

papeles **DE TRABAJO**

uno

Defensoría

del Pueblo

de la Ciudad

de Buenos Aires



**Defensoría del Pueblo de
la Ciudad de Buenos Aires**



Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

Alicia Pierini

Defensores Adjuntos

Atilio Alimena

Gustavo Lesbegueris

Graciela Muñiz

Claudia Serio

DEFENSORIA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Venezuela 842 / 824

Tel.: 4338-4900 Líneas rotativas

Correo Electrónico: consultas@defensoria.org.ar

Papeles de Trabajo - Año I Nro. 1 - Julio de 2004

Publicación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

Directora Responsable: Alicia Pierini / Coordinación Editorial: Oscar R. González

Edición: Pablo G. Fernández / Diseño: Ronald Smirnoff / Producción: Jorge Rodríguez Correa

Papeles de Trabajo es una publicación que busca aportar al debate y la circulación de ideas sobre derechos humanos, cuestiones urbanas, desarrollo local y gestión institucional. En consecuencia, los artículos publicados son responsabilidad exclusiva y reflejan la libre opinión de sus autores.

Registro de la Propiedad Intelectual en trámite.

PAPELES DE TRABAJO

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

índice

PRESENTACION: PAPELES Y ALGO MAS **6**

ACCESO A LA VIVIENDA, DESALOJOS FORZOSOS Y
DERECHOS HUMANOS **8**

Alicia Pierini

Las dificultades para acceder a una vivienda digna -un derecho escasamente vigente en muchos países del mundo, incluida la Argentina- conculcan además otras garantías cuando se agravia a personas y aun poblaciones enteras con una práctica desgraciadamente en ascenso, el desalojo forzoso.

EL DERECHO DE ADMISION Y DERECHO A LA EDUCACION,
A PROPOSITO DEL PROYECTO DE LEY A FAVOR DE LA NO
EXCLUSION DE ALUMNOS SIN CAUSA FUNDADA EN
ESCUELAS DE GESTION PRIVADA DE LA CIUDAD **16**

Gustavo Lesbeguiris

Cada año se reiteran los problemas derivados de la decisión de algunos institutos -una minoría dentro del universo de establecimientos educativos de gestión privada incorporados a la enseñanza oficial-, de no inscribir o no permitir la rematriculación de alumnos / as basándose en el llamado 'derecho de admisión', reglamentado por una resolución de la última dictadura militar. Si prospera un proyecto de ley presentado por la Defensoría del Pueblo, los rectores deberán fundamentar por escrito los motivos por los cuales le niegan una vacante en sus aulas a un estudiante.

**EL DERECHO A TRABAJAR Y LA DISCRIMINACION:
LA RESOLUCION N° 191 / 2003 DEL MINISTERIO
DE JUSTICIA DE LA NACION**

38

Susana Ayala

La disposición que establece los requisitos para la habilitación del cuerpo docente destinado a la capacitación de mediadores es minuciosamente analizada en este trabajo y para revelar, a través de su intrínseco carácter discriminatorio, cómo afecta la libertad de trabajo y se opone al espíritu igualitario de las normas vigentes.

**LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA ALIMENTACION
Y LA MISION DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO**

58

Mario Fernando Ganora

La seguridad alimentaria se ha convertido en un tema prioritario de las políticas sanitarias en todo el mundo, y parte del derecho humano fundamental a recibir una alimentación adecuada. La Defensoría del Pueblo ha presentado un proyecto de ley para que la legislación porteña incorpore mecanismos de control eficaces que garanticen la inocuidad de los productos que todos los ciudadanos consumen.

**MADRES MULTIPARAS: TRANSVERSALIZAR LA
EQUIDAD DE GENERO**

92

María Paula Bodnar

¿Existen razones fácticas y jurídicas que justifiquen aplicar un tratamiento especial para los casos de nacimientos ocurridos en familias numerosas integradas por hijos/as menores de edad?. La particular situación que viven las denominadas "madres multiparas" ha merecido un análisis pormenorizado desde un enfoque que contempla tanto la protección de la maternidad en general como la equiparación de oportunidades y derechos de las mujeres.

| presentación

Papeles y algo más

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires retoma bajo el título de Papeles de Trabajo la práctica de publicar diversos materiales - investigaciones, análisis, conclusiones-, con el objeto de dar a conocer puntos de vista sobre temas que no han sido elegidos por azar, sino que revelan la labor de los profesionales de esta institución con motivo de las quejas o conflictos que nos plantean los vecinos.

La decisión de publicar estos trabajos se enmarca en uno de los objetivos de la Defensoría, que es el de alentar la investigación y el desarrollo doctrinario de sus funcionarios de todos los niveles, ya que la resolución cotidiana de los problemas que nos presenta la comunidad no debe hacernos olvidar que la formación profesional es permanente y la actualización requiere reflexionar y elaborar ideas propias sobre las materias de nuestra incumbencia.

La edición de estos artículos no implica que los argumentos de los autores de cada uno de ellos sea asumido oficialmente por este organismo, pero demuestra que estamos académicamente abiertos, que nada hay cristalizado en el campo del saber y que, con el desarrollo del pensamiento y los conocimientos de cada funcionario, se construye la riqueza institucional.

Pero además queremos compartir con otros trabajadores por los derechos de nuestro pueblo estos Papeles de Trabajo, para que el debate de las ideas sobre los temas que a diario nos golpean la puerta para que les demos respuesta lleguen a ámbitos más amplios que la propia Defensoría porteña. Por ello estos materiales circularán más allá de nuestras puertas.

Esperamos que este primer tomo, al que pronto le seguirán otros, sirva también para alentar a los demás profesionales y técnicos de la Defensoría para que expresen por escrito las ideas, valores e indagaciones en que sustentan su esfuerzo cotidiano.

Alicia Pierini

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

de

ACCESO A LA VIVIENDA,
DESALOJOS FORZOSOS Y
DERECHOS HUMANOS

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

Asalajos

FORZOSOS

Autora del trabajo

ALICIA PIERINI

Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (2003-2008). Ex diputada de la Ciudad y presidenta de la Comisión de DDHH y Garantías de la Legislatura porteña (1997-2003). Ex subsecretaria de Derechos Humanos de la Nación (1991-1997). Ex directora del Programa Social de Servicio Jurídico de la Secretaría de Justicia de la Nación. Ex asesora jurídica del Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos. Ex consultora de la OEA para la capacitación en Derechos Humanos. Ex docente de las Universidades Nacionales de Buenos Aires, Lomas de Zamora y Lanús.

Las dificultades para acceder a una vivienda digna -un derecho escasamente vigente en muchos países del mundo, incluida la Argentina- conculcan además otras garantías cuando se agravia a personas y aun poblaciones enteras con una práctica desgraciadamente en ascenso, el desalojo forzoso.

Según datos proporcionados por la Organización de las Naciones Unidas, más de 1.200 millones de personas en el mundo viven en un hogar inadecuado, y más de 100 millones carecen de vivienda propia.

Durante la Cumbre Hábitat II celebrada por la ONU en Estambul en 1996, la presión de activistas de todo el mundo y las miles de manifestaciones realizadas en todo el planeta permitieron ratificar el derecho a la vivienda como parte del derecho humano fundamental de todos a una vida digna.

De acuerdo a la Observación General Número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, vivir en un verdadero hogar implica disponer de un lugar donde poder aislarse si se lo desea, con espacio, seguridad, iluminación, ventilación, infraestructura y servicios básicos apropiados, y desde el cual trasladarse al trabajo sea relativamente sencillo, a un costo razonable.

Estas afirmaciones sintetizan la doctrina que revalida la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles individuales, culturales, económicos, políticos y sociales que tienen siempre el mismo sujeto obligado a respetar su vigencia y garantizarlos: el Estado.

Los desalojos forzosos

Pero en las últimas décadas, un nuevo fenómeno ha amenazado este derecho esencial: los desalojos forzosos. Sus causas son variadas: el desarrollo urbano, la construcción de autopistas o represas, por ejemplo, ponen en conflicto el derecho al progreso de una comunidad más amplia con el de los habitantes de una comunidad. Las guerras, los éxodos en masa y los desplazamientos para refugiarse en áreas más seguras constituyen otra cara del mismo fenómeno.

Para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "los desalojos forzosos constituyen una violación grave de los derechos humanos", mientras que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma organización, "son, prima facie, incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sólo pueden justificarse en las circunstancias más excepcionales".

Sin embargo, el documento del Alto Comisionado diferencia a los desalojos forzosos de esos movimientos poblacionales, ya que en los primeros siempre existe una responsabilidad del Estado, o porque toma la decisión de expulsar gente o porque no impide la decisión de hacerlo por parte de terceros. Además, se caracterizan por ser planificados y por la presencia de un poder que coacciona, judicialmente o no.

El conflicto es mundial. En América Latina, la descentralización de las responsabilidades de los Estados en materia de hábitat en favor del sector privado limita el acceso de los productores sociales y los pobres a la tierra y a los recursos financieros. La creciente mercantilización del suelo urbano en Asia opera en el mismo sentido, provocando desalojos forzados de una magnitud nunca vista antes. En Norteamérica y algunos países de Europa se produjo una pérdida de varias formas de vivienda social, de la mano de la privatización de bienes, servicios e infraestructuras públicas y del debilitamiento del control democrático en el desarrollo urbano y en la toma de decisiones locales.

En las naciones de Europa del Este aún se discute cómo efectuar la transición hacia una economía de mercado a raíz de las funestas consecuencias ya sufridas en otras partes del mundo, no sólo en lo concerniente a la falta de vivienda, sino también con respecto al cada vez más limitado acceso a los servicios básicos: el agua, la energía eléctrica y la limpieza. Por otra parte, la propiedad y el control

públicos de gran parte del stock de hogares y tierras disponibles abre la posibilidad para acordar *soluciones democráticas* entre el Estado y los nuevos mandamases de la economía.

El derecho a una vida digna

Los desalojos forzosos comprometen muchos otros aspectos de la vida y los derechos fundamentales, en especial los de las mujeres y los niños, principales víctimas en los casos de desplazamiento forzado. Cuando se produce un episodio de esta clase se violentan los derechos a la libre circulación, a la elección del lugar de residencia y a la educación y, si las personas pierden su empleo, se atenta contra el derecho al trabajo.

En su documento, las Naciones Unidas ofrecen algunas directrices cuando los desalojos son inevitables: reducir el traslado al mínimo indispensable; contar con un plan de reubicación o reasentamiento que contemple una indemnización para los afectados; brindarles participación efectiva en la decisión sobre los cambios por venir; y que aquellos favorecidos con el proyecto que obligó al traslado de otros, paguen los gastos que ocasionaron.

En resumen, el informe resalta que "la complejidad del proceso de traslado indica que la afirmación de aquellos que ordenan el desalojo de que su única obligación es 'reasentar' es demasiado simplista", porque "la responsabilidad legal de impedir los desalojos forzosos corresponde a los gobiernos, independientemente de quienes propugnan realmente determinado plan de desplazamiento".

Al imponer políticas habitacionales que pretenden ignorar a las ciudades y a los ciudadanos se han generado fuertes contradicciones: producción masiva de viviendas - mercancía, inaccesibles para grandes masas de población que se ven obligadas a autoproducir, sin apoyos, sus barrios y su vivienda; creciente segregación social y urbana; ciudadanos sin ciudad y ciudades sin ciudadanos; desalojos masivos de gente pobre en favor de macroinversiones justificadas en conceptos de utilidad pública; progreso y competitividad global de la ciudad, supuestamente en beneficio de sus habitantes. En suma, una urbe dual, la de los excluidos y mal alojados que buscan integrarse, y la de los amos encerrados en guetos bien servidos, controlados y cercados.

Desde 1986 las Naciones Unidas han aprobado una serie de resoluciones en las que se reafirma que el acceso a la vivienda es un derecho humano fundamental. Al abordarse este problema desde la perspectiva de los DDHH y la relación entre ellos y los desalojos forzosos, la atención está puesta en la obligación legal de los gobiernos de respetar, proteger y plasmar los derechos relativos a un hogar digno.

El Comité de DDHH ha pedido a los Estados que ratificaron el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que tomen en cuenta estas recomendaciones. Entre las naciones que lo revalidaron se encuentra Argentina, que lo hizo primero en 1986 - a través de la Ley 23.313-, y luego lo incorporó en la Carta Magna tras la reforma constitucional de 1994.

Para completar su tarea, el Comité incluye a la seguridad de la tenencia de la vivienda en la categoría de los derechos que se derivan del Pacto. Utilizando un lenguaje cada vez más frecuente en los organismos de DDHH de la ONU, se insta a los gobiernos a que "concedan una seguridad jurídica de tenencia a todas las personas que están actualmente amenazadas de desalojamiento forzoso, y adopten todas las medidas necesarias para proporcionar protección completa contra éstos, sobre la base de la participación, la consulta y la negociación efectiva".

Esta corriente, que proviene de la comunidad jurídica internacional, resulta muy difícil de compatibilizar con la tradición de nuestro derecho. Si bien es cierto que con el tiempo se fue superando la vieja fuente románica que definía la propiedad como el *jus utendi, fruendi et abutendi* (derecho de uso, frutos y abuso, destrucción incluida), y se impusieron límites al derecho de posesión, aún no se ha comprendido cabalmente que existen otros derechos que emergen de las necesidades humanas y a los que también se debe considerar.

Tal es el caso de las ocupaciones hoy llamadas *ilegales*, que debieran nominarse de otra forma, para eliminar esa connotación transgresora que sobrevalora a los propietarios y coloca en un lugar semidelincuencial a la necesidad de vivienda de los que no lo son.

Esto no exime al Estado del cumplimiento de su deber de respetar y proteger los derechos humanos y, en particular, su responsabilidad para adoptar e implementar medidas de prevención de los desplazamientos, atender y proteger a las personas apartadas y garantizar su retorno o reubicación en condiciones dignas. Pero los desalojos forzados son *prima facie* incompatibles con las

obligaciones del Pacto y únicamente pueden justificarse en circunstancias verdaderamente excepcionales.

