de pago y con la reevaluación de la participación de los escribanos públicos y los costos involucrados.

Sea cual fuere la postura del gobierno argentino sobre las migraciones, los límites que pone se tienen que establecer de acuerdo a sus compromisos constitucionales e internacionales. Todos los inmigrantes, legales o ilegales, son "personas" y una vez que entran al país, están sujetos a la jurisdicción del Estado Argentino. Por lo tanto, es obligación del Estado tratarlos de acuerdo a esos derechos. Para ello, como ponen en evidencia las páginas anteriores, hace falta reconsiderar ciertas actuaciones de instituciones nacionales.

Por ejemplo, es imprescindible establecer que todo allanamiento relacionado a un inmigrante se realice en base a fundamentos razonables determinados por el Poder Judicial. La participación judicial es en este sentido esencial y debería extenderse también a las expulsiones, ya que se tratan de penas aplicadas por el Estado. Los expulsados, en este procedimiento, merecen la posibilidad de una audiencia con la presencia de un abogado defensor.

La normativa en materia migratoria es autoritaria, inadecuada y sujeta a la discrecionalidad del funcionario de turno. El artículo se cierra con una obligación general de denunciar que enfrenta a los ciudadanos honestos a elegir entre el desconocimiento de la ley o la delación de personas que sólo han cometido el "error" de inmigrar a la Argentina. La solución, entonces, no puede ser otra que una urgente revisión de la legislación vigente y la determinación de una política migratoria global que asegure la plena vigencia de los derechos humanos en todas sus formas.