Algunas consideraciones finales

La sociedad debe reflexionar sobre la necesidad de impulsar decididamente los mecanismos de prevención de los desplazamientos forzados y protección de los derechos de los desplazados, instando a diseñar estrategias adaptativas y proactivas para tratar la cuestión de los asentamientos marginales de la ciudad. Los desalojos forzados ilegales también constituyen un obstáculo para el mejoramiento de los asentamientos marginales, que se han convertido en una parte integrante del tejido urbano, y deben ser propulsados acentuando la necesidad de una visión comunitaria y centrada en la gente.

En este contexto de urbanización vertiginosa que tiñe al siglo que acaba de iniciarse, las ciudades no pueden continuar dividiéndose por estratos sociales. El Estado argentino debe instrumentar las actuales disposiciones de la Constitución Nacional sobre el derecho a la vivienda, e implementar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y promover su aplicación, entre las que creemos oportunas:

- La adopción de una legislación detallada sobre el derecho a la vivienda.
- El reconocimiento legal del derecho de las comunidades afectadas a recibir información sobre los planes oficiales que contemplan su situación.
- Una reforma urbana que reconozca la contribución de la sociedad civil a la aplicación del Pacto y contemple cuestiones como la garantía del título de ocupación y la normalización de los sistemas de tenencia de tierras, entre otras.
- El suministro de los servicios básicos -agua, electricidad, alcantarillado, limpieza, recolección de basura- para todos los hogares.
- La garantía de que se asignen viviendas financiadas o construidas con rentas públicas a los sectores sociales más necesitados.

Es posible que haya llegado la hora de pensar en una nueva legalidad que contemple el derecho a la vivienda de todas las personas, como un derecho humano fundamental, y no sólo una potestad de la gente pudiente. Para ello el Estado deberá proteger a todas las personas de los desalojos forzosos, como parte del compromiso asumido por nuestro país con el derecho que emerge de las convenciones internacionales de derechos humanos que se han firmado e integrado al plexo constitucional.



EL DERECHO DE ADMISIÓN Y
EL DERECHO A LA
EDUCACIÓN, A PROPÓSITO
DEL PROYECTO DE LEY A
FAVOR DE LA NO EXCLUSIÓN
DE ALUMNOS SIN CAUSA
FUNDADA EN LAS ESCUELAS
DE GESTIÓN PRIVADA DE LA
CIUDAD DE BUENOS AIRES

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

derecho

DE ADMISION

Autor del trabajo

GUSTAVO LESBEQUERIS

Defensor del Pueblo Adjunto de la Ciudad de Buenos Aires. Profesor de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Docente en escuelas de nivel medio de adultos de la Ciudad. Fue Coordinador General del Programa "Educación Adultos 2000" de la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Desde marzo de 2001 tiene a cargo el área de educación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

Cada año se reiteran los problemas derivados de la decisión de algunos institutos educativos de gestión privada incorporados a la enseñanza oficial, de no inscribir o no permitir la rematriculación de alumnos / as basándose en el llamado 'derecho de admisión', reglamentado por una resolución de la última dictadura militar. Si prospera un proyecto de ley presentado por la Defensoría del Pueblo, los rectores deberán fundamentar por escrito los motivos por los cuales le niegan una vacante en sus aulas a un estudiante.

En estos días, el proyecto de ley que obliga a las escuelas de gestión privada a fundar la negativa de inscripción o reinscripción de alumnos / as presentado por la Defensoría del Pueblo porteña en la Comisión de Educación, Ciencia y Tecnología de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires ha sido objeto de numerosos (y en algunos casos, ríspidos) debates, análisis y controversias, y concitó la atención de legisladores, directivos de escuelas, padres, alumnos, docentes, medios de comunicación, propiciando incluso la apertura de espacios de reflexión en ámbitos académicos¹.

Más allá de que prospere, sufra modificaciones o sea descartado por la Legislatura, la discusión generada en torno a esta iniciativa no hace más que ratificar la importancia del tema instalado por el organismo. Baste recordar al respecto las controversias que, pese a los distintos intentos de regulación, aún subsisten con relación al ejercicio del 'derecho de admisión' en locales bailables, clubes, bares, confiterías, etcétera.

Como la educación es uno de los bienes sociales más preciados y valorados por nuestra comunidad era previsible en consecuencia que las críticas y las reflexiones suscitadas estuvieran a la orden del día.

Del análisis de las reuniones a las que fuimos invitados a participar surge claramente que el proyecto ha despertado de todo menos indiferencia, generando adhesiones en legisladores provenientes de las más diversas extracciones políticas, y críticas tanto por parte de la cámara que agrupa a las instituciones educativas privadas (CORDIEP), la Vicaría Episcopal y algunos diputados que lo consideran 'intrusivo' en el ámbito de decisión de las instituciones escolares, como por parte de legisladores / as que desde una cosmovisión opuesta lo consideran 'minimalista' porque sólo cuestiona el 'ejercicio abusivo' del 'derecho de admisión', propiciando su regulación.

¹ La Comisión de Educación, Ciencia y Tecnología de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires organizó una "ronda de consultas" para conocer opiniones acerca del Proyecto de Ley mencionado, de las que participaron representantes de las escuelas confesionales y laicas de gestión privada, la Secretaría de Educación, la Defensoría del Pueblo y los padres denunciantes. Por su parte, el martes 8 de junio del corriente año se llevó a cabo en el Salón Auditorio de la Universidad Torcuato Di Tella, en el marco de los Foros organizados por la Escuela de Gobierno de la mencionada institución, una mesa redonda bajo el título "Educación: ¿Derecho de Admisión?" a la que fuimos invitados a exponer nuestro Proyecto y posteriormente debatirlo con el Dr. Mariano Narodowsky (Universidad Di Tella), el Dr. Alejandro Ceresa (Vicaría Episcopal del Arzobispado de Buenos Aires) y el Dr. Claudio Amor (Universidad de Quilmes).

Fundamentos del proyecto

En el área de educación de la Defensoría del Pueblo -a mi cargo- se tramitaron las denuncias formuladas por padres de alumnos agraviados por la falta de respuesta y fundamento a sus peticiones para conocer las causas de la negativa de las escuelas a inscribir o rematricular a sus hijos.

En los fundamentos del dictamen firmado por la Defensora del Pueblo, Alicia Pierini, se impugna la vigencia de la resolución N° 641 de 1981, dictada por el Ministerio de Educación del último gobierno de facto, que instituyó el 'derecho de admisión' en los establecimientos educativos de gestión privada y que se transformó, con el correr de los años, en un recurso utilizado por algunos dueños de institutos para intentar legitimar lo que hemos definido como *prácticas encubiertas de exclusión de alumnos y alumnas*.

Del análisis de las denuncias recibidas y de la normativa vigente al respecto, surge la necesidad de atender y dar respuesta a las situaciones derivadas del vacío legal y el ejercicio a nuestro entender *abusivo* del derecho de admisión que realizan algunos institutos educativos de gestión privada de la ciudad que con su negativa a fundamentar las causas de la exclusión de alumnos afectan, lesionan o restringen derechos de niñas, niños y adolescentes, e impactan negativamente en su proceso de enseñanza aprendizaje presente y futuro.

Debe admitirse que en principio la idea de 'admisión' vinculada a educación y, más específicamente, a la escolaridad obligatoria pareciera contradecir dos de los postulados fundantes de la pedagogía moderna: la *universalidad* de la educación, derivada del ideal pansófico de 'educar todo a todos' (Juan Amos Comenio, **Didáctica Magna**, 1679), y la *educabilidad* del alumno, es decir, el supuesto de su capacidad 'natural' de ser formado, que desde **Emilio** de J. J. Rousseau a nuestros días constituye uno de los paradigmas transdiscursivos estructurantes de la pedagogía.

Los Estados nacionales europeos del siglo XVIII y los países americanos emancipados en el siglo XIX supieron traducir esos postulados en políticas públicas activas que a través de la obligatoriedad, la gratuidad de la enseñanza y la universalización del servicio educativo promovieron el desarrollo y el progreso de sus pueblos, conformando así uno de los hitos más destacados en el

progreso de las sociedades modernas. Desde entonces, y salvo expresiones por suerte hasta la fecha muy minoritarias, la educación es concebida por las sociedades que se precian de democráticas como uno de los servicios públicos esenciales que el Estado debe garantizar a los ciudadanos y la educación como uno de los derechos humanos fundamentales que hacen a la dignidad de la persona.

Sin embargo, la impronta marcadamente 'estatal' del servicio educativo, presente en los orígenes del Estado moderno, dio paso al desarrollo de ofertas educativas no estatales promovidas por instituciones privadas -en un comienzo fundamentalmente a través de las congregaciones religiosas, posteriormente por medio de personas físicas o jurídicas, asociaciones, fundaciones, sociedades civiles o comerciales-, vinculadas con el respeto al derecho de los escolares, de los padres o sus representantes legales a la elección de la orientación educativa según sus más íntimas convicciones, preferencias, intereses y opciones de tipo confesional, de formación técnico-profesional, orientación pedagógica, ubicación geográfica, historia familiar, etcétera.

En nuestros días, el principio general en materia educativa es claro y no reviste mayores controversias: la educación es un *servicio público*, que puede ser brindado tanto por el Estado (nacional, provincial o municipal) como por las instituciones privadas que cuenten con el pertinente reconocimiento oficial. El Estado, a su vez, colabora con las escuelas privadas a través de aportes a fin de garantizar el funcionamiento de establecimientos privados de enseñanza, de acuerdo con los criterios que fije la ley, dando prioridad a las instituciones que reciban a los alumnos de menores recursos (artículo 25 de la Constitución porteña).

En nuestro país, especialmente en el ámbito de la ciudad Autónoma de Buenos Aires donde la matrícula de alumnos es absorbida casi en partes iguales por las escuelas pertenecientes al sector estatal y al privado, resulta relevante y trascendente la actividad que desarrollan las instituciones educativas de gestión privada en todos los niveles.

En ese sentido, el proyecto de ley elaborado por la Defensoría del Pueblo parte del reconocimiento de la potestad de las instituciones educativas de gestión privada de diseñar sus propios proyectos institucionales, sus perfiles y orientaciones académicos en forma autónoma y, en consecuencia, sus condiciones de admisión de alumnos, siempre y cuando que las mismas se sujeten "a las

pautas generales establecidas por el Estado, que acredita, evalúa, regula y controla" *de modo indelegable* la administración de las personas privadas y públicas no estatales que prestan servicio educativo (artículo 25 de la Constitución de la ciudad).

Sin embargo, al encontrarnos frente a casos en los que tanto desde las instituciones educativas cuestionadas en las denuncias de los padres, como desde la autoridad de aplicación, control y supervisión de establecimientos educativos privados -esto es, la Dirección General de Educación de Gestión Privada de la Secretaría de Educación del G.C.B.A.- se proporcionaba sistemáticamente como toda respuesta que los institutos "han hecho uso de su derecho de admisión", y al analizar la norma con la que esa dependencia legitima su ejercicio -la resolución N° 641 del 31 de julio de 1981, dictada por el entonces Ministerio de Cultura y Educación de la Nación del gobierno militar-, decidimos propiciar la sanción de una norma que, al tiempo que se propone cubrir un 'vacío normativo' a nuestro entender *incontrastable*, garantiza a los alumnos, sus padres o representantes legales su *derecho a la información, y a conocer las causas y fundamentos de la negativa a inscribirlos en una escuela*.

Ante el requerimiento formulado por esta Defensoría del Pueblo a efectos de canalizar las denuncias recibidas, la mencionada Dirección General de la Secretaría de Educación del G.C.B.A. proporcionó idénticas respuestas a las presentaciones realizadas señalando que los institutos "han hecho uso de su derecho de admisión (...) toda vez que el contrato de matriculación se circunscribe a cada período lectivo, sin extenderse a períodos posteriores, por lo que, al no interrumpirse la continuidad escolar del menor en el año en curso, no se consideraría como alteración de la libertad de enseñar sino de la libertad para la renovación de un contrato". El artículo 137 de la resolución ministerial N° 641 de 1981 expresa que "los institutos se reservan el derecho de admisión. Este derecho sólo podrá ejercerse al comienzo de cada período lectivo y en referencia con la posible matriculación de alumnos"².

² Curiosa respuesta brindada por el Dr. Gerardo Suárez, máxime si se la compara con los dichos de la propia Secretaría de Educación del G.C.B.A., Lic. Roxana Perazza,, quien se manifestó abiertamente contraria a la aplicación del "derecho de admisión" en las escuelas (Revista "Viva" y Diario Página/12 del 26/03/04, pág. 15).

La resolución citada señala expresamente en su artículo 1 que se trataba de "*normas temporarias y exclusivas del nivel primario*", y establece en su artículo 2 que "... su aplicación *tendrá vigencia por el término de tres (3) años a partir del curso lectivo de 1981*, cumplido el cual y efectuadas las evaluaciones que determinen los organismos de conducción educativa, se procederá a su ajuste y aplicación definitiva" (el destacado me pertenece).

Por su parte, el artículo 137 indica que "los institutos se reservan el derecho de admisión. Este derecho sólo podrá ejercerse al comienzo de cada período lectivo y en referencia con la posible matriculación de alumnos", mientras que el 138 dispone que "incorporado un alumno a un Instituto, las situaciones conflictivas que pudieren plantearse con los padres, no justificarán la separación del alumno en su condición de regular durante el término lectivo que esté cursando".

En consecuencia, es opinión de este órgano de control de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que *la resolución precitada ha perdido vigencia*, tanto por lo que se desprende del articulado de la propia norma, su 'exclusividad' -al haber sido dictada para el nivel primario de la enseñanza³- y su 'temporalidad' -al establecer una vigencia de tres años a partir del ciclo lectivo 1981-, como especialmente a raíz de los cambios institucionales y normativos producidos luego de 23 años, en particular el retorno a la *institucionalidad democrática* y la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que confiere a esta resolución ministerial un rango *definidamente inferior* en la escala normativa.

Llama la atención, por lo tanto, la posición asumida por la Dirección General de Educación de Gestión Privada de la Secretaría de Educación, cuyos funcionarios están obligados a conocer y velar por el cumplimiento de *todas* las normas vigentes, comenzando por aquellas de rango superior como son la Constitución Nacional, los Tratados y Pactos Internacionales que la integran, las leyes nacionales y locales y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y no resoluciones *de dudosa legalidad emanadas por un gobierno dictatorial*.

³ En la actuación N° 10.622/03 se constató la decisión de un instituto de no matricular a una niña que cursaba el nivel Preescolar por aplicación del "derecho de admisión".

Por otra parte, en nuestra interpretación es precisamente el *interés público* en materia educativa el que morigera otros principios en relación al 'contrato' entre la institución educativa y los padres o representantes de los alumnos / as.

Así, el contrato que los vincula reviste características particulares, por la materia que constituye su objeto: brindar educación y formación a niños, niñas y adolescentes, cuya naturaleza jurídica y estudio excede el presente.

No debemos soslayar que en la mayoría de los casos la elección de una institución educativa responde a una serie de factores y motivaciones de los padres, o representantes legales, y de los propios niños, y adolescentes, en los que, como fuera dicho, se conjugan diferentes intereses, criterios y opciones.

Esa elección, contrariamente a lo que se sostiene en la cuestionada resolución, se realiza pensando en una etapa de escolaridad determinada: nivel preescolar, primario, secundario o terciario no universitario, e incluso en *todo el trayecto* educativo, lo cual resulta razonable, puesto que cada etapa se perfecciona luego de completados todos los años que la conforman.

Así como los padres o representantes de los alumnos eligen libremente la institución educativa según sus preferencias, existe como contrapartida el derecho de la institución a establecer pautas, normas y reglas que animan e inspiran al establecimiento y que deben ser respetadas pues se hallan reconocidas y garantizadas en la Constitución Nacional.

En consecuencia, resultaría tan absurdo pretender que una institución educativa privada esté *obligada* a inscribir a un alumno o alumna, como sostener que la misma pueda *rechazar su inscripción sin explicitar la causa y los fundamentos de esa negativa*.

No se trata de invadir ni mucho menos de negar el ámbito de decisión estrictamente privado propio de toda institución, sino de *armonizar* su ejercicio con los derechos de los alumnos y sus representantes.

La doctrina sostiene que "cuando nos encontramos con establecimientos de enseñanza privada, el derecho de enseñar (que tiene como titular a la entidad o persona que los regentea), no implica el 'deber' de enseñar a quien el establecimiento no desea recibir como alumno. De tal forma, la selección de quienes aspiran a ingresar queda librada al establecimiento (*salvo que la negativa pudiera acreditarse como arbitraria o discriminatoria*). El 'deber' de

enseñar solamente se personaliza en un sujeto pasivo cuando nace y subsiste una relación jurídica que lo vincula con quien, frente a él, es sujeto activo del derecho de aprender.

Hecha esta aclaración preliminar pasamos revista a los principios que, en nuestra opinión, deben orientar con justicia a la libertad de enseñanza y a la educación, dentro de los moldes de la constitución y de los tratados constitucionales con jerarquía constitucional:

- a) Los padres tienen derecho a elegir el tipo de enseñanza que prefieren para sus hijos menores, involucrando también su orientación espiritual, los maestros que han de impartirla, el lugar (establecimiento o el propio hogar), etc.
- b) Los hijos menores adultos pueden elegir por sí mismos la orientación espiritual de su propia enseñanza si no comparten la elegida por sus padres.
- c) El Estado no puede imponer un tipo único de enseñanza obligatoria -ni religiosa ni laica.
- d) El Estado no puede coartar la iniciativa privada en orden a la apertura y al funcionamiento de establecimientos de enseñanza.
- e) El Estado no puede negar reconocimiento a dichos establecimientos no oficiales, ni a los títulos y certificados que expiden.
- f) El Estado no puede crear privilegios lesivos de la igualdad a favor de sus establecimientos oficiales de enseñanza, discriminándolos arbitrariamente frente a los privados.

Estos principios significan fundamentalmente prohibiciones, y han de correlacionarse con otros que señalan sus competencias y deberes:

- a) Obligar a recibir el mínimo de enseñanza que él establezca en los planes de estudio, respetando el derecho individual a elegir de quién y dónde se recibirá la enseñanza, y la orientación espiritual de la misma.
- b) Reglamentar razonablemente las condiciones de reconocimiento de la enseñanza privada y de los títulos y certificados que la acreditan.
- c) Obligar a la enseñanza privada a ajustar sus planes de estudio a un plan mínimo y obligatorio impuesto por el estado (en cuanto a duración, materias, etcétera), pero sin interferir en la orientación espiritual e ideológica de aquella enseñanza.

d) Controlar que no se viole la moral, el orden y la seguridad públicos, y que se respeten los valores democráticos, y los demás valores colectivos que identifican el estilo de vida de nuestra comunidad.

e) Verificar mediante medidas razonables si la enseñanza privada se conforma a tales pautas.

f) Establecer la enseñanza religiosa optativa en los establecimientos oficiales.

g) El Estado (federal) debe respetar las particularidades provinciales y locales, que es una de las manifestaciones del pluralismo regional.

h) Debe asegurar la participación de la familia y de la sociedad.

i) Debe asegurar también la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

j) Garantizar que la educación pública estatal se rija por los principios de gratuidad y equidad.

Lo que el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional denomina en su tercer párrafo 'la responsabilidad indelegable del Estado' apunta, a nuestro criterio, a la que le incumbe para que las pautas educativas y culturales que en orden a la enseñanza establece la constitución se hagan efectivas. Ello abarca desde la sanción de las leyes conducentes a tal fin, hasta las medidas a cargo de la administración, e incluso, las acciones positivas que, si bien no aparecen con esa denominación en el inciso comentado, pudieran resultar necesarias.

Con respecto al derecho a la libertad de enseñanza, debemos dejar establecido como principio que:

a) No se viola la libertad de aprender cuando para el desempeño de una tarea se exige al aspirante la serie de conocimientos que hacen a la idoneidad para desempeñar esa tarea, eliminando a quien no posee tales conocimientos.

b) No se viola la libertad de aprender cuando los establecimientos oficiales o privados de enseñanza fijan razonablemente las condiciones de ingreso de los aspirantes y niegan el acceso a quienes no las reúnen.

c) No se viola la libertad de enseñanza cuando la orientación espiritual o ideológica con la que la enseñanza se imparte no es compartida por quien la recibe habiendo ingresado

voluntariamente al establecimiento de que se trata". (Germán J. Bidart Campos, **Manual de la Constitución reformada**).

Por ello, la negativa a contratar *no puede ni debe* estar fundada en motivos, causas o pretextos que constituyan un ejercicio irregular de ese derecho, o que emanen de un acto ilícito, por ejemplo *la discriminación*.

Esta es la frontera que el ordenamiento jurídico impone a la negativa de una institución educativa a inscribir a un alumno.

Y nos referimos a la inscripción o matriculación para iniciar o continuar estudios, porque otros casos de posible controversia se hallan contemplados en las normas del sistema de convivencia escolar (la Ley N° 223, de carácter imperativo para escuelas públicas y privadas de nivel secundario de la ciudad), y en los casos originados en cuestiones económicas por la Ley N° 400.

A partir del momento en que una institución gestiona y obtiene del Estado la autorización para matricular alumnos en el ámbito de la educación formal se interpreta que efectuará oferta pública de sus servicios, dentro de las condiciones que hacen al cumplimiento de las normas vigentes y los objetivos institucionales que se proponga, y que resulta razonable que exija sean respetados por parte de los alumnos.

En la resolución de los casos que se presentan sobre la negativa de una institución educativa de gestión privada a inscribir o a reinscribir a un alumno, nos encontramos en una zona de *encuentro de derechos* en la cual debemos encontrar una solución que equilibre los principios de igualdad y de autonomía de la voluntad, ambos de raigambre constitucional.

Los padres de alumnos a cuyos hijos se les niega la matriculación entienden que los institutos hacen uso abusivo y arbitrario del *derecho de admisión*, agraviándose por los *trastornos afectivos, emocionales y de aprendizaje* que esta situación les genera. Manifiestan que cuando eligieron una institución educativa a la cual confiarle la educación de sus hijos lo hicieron pensando en todo un ciclo educativo, y no en un '*contrato renovable año a año*'.

Los institutos educativos que deciden no matricular o rematricular alumnos manifiestan que lo hacen en ejercicio de su *legítimo derecho de admisión*⁴.

La Dirección General de Educación de Gestión Privada defiende, como ya fue señalado, la vigencia de la resolución N° 641 mientras que la Secretaría de Educación se manifiesta abiertamente contraria al "derecho de admisión" en las escuelas privadas.

Como vemos, un debate que moviliza y obliga a las definiciones.

Análisis normativo

La Constitución Nacional establece en su artículo 14, entre otros, el derecho de todos los habitantes de la Nación a trabajar y ejercer toda industria lícita; de asociarse con fines útiles y de *enseñar y aprender*. Y en el 42 garantiza a usuarios y consumidores de bienes y servicios *una información adecuada y veraz* y la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno.

La Convención sobre los Derechos del Niño fija en su artículo 2 que:

"1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea *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"

Asimismo, en su Artículo 12º establece que:

"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio *el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que puedan afectarlo*, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

⁴ Norberto Balóira, miembro de CORDIEP, la cámara que nuclea a las asociaciones de colegios laicos y religiosos de educación privada, señaló al respecto que el derecho de admisión "surge del Artículo 1190 del Código Civil, que establece el derecho a la libre contratación" (Página/12, 26 de marzo de 2004, pág. 15).

2. Con tal fin, se dará en particular al niño *la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte*, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional".

Contempla expresamente el Derecho a la Educación en los artículos 28 y 29, al afirmar que:

"1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho (...) d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención".

El derecho a la educación también se encuentra contemplado en el artículo XII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre: "toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

En el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establece que:

"1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

Al mismo tiempo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 13, indica que:

"1. La educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado".

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone que "rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se Interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

Y en su artículo 23 expresa que "la ciudad reconoce y garantiza un sistema educativo inspirado en los principios de la libertad, la ética y

la solidaridad, tendiente a un desarrollo integral de la persona en una sociedad justa y democrática. Asegura la igualdad de oportunidades y posibilidades para el acceso, permanencia, reinserción y egreso del sistema educativo. Respeta el derecho individual de los educandos, de los padres o tutores, a la elección de la orientación educativa según sus convicciones y preferencias...".

El artículo 25 prescribe que "las personas privadas y públicas no estatales que prestan servicio educativo se sujetan a las pautas generales establecidas por el Estado, que acredita, evalúa, regula y controla su gestión, de modo indelegable. La Ciudad puede realizar aportes al funcionamiento de establecimientos privados de enseñanza, de acuerdo con los criterios que fije la ley, dando prioridad a las instituciones que reciban a los alumnos de menores recursos. Las partidas del presupuesto destinadas a educación no pueden ser orientadas a fines distintos a los que fueron asignadas".

En el artículo 39 del Capítulo Décimo, dedicado a los niños, niñas y adolescentes, se estipula que "la Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes".

Asimismo, "se otorga prioridad dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar:

- La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar; con cuidados alternativos a la institucionalización.
- El amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual.
- Las medidas para prevenir y eliminar su tráfico.
- Una ley prevé la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales".

En su artículo 46 garantiza los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios: "la ciudad garantiza la defensa de los

consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación. Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos. El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamenta la ley".

La Ley N° 114, por su parte, señala en su artículo 17 que "los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos".

Es opinión de esta Defensoría del Pueblo que la jerarquía normativa de los Tratados y Convenciones de los que la Nación es parte alteró el sistema de derecho interno en muchos aspectos y materias, uno de los cuales es la legislación referente a derechos de los niños, niñas y adolescentes, conforme surge del artículo 75, inciso 22, que determina como principio general que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

La escala normativa se especifica y completa al prescribir en relación a los tratados que "...en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

La Constitución Nacional y los Tratados con jerarquía constitucional constituyen una unidad normativa, conforme surge del señalado artículo.

Al respecto la doctrina expresa que "cuando nuestro Estado se hace parte en un tratado que discrepa con una ley anterior, nos hallamos ante un caso típico de ley que, sin ser originariamente inconstitucional al tiempo de su sanción, se vuelve inconstitucional posteriormente al entrar en contradicción con una norma ulterior (tratado), que para nosotros reviste jerarquía superior a la ley. Hay quienes dicen, en ese caso, que más que de inconstitucionalidad sobreviniente, hay que hablar en la hipótesis de "derogación" de la ley anterior por el tratado posterior que la hace incompatible con sus disposiciones" (Germán Bidart Campos, **Manual de la Constitución Reformada**, Tomo II).

Por otra parte, todo derecho debe ser practicado dentro de ciertos límites, que hacen a su ejercicio.

El Código Civil en su artículo 1071 establece que "el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos*. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres" (el destacado es propio).

La doctrina jurídica caracteriza así al acto abusivo: "la posición de Josserand, adoptada después de una meditación prolongada a través de varios años, es la más acertada. Para este autor el acto abusivo es el contrario al objeto de la institución del respectivo derecho, a su espíritu y a su finalidad. Antes de él, Porcherot advertía que "se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, su derecho del destino normal para el cual ha sido creado".

Tenemos a esta concepción como fundamentalmente exacta. Si los derechos subjetivos son reconocidos al hombre como medios indispensables encaminados a la obtención de los fines humanos, ellos quedan adscriptos al servicio de esas mismas intenciones y pierden su carácter cuando el titular los desvía de la finalidad que justifica su existencia. Como sostiene Laurent, "los derechos son conferidos para una misión... Pero, ¿por qué los derechos son

sancionados por la ley?". Porque son facultades necesarias para cumplir nuestra misión en la tierra".

Por esto ha dicho la profesora María Antonia Leonfanti que el derecho "es un instrumento, un medio social, una esfera de acción garantizada para que la persona cumpla sus fines humanos". Por lo tanto, "si el derecho subjetivo es desviado del fin para el cual ha sido reconocido como tal, deja de ser derecho, y aún pasa a ser acto ilícito si provoca el perjuicio de alguien" (Jorge Joaquín Llambías, **Derecho Civil Parte General**, T. II pág. 183).

Ahora bien, resulta necesario determinar cuándo un acto realizado en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de una obligación legal puede ser caracterizado como 'abusivo'.

"En cuanto al criterio para definir cuándo es abusivo el ejercicio de un derecho, la ley establece una doble directiva, sumamente interesante. Una primera es específica y se relaciona con la índole del derecho que se ejerce, en lo que se sigue la opinión de Porcherot y de Josserand: hay abuso del derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se los desvía del destino para el cual ha sido creado, cuando -como señala acertadamente la Ley 17.711 acertadamente- se contrarían los fines de su reconocimiento. La segunda directiva es más amplia y traslada a esta situación -el ejercicio de un derecho- la necesaria subordinación del orden jurídico al moral. Por ello, siguiendo a los reformadores, René Savatier y Roberto Goldschmidt califican como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres". (conf. obra cit. pág.187/188).

Conclusiones

En base a estos fundamentos, entendemos que el proyecto de ley presentado por la Defensoría del Pueblo intenta compatibilizar tanto el derecho de los institutos a diseñar en forma autónoma su perfil educativo y su proyecto institucional como el de los alumnos / as a la educación, a la no discriminación y a la no exclusión de una institución educativa sin una causa debidamente fundada, en el entendimiento de que a raíz de la naturaleza pública del servicio educativo -brindado por escuelas estatales o privadas- y de las normas y leyes de raigambre constitucional que tutelan los

derechos de niños, niñas y adolescentes, resulta inaceptable que la negativa a matricular o reinscribir un alumno (como se pudo constatar en los casos denunciados ante esta institución) se funde exclusivamente en el enunciado del *derecho de admisión* de los institutos y no en razones objetivas debidamente probadas.

De ahí la propuesta de estipular la obligación de *explicitar por escrito* las causas y los fundamentos de esa negativa.

Se trata, ni más ni menos, que de defender el derecho de niños, niñas y adolescentes y sus padres o sus representantes legales a conocer las motivos por los cuales se los excluyó de una escuela.

Por último, coincidimos con lo expresado por el Defensor del Pueblo de la Nación, Eduardo Mondino, en su resolución N° 755/00 del 15 de junio de 2000, en la que exhortó a la Secretaría de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que adopte "*las medidas necesarias para que reglamente el derecho de admisión, de aplicación en el ámbito de los establecimientos privados de la Ciudad de Buenos Aires, de modo que cuando se resuelva la no rematriculación de un alumno, la medida sea fundada, exponiendo las causales objetivas que le dan sustento e informándolas a los involucrados*", y entendemos que *debe garantizarse a los usuarios, en este caso del servicio educativo, el derecho a obtener información adecuada y veraz*, conforme lo dispuesto por la Constitución Nacional en su artículo 42, la Ley N° 24.240, artículos 1, 2, 3, 4, 7, 8, 19, 37, 38, 39 y cctes., y el Decreto N° 1.798/94.

Como manifestamos al comienzo de este trabajo, desde distintas expresiones políticas e ideológicas se ha impugnado el proyecto presentado por la Defensoría del Pueblo por 'intrusivo' o 'minimalista', incluso se ha sostenido que "son pocas" las denuncias recibidas en el organismo como para "normar por la excepción"⁵.

Lo que nadie ha podido hasta el momento es exponer seria y racionalmente los motivos por los cuales una persona o una

⁵ Esta pueril argumentación ha quedado desmentida en los hechos por las denuncias recibidas tanto en la Defensoría del Pueblo de la Nación que motivaron el dictado de la Resolución n° 755/00 como en la propia Dirección General de Educación de Gestión Privada de la Secretaría de Educación del G.C.B.A., organismo que, según manifestara un asesor de esa dependencia ante la Comisión de Educación, Ciencia y Tecnología de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 01/06/04, en atención a las "numerosas denuncias recibidas" dictó una Disposición específica al respecto.

institución pueda negarse a brindar por escrito -salvo, por supuesto, que se crea con derecho a ello- los fundamentos de una decisión que afecta a un tercero. Tanto temor vinculado a tan simple y elemental pretensión no hace más que reafirmar nuestra convicción de que el proyecto merece su aprobación.

*Colaboró en el trabajo
Fabián Alejandro Pugliese, asesor de la adjuntía*

PROYECTO DE LEY

OBLIGACION DE FUNDAR LA NEGATIVA DE INSCRIPCIÓN O REINSCRIPCIÓN DE ALUMNOS / AS DE ESCUELAS DE GESTIÓN PRIVADA

Artículo 1º: Los establecimientos educativos de gestión privada incorporados a la enseñanza oficial en todos sus niveles que negasen la inscripción a un aspirante o la reinscripción a un/a alumno /a para el año o ciclo siguiente, deberán en los casos que les fuera solicitado, expresar por escrito las causas y los fundamentos de la decisión adoptada.

Artículo 2º: La solicitud de información deberá ser efectuada por padre, madre o responsable de el / la aspirante o alumno /a; o por el / la alumno /a en su caso, mediante nota; telegrama o carta documento dirigida a las autoridades de la institución.

Artículo 3º: En los casos de incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 la Secretaría de Educación podrá sancionar con hasta la caducidad de la incorporación a la enseñanza oficial a aquellos establecimientos que no se avengan a entregar la información solicitada.

Artículo 4º: En la página web de la Secretaría de Educación y en las carteleras de los institutos educativos de gestión privada incorporados a la enseñanza oficial será obligatoria la exhibición del texto completo de la presente.

Artículo 5º: Comuníquese, etc.



EL DERECHO A TRABAJAR
Y LA DISCRIMINACIÓN:
LA RESOLUCIÓN N° 191/2003
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

trabajo

Y DISCRIMINACION

Autora del trabajo



SUSANA AYALA

Abogada (UBA). Ocupó entre 1992 y 1994 los cargos de Directora General Adjunta Técnico Administrativa y Directora General Técnico Administrativa en la Subsecretaría de Gobierno de la ex Municipalidad de la Ciudad. Fue asesora de la presidenta de la Comisión de Derechos Humanos y Garantías de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación entre 1995 y 2000. Colaboró con el secretario de Justicia de la Nación en 1997. Entre 2001 y 2003 se desempeñó como coordinadora de la Oficina de Emergencia de la Dirección de la Mujer del Gobierno de la Ciudad, desde donde pasó a prestar servicios en la Defensoría del Pueblo en el área legal y técnica. Es Magíster en Abogacía del Estado de la Escuela de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Este trabajo forma parte del seminario "La Lucha Contra la Discriminación", del profesor Eugenio Palazzo, ECAE.

La disposición que establece los requisitos para la habilitación del cuerpo docente destinado a la capacitación de mediadores es minuciosamente analizada en este trabajo para revelar, a través de su intrínseco carácter discriminatorio, cómo afecta la libertad de trabajo y se opone al espíritu igualitario de las normas vigentes.

En nuestro país, el conjunto normativo destinado a obtener una tutela sobre los actos arbitrarios y discriminatorios no se ha conformado de manera integral por una norma abarcativa de toda la problemática relacionada con éstos, sino que ha obedecido más bien a impulsos legislativos derivados de conflictos sociales puntuales, y a la mayor o menor influencia de ciertos sectores de la población que consideraron la oportunidad de contar con una herramienta específica ante maniobras discriminatorias fundamentalmente de origen racial y religioso.

El primer antecedente legislativo en la materia fue el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional, que tuvo sanción de la Cámara de Diputados el 26 de junio de 1985, pero que quedó pendiente en el Senado por las discusiones y opiniones encontradas que suscitó¹.

Tres años más tarde, en 1988, se sancionó la Ley 23.592 de Penalización de Actos Discriminatorios (Boletín Oficial 5/9/88)². Originariamente, sólo contenía 3 artículos. El primero de ellos apuntaba dos conceptos:

"Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los

¹ Mensaje Nº 2.779 del Poder Ejecutivo de la Nación del 5/9/1984, suscripto por Raúl Alfonsín, Carlos R. S. Alconada Aramburu y Antonio A. Trócoli. Este proyecto hacía hincapié en el compromiso del gobierno democrático en la protección de los derechos humanos fundamentales, proponiendo la sanción de un instrumento jurídico que asegurara que para el goce de estos derechos, que son anteriores al Estado y nacen de la condición de hombre, cada uno tuviese "las mismas oportunidades que los demás de desarrollar su propio plan de vida, lo que requiere un tratamiento igualitario en materia de empleo público y privado, en relaciones contractuales con el Estado o entre particulares, en el acceso y uso de servicios y, sobre todo en lo que se refiere a respeto y consideración de los demás miembros de la sociedad."

Tanto el proyecto del P.E.N. como los resultantes de los dictámenes de mayoría y minoría de la Cámara de Diputados eran muy casuísticos, lo que dio lugar a que al legislarse tantas excepciones generaran un efecto contrario al que querían proteger. Se contemplaba la discriminación en el acceso al empleo público, en los ámbitos nacionales municipales y provinciales centralizados y descentralizados, a los ascensos, al ingreso a clubes, instituciones educativas, asociaciones, sociedades, locales públicos, locales privados. A su vez, contemplaba los actos que estableciendo diferencias no eran considerados discriminatorios, lo que generaba gran confusión en la idea de la norma. En lo que sí avanzaban y no fue incorporado en la ley aprobada era la estipulación del cuántum de la indemnización, fijaba sanciones administrativas para los funcionarios públicos que cometieran actos discriminatorios y conforme el contenido de los artículos determinaban la competencia de la justicia contencioso administrativa, criminal y correccional federal o la justicia nacional en lo civil, considerando las normas penales contenidas en la norma complementarias del Código Penal.

² Proyecto del Senador Fernando de la Rúa.

derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados."

Y continuaba: "A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

El primer concepto es genérico, y trata sobre la discriminación como todo acto contrario a la igualdad que no resulta novedoso ya que antes del dictado de la ley la acción de amparo tutelaba esta garantía constitucional. No agrega ningún concepto jurídico nuevo, el aporte se reduce a darle al acto el nombre de discriminatorio. Es más, la ley de amparo no vincula el menoscabo de derechos al pleno ejercicio de bases igualitarias, porque eso ya está contemplado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. La noción que toma la ley de amparo de la Carta Magna es la apuntada en el artículo 33³, que corresponde a una garantía innominada a la eficaz y rápida tutela judicial. Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Congreso Nacional: sobre este fundamento consideró oportuno regular la acción de amparo (Ley 16.986 de 1966). Antes de producirse la toma de la fábrica Kot⁴ por sus empleados, el derecho a impulsar esta acción había sido denegado. La Corte sostuvo en esa oportunidad que "...no dedujo recurso de hábeas corpus, sino de amparo, invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del hábeas corpus, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución. Esta Corte lo

³ Derechos y garantías implícitos. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Introducido por la Reforma de 1860.

⁴ Kot, Samuel CSJN 5/10/58. Fallos 241:298. Se trataba de la toma de la fábrica de Kot por los empleados. La Corte sostuvo que debía restablecerse el derecho de propiedad en toda su integridad.

ha declarado así en la sentencia del 27 de diciembre del año ppdo., en la causa "Siri, Ángel" (Fallos 239:459)⁵. En este caso la Corte sostuvo que "en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su constitución y actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus" (Fallos.168-15; 169-103)⁶.

El amparo es un derecho constitucional de naturaleza procesal. Se presenta como acción, pretensión y proceso. La garantía amparista anida en el propio derecho. Cuando se interfiere sobre un derecho surge el amparo, como un proceso constitucional de naturaleza urgente pero también como un proceso de control de la supremacía de la Constitución.

El segundo concepto de este primer artículo es el establecimiento mismo de sus causas. La redacción es enunciativa ya que afirma "tales como". Esto significa que no limita las causas a las que se

⁵ Siri, Angel. CSJN 27/12/1957. Era el propietario de un periódico de la localidad de Mercedes, Pcia. de Buenos Aires, a quien la autoridad policial le había clausurado el periódico. La Corte sostuvo que no se sabía la causa de la clausura ni quien la había ordenado. Ordena reestablecer de manera inmediata el derecho conculcado.

⁶ Antes de Siri y Kot, en virtud de lo prescripto en los arts.18 y 33 de la C.N., se había legislado en el orden federal y también en el provincial la acción de hábeas corpus como acción expedita y rápida de protección sólo de la libertad física o corporal, ante la detención ilegal o arbitraria. Sin embargo, el instituto del hábeas corpus no era aplicable cuando se conculcaba otro derecho constitucional que no fuere la libertad física. No se admitía otro remedio procesal rápido y expedito para la salvaguarda del goce y ejercicio de esos derechos. Los jueces no podían arbitrar otros remedios procesales no regulados en las leyes de su competencia. Dijo la Corte en el caso "Bertoto": "el recurso de amparo de la libertad o corpus hábeas, se otorga a favor de toda persona detenida o arrestada sin orden escrita de autoridad competente o restringida en su libertad personal, en las mismas condiciones, y aún con toda la amplitud que esta Corte ha reconocido a tal procedimiento tutelar, consideradas las garantías constitucionales que lo informan (cf .Fallos: tomo 139, pág.154; tomo 151, pág. 211,tomo 117, pág. 155), nunca se entendió que él alcanzara a la protección de todos los derechos y garantías allí preceptuados, o implícitamente consagrados según el principio general del Art.33. Ni en la letra, ni en el espíritu ni en la tradición constitucional de la institución del hábeas corpus se encuentran fundamentos para aplicarlo a la libertad de la propiedad, del comercio, de la industria, de la enseñanza, del transporte de correspondencia, etc."

consignan, no es taxativo⁷. Las razones se contemplan hoy a la luz de todos los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional en virtud del artículo 75, inciso 12.

Lo que añade la ley es la obligación del Estado de tratar la discriminación y la extensión de la legitimación activa y pasiva, al establecer para el damnificado la posibilidad de obtener reparación.

El proyecto contemplaba la inclusión del artículo 1º en el artículo 1071 del Código Civil: "la discriminación constituirá un ilícito civil, y como tal da lugar a una acción del damnificado para obtener su cese y la reparación moral y material que se hayan ocasionado".

Existieron dos razones para que finalmente no prosperara la inserción de ese artículo. Por un lado, el temor de que añadirlo afectara su propia estructura, ya que se consideraba la incorporación de la discriminación como la reglamentación del derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, y por el otro porque su inclusión podía significar una limitación de su aplicación exclusivamente al ámbito privado, cuando la intención clara apuntaba a hacerla extensiva también al público.

Los senadores Martiarena y Juárez sostuvieron que no era una ley para el Código Civil sino una de carácter general. El primero afirmó que se trataba de una ley "especial, que viene a ser dictada porque responde a los principios de derecho constitucional e internacional público que se han establecido en los convenios... en los cuales el gobierno argentino, al poner la firma, ha expresado su aceptación de que se dicte una legislación positiva interna para hacer efectivos los principios consagrados en el derecho positivo internacional".

Su inclusión en el Código Civil, "por mucho que hagamos una manifestación diciendo que se refiere a toda clase de actos, puede dar lugar a que en algún caso muy especial quien valore el principio de no-discriminación se ampare diciendo que ésta no es una relación de derecho privado sino de derecho público y que no corresponde la aplicación de esta norma".

⁷ En la exposición de motivos, el autor lo manifiesta claramente: "No hemos querido un enunciado taxativo de motivos de discriminación, sino que creemos preferible darle al juez las pautas para determinar si además de la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política, sexo, posición económica, condición social o condiciones físicas, se pueden producir otras formas de discriminación igualmente susceptibles de sanción".

Por su parte, Juárez indicó en esa oportunidad que "si incorporásemos esta norma al Código Civil, la estaríamos insertando dentro de una cápsula que va a funcionar exclusivamente en el área del derecho privado y sin embargo, ésta no es la intención. No solamente no lo es sino que también me animaría a decir que el área más propicia para las violaciones discriminatorias que se tratan hoy de evitar es especialmente la del derecho público y particularmente, el ámbito del derecho administrativo"⁸.

Complementando la normativa civil se incorporaban agravantes a los actos delictuales ya tipificados si éstos eran cometidos con algunas de las causales de discriminación previstas. "El criterio ha sido aquí el odio o la persecución por razones raciales ideológicas o religiosas como elementos del tipo penal".

El artículo 2 eleva el mínimo y máximo de la pena para los delitos que se cometan por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad. El 3 también modifica al Código Penal fijando una pena de prisión de un mes a tres años a "los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. Igualmente para los que alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas".

Los artículos 4 y 5 fueron incorporados por la Ley 24.782 de 1997 y hacen a la obligatoriedad de exhibir el texto del artículo 16 de la Constitución Nacional en lugares de acceso público, el tamaño del cartel y la leyenda de la posibilidad de denunciar en forma inmediata los actos discriminatorios, ante la autoridad policial y/o la justicia civil.

El artículo 6 fue incorporado por la Ley 25.608 de 2002 e impone la sanción de multa al propietario, organizador o responsable de los locales a que hace referencia en el 4, que incumpla las obligaciones dispuestas.

En este somero análisis de la Ley 23.592 a través de sus antecedentes legislativos, hemos centrado el interés sólo en su regulación civil y administrativa -ya que excedería el marco de este

⁸ Intervención en la 30ª. Reunión de la Cámara de Senadores de los días 6 y 7 de abril de 1988.

trabajo la discriminación como sanción penal, donde habría mucho paño que cortar en la determinación del alcance de los delitos que se considerarían discriminatorios- y nuestra finalidad es facilitar el encuadre de nuestro caso.

Fundamentos y efectos de la ley de discriminación

¿Por qué dictar una ley que sancione los actos de discriminación?

Estamos acostumbrados a pensar la discriminación relacionada con el racismo y la xenofobia. Sin embargo, Argentina no tiene antecedentes de conflictos raciales, ni aún religiosos. Como dice el Preámbulo de la Constitución, la igualdad es para todos los hombres del mundo que quieran habitar nuestra Nación. No obstante ello, debemos situarnos en el momento histórico, el fin de una dictadura prolongada y sangrienta. Quedaban muchas heridas en el tejido social. Había un gran movimiento por el reconocimiento de los derechos humanos y una reivindicación por la defensa de los derechos tanto individuales como grupales que fuesen vulnerados.

Ya se habían adoptado instrumentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial⁹. Dice el

⁹ Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial. Artículo 1º- 1- En la presente Convención la expresión "*discriminación racial*" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, 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 en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública.

Artículo 4º- Los Estados parte condenan toda la propaganda y toda las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el Art.5º de la presente Convención, tomarán entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de

autor: "si anidan esporádicos brotes de intolerancia, no son más que expresiones marginales ajenas a la idiosincrasia de un pueblo cuya conformación misma es un crisol de razas y de culturas".

Parte del fundamento de la ley está en la propia exposición de motivos: "podría decirse que la idea fuerza de la norma es asegurar a todos los habitantes de la Nación el efectivo goce de su igualdad ante la ley".

Como surge de este documento, la preocupación era de toda la sociedad civil: la comunidad judía lo solicitaba, se realizaron numerosas consultas con la Secretaría de Estado de Derechos Humanos y otras entidades y personas interesadas. Con la sanción de esta ley se buscó tutelar la igualdad en un sentido amplio, como igualdad de trato, de afirmación de la democracia y de los derechos humanos fundamentales.

En lo que hace al aspecto legal la situación no es la misma luego de la reforma constitucional de 1994 que otorga rango constitucional a los tratados de derechos humanos, es decir, les da jerarquía suprallegal. Así los derechos internacionales constitucionalmente protegidos gozan del mismo régimen constitucional que el resto de los derechos y garantías fundamentales.

Desde los artículos 2, 7, 23-1¹⁰ y 23-2¹¹ de la Declaración Universal de Derechos Humanos, pasando por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los artículos 2-2, 6¹² y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se han levantado las banderas de la no discriminación (artículo 75, inciso 22).

otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación. b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley. Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, *sin discriminación*, a igual protección de la ley.

¹⁰ Que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

¹¹ y a igual salario por trabajo igual, sin discriminación alguna.

¹² El derecho de toda persona a trabajar que comprende el derecho de toda persona a ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

La Constitución Nacional establece la no discriminación en los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 19, 20, 25, 33 y 37. Por eso hablamos del funcionamiento de un bloque de constitucionalidad.

Por último, el artículo 43, tras la reforma de 1994, regula la acción de amparo, incorpora el concepto de discriminación en su párrafo segundo, y da legitimación activa para interponer la acción tanto al afectado cuanto al defensor del pueblo y las organizaciones que propendan a esos fines¹³, por lo que cierra toda posible admisión a un trato discriminatorio.

Ahora bien, circunscribir la problemática de la discriminación a la posibilidad del goce igual de los derechos individuales no resulta argumento suficiente para incluir en las políticas no discriminatorias a los individuos considerados diferentes. El verdadero problema que subyace en el trato discriminatorio es la exclusión de aquellos que resultan ser diferentes desde el punto de vista de la cultura dominante. Tal como sostiene Roberto García Martínez (DT, 1997-A-892 y siguientes)¹⁴, "no es lo mismo desigualdad de trato que discriminación; discriminar es separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra, dar trato de inferioridad a una persona por motivos, raciales, religiosos, políticos, etcétera". En cambio, prosigue, "igualdad es conformidad de una cosa con otra, en naturaleza, forma, cantidad o calidad. La desigualdad de trato puede ser voluntaria o involuntaria, a través de una elección entre situaciones o personas. *La discriminación es totalmente voluntaria, intencional y hasta dolosa, es el rompimiento voluntario o doloso de la igualdad*"(el destacado es propio).

La Corte ha establecido que "la igualdad establecida en el artículo 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se

¹³ Artículo 43 C.N. "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad manifiesta, derechos, y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario, y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización".

¹⁴ Juz. Nac. Trabajo Nº 61 (8 /3/1999). Navarro Montoya, Carlos F c. Asociación de Fútbol Argentino

establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros..." (Fallos 153:67).

Por otro lado, "la igualdad de trato en igualdad de circunstancias" se complementa con la tesis de la razonabilidad en la selección de esas circunstancias relevantes. La Corte ha dicho que la garantía del artículo 16 de la Carta Magna no impone una rígida igualdad sino que entrega a la discreción del Poder Legislativo la facultad de clasificar y agrupar con el único requisito que esta clasificación se base en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas (Fallos:238-60).

El concepto de igualdad a menudo se relaciona con la idea de tolerancia que permite la disidencia o la diferencia pero no evita la exclusión.

Sin embargo, la idea de trato no discriminatorio no puede asociarse solamente a la igualdad y a la tolerancia, necesita la inclusión, no como homogeneización sino dentro del proceso democrático entendido como autogobierno ciudadano, con las minorías integradas al proceso deliberativo.

Los tratados de derechos humanos han incluido conjuntamente con el concepto de no discriminación el de las acciones positivas. Las razones que justifican la discriminación inversa están dadas en que el motivo va más allá de reivindicaciones históricas o de la mera representación de intereses grupales, el beneficio buscado no le corresponde directamente al grupo de que se trate, se halla en el debate público que incorpora una visión más en la toma de decisiones y se forman así ciudadanos educados en la capacidad de adoptar medidas conociendo la mayor variedad diferente de puntos de vista respecto de temas públicos.

Es por esta gran complejidad de las circunstancias que nos presenta la problemática de la discriminación que la ley vigente resulta insuficiente para hacer frente a sus desafíos.

En realidad, ha tenido más una función pedagógica, como instrumento moral y ético que como marco normativo. Presenta muchos puntos oscuros y en muchas oportunidades en la instancia jurisdiccional han sido rechazados planteos por la imposibilidad de ajustarlos a los tipos preceptuados y/o en su defecto deja amplio margen a la discrecionalidad judicial.

Los numerosos proyectos legislativos de modificación de la ley aludiendo a actos efectuados por rivalidad u odio en el deporte,

actos discriminatorios por ocupación laboral, estado civil, concubinato, unión de hecho antidiscriminatoria, inclusión de las personas con discapacidad, opinión gremial, orientación o preferencia sexual, identidad o expresión de género, responsabilidad familiar, capacidad psicofísica ideología, caracteres genéticos, y la imposibilidad de adoptar un nuevo texto, así como la oscilación entre la inclusión civil y/o penal que aún hoy perdura, son una muestra clara de lo dicho ut supra¹⁵.

La resolución 191 / 2003

Ahora corresponde evaluar en el caso en análisis si resulta arbitraria y discriminatoria la disposición que establece los requisitos para la habilitación del cuerpo docente destinado a la capacitación de mediadores, consignada en el Anexo II de la resolución M. J. S y D. H. N° 191/03 (B.O.25/2/2003).

La normativa citada dispone en su artículo 1 que se reconocen "los objetivos, contenidos, carga horaria y requerimientos de planificación de los programas de los cursos de capacitación en mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos, que dicte el personal afectado por la Dirección Nacional de Promoción de Métodos Participativos de Justicia, para el desarrollo de tareas de capacitación, destinados tanto a aspirantes a ingresar al Registro de Mediadores (Ley 24.573), a los profesionales matriculados en ese Registro y en el Registro Nacional de Conciliadores Laborales (Ley 24.635), como a otros profesionales o entidades externas solicitantes...".

A su vez, en el artículo 2 establece: "apruébanse los requerimientos que deberá cumplir el cuerpo docente afectado por la DIRECCIÓN NACIONAL DE PROMOCIÓN DE MÉTODOS PARTICIPATIVOS DE JUSTICIA para el desarrollo de tareas de capacitación, que como Anexo II forman parte de la presente resolución".

¹⁵ Expte.366-D-03González,Oscar Roberto y Otros; Expte.4930-D-03 Lubertino Ma.José, Expte.0151-D-02Stolbizer, Margarita Rosa ;Expte.1255-D-02 Fayad, Víctor Manuel; Expte 4173-D-02 Carrió, Elisa María; Expte.5997-D-02 Humada, Julio César; Expte. 3392-D-01 Di Leo, Marta Isabel y Argul Marta; Expte.4808-D-00 Picazo, Sarah Ana, Exte. 2361-S.-02 Maestro, Carlos;3309-S-02 Conti, Diana.

En el Anexo II de esta resolución se manifiesta que "deben poseer título universitario de la carrera de abogacía tanto (...) para los cursos de formación inicial como aspirantes a mediadores como (...) en los cursos de capacitación continua para mediadores matriculados como (...) para cursos de capacitación continua para conciliadores laborales".

Todas las organizaciones dedicadas a la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos, alzaron sus voces para manifestar que esta disposición resulta arbitraria y discriminatoria. El entonces Defensor del Pueblo de la Ciudad, Alejandro Nató, en la actuación N°7182/03 dictó la resolución N°4998/03 (con fecha 10/9/03, aún sin respuesta) en la que expresó:

"La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su artículo 137 define la misión de esta Defensoría. El artículo 2 de la Ley N° 3 establece que la misión de este organismo es la defensa, promoción y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución de esta Ciudad y leyes dictadas en su consecuencia (...). En uso de estas atribuciones deseamos manifestar que nos causa desagrado, rechazo y disconformidad la resolución N° 191/03 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, por incluirse en ella requerimientos discriminatorios para la habilitación de los cuerpos docentes en mediación y (...) exhortar al señor Secretario de Justicia y Asuntos Penitenciarios se arbitren los medios para dejar sin efecto la resolución N° 191/03, en su anexo II por incluirse en ella como requerimiento discriminatorio para la habilitación de los cuerpos docentes para la capacitación de mediadores la exigencia de poseer título universitario de la carrera de abogacía.

Esa resolución no sólo es discriminatoria porque vulnera el derecho a enseñar a profesionales mediadores altamente capacitados que no son abogados, sino que daña en forma irreparable a la interdisciplina. Se denominan interdisciplinarios aquellos estudios que se relacionan con la cooperación de varias enseñanzas. La suma de distintas visiones sobre una misma cuestión, permite una visión integradora que trasciende las visiones particulares a la vez que resulta el producto de la confluencia de todas ellas.

Por otra parte, la mediación en la Argentina nace como un proyecto interdisciplinario, basándose en modelos y teorías

provenientes de diferentes campos del saber: William Ury, Paul Watzlawick, Barnett Pearce, Sara Cobb, Jay Folberg, Humberto Maturana, John Paul Lederach, Johan Galtung. Resulta incongruente además que estos autores se mencionen en la Resolución N° 191/03 toda vez que aportan perspectivas desde áreas muy diversas y ajenas al discurso del derecho. Todos ellos aportan criterios que aluden claramente a la necesidad de aportar distintos 'saberes' en la formación de mediadores, por lo cual no se condice con la exigencia que los cuerpos docentes estén integrados exclusivamente por abogados.

Sostener que la resolución alternativa de conflictos es patrimonio exclusivo de los profesionales de una sola área (ya sea abogacía o cualquier otra), implica que se pierda la riqueza que pueden aportar las otras profesiones, así como dejar de lado el fin último que persiguen estos métodos, tal es ayudar a que las personas se entiendan en la diversidad y puedan resolver pacíficamente sus conflictos.

La mediación es una práctica que trasciende el derecho, se construye, nutre y desarrolla gracias al aporte de muchos saberes. Prueba de ello es el indiscutible desarrollo que adquirió en estos años la mediación privada, la mediación comunitaria y educativa, entre otras. Ellas crecieron con y desde la interdisciplina. No tienen ley que las regule pero responden a una imperiosa necesidad de nuestra sociedad de encontrar ámbitos, diferentes a los tradicionales, para gestionar y resolver conflictos. Tal es así, que a través de la práctica cotidiana de nuestro Centro de Mediación Comunitaria vemos con satisfacción que los vecinos de la Ciudad han encontrado un espacio que resulta cada vez más requerido como ámbito para la resolución de conflictos y podemos sostener con orgullo que en la base del trabajo de mediación y resolución de conflictos se halla como piedra basal la interdisciplina tanto en la elección metodológica empleada como en la visión de los mediadores que lo realizan.

En consecuencia, la exclusión de otras profesiones de base no pertenecientes al derecho, para la enseñanza de la mediación y otros métodos de resolución de conflictos no está basada en ningún fundamento teórico ni conceptual, desmerece y empobrece el instituto de la mediación, desconoce y es discriminatoria de todo mediador no abogado".

Desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, se envió un correo electrónico que circuló entre todas las organizaciones que integran la red de mediación con el que se pretendió desvirtuar el ataque a los requisitos discriminatorios de la resolución N° 191/03.

Antes de entrar en el análisis de los contenidos de este correo, es importante que recordemos también que en sus inicios la mediación como técnica pre-judicial generó muchísima resistencia, por lo cual el trasfondo de este conflicto desatado por la resolución N° 191/03 trasciende el texto de la misma.

Destaca el texto que la resolución M.J.S. y D.H. N° 191/2003 es una regulación interna inspirada en la Resolución N° 248/98 (exigencias a entidades externas, públicas o privadas que conforman o aspiran a ingresar al Registro de Instituciones Formadoras en Mediación, con programas aprobados, que dictan cursos arancelados) y que llenó un vacío normativo generado por la ausencia de un plan de estudios estructurado y con contenidos específicos para cada nivel de formación de mediadores, en el marco de la Ley 24.573.

Para actuar en calidad de docente responsable, según la resolución 248/98, se debe estar inscripto en el Registro de la Ley 24.573 u otro que administre la DINAMARC, y cumplir con el resto de las exigencias que se detallan en ella. En relación con la interpretación de este punto, el Secretario de Justicia y Asuntos Legislativos estableció que "los únicos registros de mediadores y conciliadores que el Ministerio debe llevar en forma prescriptiva son los previstos por las Leyes 24.573 (de mediadores) y 24.635 (de conciliadores). Según esta interpretación, para actuar en calidad de docente responsable según la resolución N° 284 del 17 de abril de 1998, se debe estar inscripto en el Registro de las leyes antes mencionadas y para ello hay que ser abogado.

Sin perjuicio de cuestiones que analizaremos más adelante -como los requisitos de la carrera docente, la aprobación de los planes de estudio por el organismo competente o la posibilidad de hacer una reglamentación que no dependa de interpretaciones subjetivas de algún funcionario-, vamos a detenernos en la explicación que el texto brinda de la situación que se ha presentado más allá de la regulación y adelantamos nuestro criterio, en el sentido de que la Resolución en análisis es discriminatoria porque el acto está motivado en conductas discriminatorias.

- 1) Afirma que la resolución N° 191/03 en su Anexo II establece similares requerimientos que su antecesora, la N° 248/98, pero que amplía algunos de ellos en aras de un nivel de calidad superior al que se exigía a entidades habilitadas. No obstante, para intervenir como docente en los cursos actualización y de especialización de mediadores matriculados sólo se requiere "título universitario", por lo cual no se excluye ni se discrimina a los mediadores no abogados.
- 2) Además se ha contemplado que de los 15 profesionales que integran el Centro de Mediación, sólo tres son psicólogos, por lo que justifica que se asignen así las tareas en los cursos de capacitación.
- 3) Se solicitó colaboración a los mediadores del Centro de Mediación para dictar cursos de mediación según requerimiento de organismos de provincia y se negaron porque pretendían cobrar honorarios como lo habían hecho en gestiones anteriores. Este Centro, creado en 1992, parece haberse transformado en un cayo que hay que extirpar.
- 4) Actualmente, la Dirección Nacional depende de la Secretaría de Justicia y Asuntos Penitenciarios, y es su objetivo "asistir al Ministro (...) en los temas relacionados con medios alternativos de resolución de disputas (...) entender en la elaboración de proyectos normativos tendientes al impulso de métodos alternativos de solución de controversias (...) en los temas relacionados con métodos alternativos y participativos de prevención y resolución de conflictos". Nuestra pregunta es, ¿los legisladores son todos abogados? Cuando el Ministro trata el tema de los piqueteros y la prevención del delito, ¿su mirada es desde el derecho?
- 5) La Ley 23.592 considera como discriminatorio otras causales que se refieren a motivos tales como raza, religión, nacionalidad y no están incluidos, por lo tanto, las causales que tildan de discriminatoria a la resolución N° 191/03 (huelga remitimos a los puntos I y II de este trabajo).
- 6) Se afirma que nunca se aplicó la práctica de la interdisciplina. De ser ello así se desaprovechan los textos que se indican como bibliografía de consulta y aplicación en la propia resolución.
- 7) Se cierra el libelo encarnando en alguna organización mediadora y en el Centro de Mediación la tarea propagandística, en el sentido de convencer opiniones sobre los contenidos discriminatorios de la Resolución de referencia.

Conclusión

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos puede organizar como mejor considere al cumplimiento de sus fines la capacitación para la formación de mediadores pre-judiciales.

La Corte ha dicho que la igualdad ante la ley no es la matemática sino la que se efectiviza ante iguales circunstancias. Lo que no debe hacer es sancionar normas con motivaciones espurias. No puede aplicar criterios discriminatorios que afecten la libertad de trabajo¹⁶. Ya ha quedado demostrado con las políticas de los últimos años que las decisiones inconsultas cuando afectan los derechos de la sociedad y no guardan razonabilidad en su formulación, no son aceptadas por aquellos a quienes van destinadas.

Las normas no tienen un efecto instantáneamente transformador de la sociedad, sino que ciertas actitudes, reacciones instintivas, prejuicios y sentimientos negativos sólo desaparecen en la medida en que son eliminados del interior de los hombres, a través de una tarea pedagógica que necesita de la familia, de la escuela, los medios de comunicación, las confesiones religiosas, los partidos políticos y las entidades intermedias, así como del aporte de cada hombre, mujer, joven o niño.

¹⁶ Ley 17.677. Ratificación del Convenio 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 42ª. reunión del año 1958. Artículo 1:1. A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos "empleo" y "ocupación" incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo.

Artículo 2. Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

En este sentido, las leyes, aunque dirigen por sí solas conductas, tienen una fuerza formadora de mentalidades y conciencias al sancionar los comportamientos que la moral repudia.

Por eso, a través de la teoría de iguales pero separados no se respetan los derechos individuales. El derecho del señor "Plessi" a utilizar un medio público de transporte de pasajeros con la sola posibilidad de sentarse en el tranvía en aquellos asientos reservados para los negros o el derecho del niño "Brown" a la educación pero sólo en escuelas para negros, formalmente les respeta la igualdad ante la ley, pero no impide la segregación y es una conducta discriminatoria y negativa que no es vista como tal por el resto de la sociedad.

La sociedad comenzará a cambiar cuando entienda que la discriminación es un ataque a la dignidad de la persona. La democracia se enriquece con la integración de los grupos minoritarios al proceso deliberativo y de esto hablamos cuando planificamos políticas antidiscriminatorias.



LOS DERECHOS A LA SALUD Y
A LA ALIMENTACIÓN Y LA
MISIÓN DE LA DEFENSORÍA
DEL PUEBLO

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

salud

Y ALIMENTACION

Autor del trabajo

MARIO FERNANDO GANORA

Abogado. Licenciado en Criminología. Ex jefe del área de Reforma de la Legislación y la Administración de la Controladuría General Comunal y la Defensoría del Pueblo. Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex secretario de la Fiscalía de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la ciudad de Buenos Aires.

La seguridad alimentaria se ha convertido en un tema prioritario de las políticas sanitarias en todo el mundo, y parte del derecho humano fundamental a recibir una alimentación adecuada. La Defensoría del Pueblo de la ciudad ha presentado un proyecto de ley para que la legislación porteña incorpore mecanismos de control eficaces que garanticen la inocuidad de los productos que todos los ciudadanos consumen.

Los derechos humanos en el derecho internacional

El peligro de una guerra mundial, con sus secuelas de muerte, destrucción y pobreza, llevó a la comunidad internacional a la necesidad de crear una institución tendiente a prevenirla: la Organización de las Naciones Unidas.

En su carta fundacional, los Estados participantes sostuvieron que los pueblos estaban resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que ya había castigado dos veces durante el siglo XX a la humanidad con sufrimientos indecibles; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad, el valor de la persona humana, la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas; a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, y a promover el progreso social y elevar el nivel dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Los representantes de los Estados, que se habían reunido en 1945 en San Francisco, Estados Unidos, para suscribir la Carta de las Naciones Unidas fueron conscientes de que para crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, era necesario promover:

- a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitarios, y otros problemas anexos, y la cooperación internacional en el orden cultural y reeducativo; y
- c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de esos derechos y libertades.

A fin de concretar estos propósitos, la ONU generó una serie de instrumentos internacionales que conforman la llamada Carta

Internacional de Derechos Humanos. Los documentos que la integran son la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948, y tres herramientas con fuerza legal: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo. Estos tres últimos entraron en vigor en 1976.

Sin perjuicio de estos cuerpos normativos, la Organización de las Naciones Unidas produjo otras declaraciones y convenios internacionales que refirmaron la vigencia de los Derechos Humanos para los grupos más vulnerables de la población. Entre ellos, son de destacar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención de los Derechos del Niño.

Paralelamente, en el ámbito regional americano se produjo una evolución jurídica similar. Los Estados americanos, convencidos de que la misión histórica del continente era la de ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones, concurrieron a la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá. Allí, el 30 de abril de 1948, se suscribió la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que establece entre sus principios que sus integrantes proclamen los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo (artículo 5, inciso j)), porque los representantes de las naciones del continente estaban seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no podía ser otro que el de consolidar, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

A los efectos de otorgar vigencia a estos principios la flamante Organización de los Estados Americanos proclamó en la misma Novena Conferencia Internacional Americana la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Este tratado fue modificado por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos ("Protocolo de Buenos Aires"), el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria.

Mediante ese Protocolo se creó como organismo de la OEA la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tiene como función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en la materia. El "Protocolo de Buenos Aires" estableció también que una convención interamericana sobre derechos humanos determinaría la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de otros órganos encargados de esa materia. Esto se patentizó en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de san José de Costa Rica") del 22 de noviembre de 1969. En materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la OEA produjo el "Pacto de San Salvador" que también fue ratificado por nuestro país.

Los derechos humanos en la Constitución Nacional

A fines del siglo XVIII y principios del XIX los movimientos revolucionarios y reformistas que sacudieron Europa y América vieron la necesidad de consagrar constitucionalmente o en la legislación los que hoy llamamos Derechos Civiles y Políticos.

La Constitución Nacional de 1853/60, de neto corte liberal, se plegó al movimiento y consagró solamente esos derechos, aunque en forma bastante limitada, en la Primera Parte, Capítulo Único "Declaraciones, Derechos y Garantías".

Estas características de la Ley Fundamental fueron establecidas adrede. Juan Bautista Alberdi, autor del Proyecto de Constitución Nacional, explicó claramente que bajo la forma republicana se organizaba una suerte de régimen autoritario protector de la libertad de comercio y del derecho de propiedad donde las demás cuestiones se irían resolviendo por sí solas en la medida en que el progreso económico, la inmigración y la educación fueran cambiando la configuración social de nuestro país. Para Alberdi había que instituir un sistema monárquico en el que el Jefe de Estado fuera un rey con el nombre de presidente (**Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina**, Capítulo XII). El autor de la Constitución rechazó deliberadamente la incorporación de derechos económicos y sociales por los que

luchaban los socialistas europeos porque sostenía que la libertad económica, la igualdad ante la ley, la tutela del derecho de propiedad y la seguridad jurídica y personal eran suficientes para garantizar una adecuada distribución de la riqueza (**Sistema Económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853**, Segunda Parte, Capítulo II).

Sin embargo, una vez llevada a cabo la organización nacional, pronto se advirtió que la propuesta alberdiana resultaba insuficiente, ya que cuando las poblaciones se encuentran sumergidas en la indigencia, la ignorancia, el fanatismo y la enfermedad, es muy difícil sino imposible que rijan las libertades fundamentales.

Cuando finalizaba el siglo XIX y a comienzos del XX, empezó a gestarse lentamente y con mucho esfuerzo y lucha una legislación que tutelaba el derecho a la educación, el trabajo, la vivienda, la salud y la alimentación. El argumento que permitió sortear el obstáculo de la doctrina de Alberdi fue la invocación del artículo 33 de la Constitución Nacional que establecía que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

El proceso de incorporación al orden jurídico nacional de estos derechos se aceleró con la impronta del llamado constitucionalismo social, que se expandió por el mundo luego de la Primera Guerra Mundial y, básicamente, por la influencia del derecho internacional que consagraba los llamados Derechos Humanos. Así, el 11 de marzo 1949 se sancionó una reforma de la Constitución Nacional, donde se incorporaron a la Ley Fundamental los derechos económicos, sociales y culturales en la llamada "Primera Parte - Principios fundamentales. Capítulo Tercero - Derechos Trabajador, Familia, Ancianidad".

Sin embargo, como consecuencia de la revolución de 1955, esta reforma constitucional fue declarada nula. El 24 de octubre de 1957 se modifica nuevamente la Carta Magna, al incorporarse al artículo 14 los derechos económicos y sociales.

Pero también este conjunto de derechos económicos y sociales añadidos al citado capítulo, que nunca se pusieron en vigencia en su totalidad, no agotaban el repertorio de lo que era reconocido como Derechos Humanos por el derecho internacional. Asimismo,

la evolución de la sociedad en la segunda mitad del siglo XX impuso nuevas exigencias, desafíos y necesidades que debían obtener una respuesta de quienes tenían la responsabilidad de legislar. Estas nuevas exigencias se concretaron en la necesidad de tutelar nuevos derechos, los denominados de tercera generación, que abarcan la protección del desarrollo, la paz, el ambiente, el patrimonio cultural y artístico y los derechos del consumidor y el usuario. Se les llama derechos de incidencia colectiva, porque su titular no es una persona determinada sino un colectivo de personas, y cualquiera de ellas puede accionar en su defensa. Los instrumentos internacionales más importantes creados en este sentido fueron la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social y la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

En Argentina, el reconocimiento y tutela de estos derechos se concretó en la reforma constitucional de 1994, muy importante por cuanto su técnica se aparta de los moldes de los precedentes anteriores.

Así, incorporó en los artículos 41 y 42 los llamados derechos de tercera generación. El primero consagra el derecho a un ambiente sano en tanto que el segundo reconoce los llamados derechos del usuario y del consumidor.

En segundo lugar, después de la reforma de 1994 fueron añadidos al texto de la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 22) los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Todos ellos tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional y complementan los derechos y

garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Pero la reforma significó además una modificación sustancial del sistema establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional, según el cual las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados que fueron ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859. Antes de la reforma de 1994 se entendía que el orden en que estaban enunciados esos cuerpos normativos indicaban las relaciones de jerarquía normativa. Por lo tanto, la pirámide jurídica estaba conformada del siguiente modo: 1) la Constitución Nacional, 2) las leyes nacionales y 3) los tratados con las potencias extranjeras. La reforma estableció que el derecho internacional tiene prioridad sobre el derecho interno (artículo 75, inciso 22) por lo que hoy la estructura se conforma así: 1) La Constitución Nacional junto con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos con jerarquía constitucional; 2) los tratados internacionales; 3) las leyes nacionales.

La reforma de 1994 no se limitó a enumerar los derechos, sino que además estableció un complejo sistema de disposiciones e instituciones destinados a procurar su efectiva vigencia.

Así fue que tomó recaudos con relación al Poder Legislativo para que, en su esfera, trabajara en este sentido. Así fue que, del mismo modo, obligó al Congreso de la Nación a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (artículo 75, inciso 23). También lo facultó para

aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos, determinando que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes (artículo 75, inciso 24). De esta manera, la República Argentina quedó sujeta al contralor de los tribunales y organismos supranacionales de tutela de los mencionados derechos.

Debemos destacar que la Constitución Nacional reformada en 1994 incluyó en su texto como garantía de los derechos mencionados la institución del amparo. En efecto, el artículo 43 dispone que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva", y añade que "podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Para reforzar la protección de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes de la Nación se consagró la institución del Defensor del Pueblo (artículo 86), que es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actúa con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Para desempeñar su misión y funciones, la Constitución le otorga al Defensor del Pueblo legitimación procesal, es decir que puede promover acciones ante los tribunales y estar en juicio en defensa de estos derechos.

Los derechos a la salud y a la alimentación como derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional

De la lectura de la Constitución Nacional reformada en 1994 y de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que fueron incorporados con jerarquía constitucional, surge claramente el reconocimiento explícito del derecho a la salud y a la alimentación, a través de un programa bastante detallado de acción que el Estado debe realizar bajo apercibimiento de incurrir en irresponsabilidad internacional. Estos dos derechos en su condición de Derechos Humanos gozan, por tanto, del amplio sistema de protección detallado más arriba. La novedad no tiene parangón con el sistema vigente con anterioridad a la reforma del '94.

En efecto, la Constitución Nacional de 1853/60 no mencionaba en sus disposiciones esos derechos. Sólo podían ser considerados por sus intérpretes como derechos implícitos acogidos en el artículo 33 de aquel cuerpo normativo. Esto permitía una gran discrecionalidad para los gobiernos, que podían ampliarlos o restringirlos a su placer o conveniencia de acuerdo con las circunstancias o vaivenes políticos sin mayor responsabilidad.

La reforma de 1949, si bien establecía *para los trabajadores* (artículo 37, inciso 5) el "Derecho a la preservación de la salud" estaba redactada de tal manera que no establecía deberes concretos para el Estado. Incurría en afirmaciones vagas que permitían también una gran discrecionalidad. En efecto, el texto señalaba que "el cuidado de la salud física y moral de los individuos debe ser una preocupación primordial y constante de la sociedad, a la que corresponde velar para que el régimen de trabajo reúna los requisitos adecuados de higiene y seguridad, no exceda las posibilidades normales del esfuerzo y posibilite la debida oportunidad de recuperación por el reposo". Asimismo, también consagraba para los ancianos el "derecho a la asistencia", al entender que "todo anciano tiene derecho a su protección integral por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección, ya sea en forma directa o por intermedio de los institutos y fundaciones creadas o que se crearen con ese fin, sin perjuicio de

la subrogación del Estado o de dichos institutos, para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes". También consagraba también el derecho al cuidado de la salud física y moral de este grupo etario. Todas estas disposiciones fueron anuladas con el conjunto de la Constitución de esa época con la caída del gobierno peronista en 1955.

En la reforma de 1957 no hay una mención específica en el artículo 14 bis del derecho a la salud y a la alimentación, por lo que la cuestión se rigió de conformidad con las pautas establecidas en la antigua Constitución de 1853/60.

Basta comparar estos textos con los consagrados en la reforma de 1994 para advertir su diferencia. En efecto, entre los instrumentos internacionales enumerados por el artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, hay varios que mencionan específicamente el derecho a la salud y a la alimentación, a saber:

- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

Artículo IX [Derecho a la Preservación de la salud y al bienestar]:

"Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

- **Declaración Universal de Derechos Humanos**

Artículo 25:

"1.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

"2.- La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Artículo 11:

"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso

alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

1.-Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan".

Artículo 12:

"1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.

d) La creación en condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

- **Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial**

Artículo 5:

"En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la Presente convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:... e) los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, ...iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales".

- **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**

Artículo 12:

"1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr.1 supra, los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

- **Convención sobre los Derechos del Niño**

Artículo 24:

"1. Los estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

- c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo".

Respecto de la forma en que se deben proveer los servicios de salud y en lo que concierne a la producción, comercialización y distribución de alimentos, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Nacional que determina:

"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución

de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

La vulneración de estos derechos permite la interposición de la acción de amparo contemplada en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la intervención del Defensor del Pueblo (artículo 86).

El derecho a la salud y a la alimentación contemplado en otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos

La República Argentina, además de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional, ha ratificado otros de particular importancia para nuestra materia. Estos tratados también gozan de prioridad sobre el derecho interno, son directamente aplicables por los jueces, permiten la interposición de la acción de amparo (artículo 43) y la intervención del Defensor del Pueblo (artículo 86).

Entre los referidos tratados resulta de particular importancia el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado Protocolo de San Salvador. Este tratado internacional del ámbito regional americano complementario del Pacto de San José de Costa Rica no sólo reconoce los llamados Derechos, Económicos, Sociales y Culturales sino que permite, en caso de ser violados, la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 19, inciso 6 y concordantes).

Precisamente este Protocolo establece que:

Artículo 10 Derecho a la Salud.

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público

y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria 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 contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables".

Artículo 12. Derecho a la alimentación.

"1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia".

Otro de los instrumentos internacionales que establece una guía inapreciable para la interpretación de los alcances del derecho a la alimentación es la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1973. Este instrumento internacional configura un verdadero programa de gobierno en la materia. En esa ocasión la Asamblea de las Naciones Unidas entendió que la situación de los pueblos que sufren de hambre y malnutrición se origina en circunstancias históricas, especialmente en las desigualdades sociales, incluyendo en muchos casos la dominación extranjera y colonial, la ocupación

extranjera, la discriminación racial, el apartheid y el neocolonialismo en todas sus formas, que siguen constituyendo uno de los mayores obstáculos para la plena emancipación y el progreso de los países en desarrollo y de todos los pueblos involucrados. Esta situación se ha visto agravada desde hace unos años por una serie de crisis por las que ha atravesado la economía mundial, como el deterioro del sistema monetario internacional, el aumento inflacionista de los costos de importación, la pesada carga impuesta por la deuda exterior a la balanza de pagos de muchos países en desarrollo, el aumento de la demanda de alimentos, debido en parte a la presión demográfica, la especulación y la escasez y el aumento de los costos de medios esenciales de la producción agrícola.

De acuerdo a la Asamblea, estos fenómenos debían considerarse dentro del marco de las actuales negociaciones sobre la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, e instar a la Asamblea General de las Naciones Unidas a que acuerde por unanimidad y adopte una Carta que sea instrumento eficaz para la creación de nuevas relaciones económicas internacionales basadas en principios de equidad y justicia.

Asimismo, la Asamblea de las Naciones Unidas proclamó:

"1. Todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus capacidades físicas y mentales. La sociedad posee en la actualidad recursos, capacidad organizadora y tecnología suficientes y, por tanto, la capacidad para alcanzar esta finalidad. En consecuencia, la erradicación del hambre es objetivo común de todos los países que integran la comunidad internacional, en especial de los países desarrollados y otros que se encuentran en condiciones de prestar ayuda.

2. Los gobiernos tienen la responsabilidad fundamental de colaborar entre sí para conseguir una mayor producción alimentaria y una distribución más equitativa y eficaz de alimentos entre los países y dentro de ellos. Los gobiernos deberían iniciar inmediatamente una lucha concertada más intensa contra la malnutrición crónica y las enfermedades por carencia que afectan a los grupos vulnerables y de ingresos más bajos. A fin de asegurar una adecuada nutrición para todos, los gobiernos deberían formular las políticas de alimentos y de nutrición adecuadas, integrándolas en planes de desarrollo socioeconómico y agrícola de carácter general, que se

basen en un conocimiento adecuado tanto de los recursos disponibles para la producción de alimentos como de los potenciales. A este respecto debería subrayarse la importancia de la leche humana desde el punto de vista de la nutrición.

3. Los problemas alimentarios deben abordarse durante la preparación y ejecución de planes y programas nacionales de desarrollo económico y social, haciéndose hincapié en sus aspectos humanitarios.

4. Incumbe a cada Estado interesado, de conformidad con sus decisiones soberanas y su legislación interna, eliminar los obstáculos que dificultan la producción de alimentos y conceder incentivos adecuados a los productores agrícolas. Para la consecución de estos objetivos, es de importancia fundamental adoptar medidas efectivas de transformación socioeconómica, mediante la reforma agraria, de la tributación, del crédito y de la política de inversiones, así como de organización de las estructuras rurales, por ejemplo: la reforma de las condiciones de propiedad, el fomento de las cooperativas de productores y de consumidores, la movilización de todo el potencial de recursos humanos, tanto de hombres como de mujeres, en los países en desarrollo para un desarrollo rural integrado, y la participación de los pequeños agricultores, los pescadores y los trabajadores sin tierras en los esfuerzos por alcanzar los objetivos necesarios de producción alimentaria y de empleo. Además, es necesario reconocer el papel central que desempeña la mujer en la producción agrícola y en la economía rural de muchos países, y asegurar a las mujeres, en pie de igualdad con los hombres, una educación adecuada, programas de divulgación y facilidades financieras.

5. Hoy más que nunca, la utilización de los recursos marinos y de las aguas interiores cobra importancia, como nueva fuente de alimentos y de bienestar económico. Por lo tanto, se deben tomar medidas para promover una explotación racional de estos recursos, preferiblemente para consumo humano directo, con objeto de contribuir a satisfacer las necesidades de alimentos de todos los pueblos.

6. Los esfuerzos encaminados a aumentar la producción de alimentos deberán ir acompañados del mayor empeño posible por evitar el desperdicio de alimentos en cualesquiera de sus formas.

7. Para impulsar la producción de alimentos en los países en desarrollo, y en particular en los menos desarrollados y más

seriamente afectados entre ellos, los países desarrollados y otros países que estén en condiciones de hacerlo deberán adoptar medidas internacionales urgentes y efectivas para proporcionarles en forma sostenida más asistencia técnica y financiera en condiciones favorables y en volumen suficiente para sus necesidades, por conducto de acuerdos bilaterales y multilaterales. Esta asistencia no deberá ir unida a condiciones que atenten contra la soberanía de los Estados beneficiarios.

8. Todos los países, y en especial los altamente industrializados, deberán promover el adelanto de la tecnología de producción de alimentos y realizar todos los esfuerzos posibles para promover la transmisión, adaptación y difusión de una tecnología adecuada para la producción de alimentos en beneficio de los países en desarrollo y para ello deberán, entre otras cosas, esforzarse por comunicar los resultados de sus investigaciones a los gobiernos e instituciones científicas de los países en desarrollo a fin de que puedan promover un desarrollo agrícola sostenido.

9. A fin de asegurar una adecuada conservación de los recursos naturales que se utilizan o podrían utilizarse para la producción de alimentos, todos los países deben colaborar a fin de facilitar la conservación del medio ambiente, inclusive el medio marino.

10. Todos los países desarrollados, y aquellos que estén en condiciones de hacerlo, deberán colaborar técnica y financieramente con los países en desarrollo en sus esfuerzos por ampliar los recursos de tierra y agua para la producción agrícola, y para asegurar un rápido aumento de la disponibilidad, a costo razonable, de insumos agrícolas, como fertilizantes y otros productos químicos, semillas de alta calidad, crédito y tecnología. A este respecto, es también importante la cooperación entre los países en desarrollo.

11. Todos los Estados deberán esforzarse al máximo para reajustar, cuando proceda, sus políticas agrícolas para dar prioridad a la producción alimentaria, reconociendo a este respecto la correlación existente entre el problema alimentario mundial y el comercio internacional. Al determinar sus actitudes ante los programas de sostenimiento de la agricultura para la producción alimentaria nacional, los países desarrollados deberían tener en cuenta, en lo posible, los intereses de los países en desarrollo exportadores de productos alimenticios, a fin de evitar

efectos perjudiciales a las exportaciones de estos últimos. Además, todos los países deberían cooperar para arbitrar medidas eficaces a fin de afrontar el problema de la estabilización de los mercados mundiales y promover unos precios equitativos y remuneradores, cuando convenga mediante acuerdos internacionales, para mejorar el acceso a los mercados reduciendo o suprimiendo las barreras arancelarias y no arancelarias contra los productos que interesan a los países en desarrollo, aumentar sustancialmente los ingresos por concepto de exportación de estos países, contribuir a la diversificación de sus exportaciones y aplicarles en las negociaciones comerciales multilaterales los principios convenidos en la Declaración de Tokio, incluido el concepto de no reciprocidad y de trato más favorable.

12. Siendo responsabilidad común de toda la comunidad internacional garantizar en todo momento un adecuado suministro mundial de alimentos básicos mediante reservas convenientes, incluidas reservas para casos de emergencia, todos los países deberán cooperar en el establecimiento de un sistema eficaz de seguridad alimentaria mundial: aportando su participación y su apoyo al funcionamiento del Sistema Mundial de Alerta e Información en materia de agricultura y alimentación; adhiriéndose a los objetivos, políticas y directrices del propuesto Compromiso Internacional sobre Seguridad Alimentaria Mundial refrendado por la Conferencia Mundial de la Alimentación; asignando, cuando sea posible, existencias o fondos para satisfacer las necesidades alimentarias internacionales de urgencia según se prevé en el propuesto Compromiso Internacional sobre Seguridad Alimentaria Mundial y elaborando directrices internacionales para proveer a la coordinación y utilización de esas existencias; cooperando en el suministro de ayuda alimentaria para cubrir necesidades nutricionales y de urgencia, así como para fomentar el empleo rural mediante proyectos de desarrollo.

Todos los países donantes deberían aceptar y aplicar el concepto de la planificación anticipada de la ayuda alimentaria y no ahorrar esfuerzos para proporcionar los productos básicos y la asistencia económica que garanticen cantidades suficientes de cereales y otros productos alimenticios.

Escasea el tiempo. Es vital actuar con urgencia y constancia. Por tanto, la Conferencia pide a todos los pueblos que expresen,

individualmente y por medio de sus gobiernos y organizaciones no gubernamentales, su voluntad de cooperar para poner fin al antiquísimo flagelo del hambre.

La Conferencia afirma:

La determinación de los Estados participantes de hacer pleno uso del sistema de las Naciones Unidas para la ejecución de esta declaración y de otras decisiones que apruebe esta Conferencia".

El derecho a la alimentación y la responsabilidad del Estado

Del conjunto de los referidos instrumentos internacionales y de la interpretación que ha sido acogida por los órganos de las Naciones Unidas, en especial el Comité de Derechos Económicos y Sociales del Consejo Económico y Social, surge una definición del derecho a la alimentación que no puede ser escindido del derecho a la salud y de otros derechos propios de una sociedad democrática.

En efecto, el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Es también indivisible de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos.

Según la doctrina internacional, "el derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos".

Para las Naciones Unidas el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente:

- la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de

los individuos, sin sustancias nocivas y aceptables para una cultura determinada;

- la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

Esta definición demanda precisiones que la doctrina internacional se encargó de realizar. Así cabe destacar que:

- Por *necesidades alimentarias* se entiende que el régimen de alimentación en conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación. Por consiguiente, será preciso adoptar medidas para mantener, adaptar o fortalecer la diversidad de ese régimen y las pautas de alimentación y consumo adecuadas, incluida la lactancia materna, al tiempo que se garantiza que los cambios en la disponibilidad y acceso a los alimentos mínimos no afectan negativamente su composición e ingesta.
- Para el Comité de Derechos Económicos y Sociales del Consejo Económico y Social la expresión *sin sustancias nocivas* requiere la fijación de los requisitos de la inocuidad de los alimentos y una gama de medidas de protección, tanto por medios públicos como privados, para evitar la contaminación de los productos alimenticios debido a la adulteración y/o la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en distintas etapas de la cadena alimentaria; debiendo también procurarse determinar y evitar o destruir las toxinas que se producen naturalmente.
- El requerimiento de que los alimentos deban ser *aceptables para una cultura o unos consumidores determinados* significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y su consumo, así como las preocupaciones fundamentadas de los consumidores acerca de la naturaleza de los comestibles disponibles.
- El concepto de *disponibilidad* se refiere a las posibilidades que tiene el individuo de alimentarse ya sea directamente,

explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y de comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladarlos alimentos desde el lugar de producción hacia donde sea necesario según la demanda.

● La *accesibilidad* comprende los aspectos económicos y físicos:

■ La *accesibilidad económica* implica que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de los alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado deben estar a un nivel tal que no se vean amenazados o en peligro la provisión y la satisfacción de otras necesidades básicas. Se aplica a cualquier tipo o derecho de adquisición por el que las personas obtienen sus alimentos y es una medida del grado en que es satisfactorio para el disfrute del derecho a la alimentación adecuada. Los grupos socialmente vulnerables como las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población pueden requerir la atención de programas especiales.

■ La *accesibilidad física* implica que la alimentación adecuada debe ser accesible a todos, incluidos los individuos físicamente vulnerables, tales como los lactantes y los niños pequeños, las personas de edad, los discapacitados físicos, los moribundos y las personas con problemas médicos persistentes, tales como los enfermos mentales. Será necesario prestar especial atención y, a veces, conceder prioridad con respecto a la accesibilidad de los alimentos a las personas que viven en zonas propensas a los desastres y a otros grupos particularmente desfavorecidos. Son especialmente vulnerables muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado.

Sobre la base de lo expuesto surge claramente que la República Argentina se comprometió a adoptar medidas para garantizar que toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes inocuos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre.

Este compromiso de garantizar el derecho a la alimentación impone al Estado, al igual que cualquier otro derecho humano, tres tipos o niveles de obligaciones, las de *respetar*, *proteger* y *realizar*. A su vez, el deber de *realizar* entraña tanto el de *facilitar* como el de *hacer efectivo*. La *obligación de respetar* el acceso existente a una alimentación adecuada requiere que el Estado no adopte medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir ese acceso. La *obligación de proteger* requiere que el Estado adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. La *obligación de realizar* (facilitar) significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria. Por último, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar el derecho a una alimentación adecuada por los medios a su alcance, el Estado tiene la obligación de *realizar (hacer efectivo)* ese derecho directamente. Esta obligación también se aplica a las personas que son víctimas de catástrofes naturales o de otra índole.

La derivación lógica de la necesidad de proteger este derecho es el dictado de un conjunto muy variado de normas que hacen no sólo a la definición y a la fijación de los requisitos de la inocuidad de los alimentos y de la gama de medidas de protección, tanto por medios públicos como privados, para evitar la contaminación de los productos alimenticios debido a la adulteración y/o la mala higiene ambiental o la manipulación incorrecta en distintas etapas de la cadena alimentaria, sino también a la incriminación de determinadas conductas socialmente peligrosas.

En este sentido, el Código Penal contempla en el Título VII (Delitos contra la Seguridad Común) un capítulo relativo a los delitos contra la salud pública que contempla las maniobras ilícitas relativas a las sustancias alimenticias (artículos 200 al 203, 205 y 206).

Como puede advertirse, la temática relativa a los alimentos ha cambiado radicalmente con el transcurso del siglo XX. En los inicios de la centuria pasada era contemplado por un segmento poco prestigioso del Derecho Administrativo en puja con el Derecho Comercial. El impacto de la doctrina de los Derechos Humanos, la influencia del Derecho Internacional Público y del nuevo Derecho Constitucional cambiaron radicalmente esta perspectiva.

La necesidad de adaptarse a estos cambios resulta imperiosa para todos aquellos que deben tratar en su vida diaria con estas cuestiones. Las responsabilidades de todo tipo a las que puede dar lugar la trasgresión de determinadas normas son muy graves al igual que las consecuencias para el prestigio y el patrimonio de las empresas y de las autoridades responsables de controlarlas. Es muy difícil que cambie esta tendencia legislativa con el transcurso del tiempo en el sentido de regresar a etapas ya superadas, máxime si se consideran los riesgos reales que entraña la existencia de un mercado global y la posibilidad del mal empleo de tecnologías potencialmente dañosas para vastas poblaciones.

La perspectiva que se brinda a través de este papel de trabajo es sólo un esbozo de un amplísimo campo en diaria construcción pero ofrece grandes y novedosas ideas que no pueden ser desaprovechadas por aquellos que van a desempeñarse en el siglo XXI.

Los derechos a la salud y a la alimentación en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Mecanismos de tutela

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ha sido particularmente respetuosa de lo establecido en los artículos 5 y 31 de la Carta Magna nacional. En efecto, en su artículo 10 estipula que "rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos".

Lo expuesto significa que todo lo precedentemente mencionado resulta plenamente aplicable en la Ciudad de Buenos Aires. Pero además, se encarga de puntualizar que "se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculado con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente..." (artículo 20 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires). Agrega que "la Ciudad ejerce su función indelegable de autoridad sanitaria. Regula, habilita, fiscaliza y controla todo el circuito de producción,

comercialización y consumo de productos alimenticios, medicamentos, tecnología médica, el ejercicio de las profesiones y la acreditación de los servicios de salud y cualquier otro aspecto que tenga incidencia en ella. Coordina su actividad con otras jurisdicciones” (artículo 22). También señala la Constitución porteña que "ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos” (artículo 46).

La lectura de este conjunto de disposiciones constitucionales revela que el Gobierno de la Ciudad asumió el compromiso de garantizar los derechos a la salud y a la alimentación en lo que hace a los tres niveles de obligación señalados más arriba, es decir que contrajo las obligaciones de respetar, proteger y realizar los referidos derechos humanos.

Sin dudas corresponde afirmar que le compete a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad la defensa, protección y promoción de estos derechos humanos frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos (artículo 137 de la Constitución porteña). Para el ejercicio de la mencionada manda constitucional, la Carta porteña le otorga al titular del organismo iniciativa legislativa y legitimación procesal.

La normativa nacional y local en materia de seguridad alimentaria

La seguridad alimentaria está tutelada en un conjunto de normas federales y locales. La Ley N° 18.248 (Código Alimentario Argentino) y su reglamentación constituye el núcleo central de la normativa tendiente a la protección de la seguridad alimentaria en el país y en la Ciudad de Buenos Aires. Este Código surgió como consecuencia del Congreso Argentino de Legislación Alimentaria celebrado en 1964 en Santa Fe, que declaró "oportuna, necesaria y conveniente la sanción de una ley de alcance nacional que establezca las condiciones higiénico-sanitarias que deben reunir los alimentos", estimando importante que la misma contemplase las normas del 'Codex Alimentarius' que FAO y OMS estaban preparando, tomando como base el Reglamento Alimentario aprobado por Decreto N° 141/53. Surgió así el actual Código Alimentario argentino, preparado por la Secretaría de Estado de

Salud Pública, previsto en la Ley N° 18284 y sancionado el 30 de junio de 1971, en permanente revisión y actualización por una Comisión Honoraria del Código Alimentario Argentino, desde 1979 Comisión Nacional del Código Alimentario Argentino.

El Decreto N° 815/99 del Poder Ejecutivo Nacional creó el Sistema Nacional de Control de Alimentos con el objetivo de asegurar el fiel cumplimiento del Código Alimentario Argentino. Este sistema establece que el Código Alimentario Argentino (C.A.A.) es la norma fundamental y que se incorporará al mismo toda la normativa vigente que haga a la elaboración, transformación, transporte, distribución y comercialización de todos los alimentos para el consumo humano (artículo 3 del Decreto Nacional N° 815/99). El Secretario de Política y Regulación de Salud dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social y el Secretario de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación dependiente del Ministerio de Economía y Obras Públicas, por resolución conjunta, mantienen actualizadas las normas del C.A.A. resolviendo las modificaciones que resulte necesario introducirles para su permanente adecuación a los adelantos que se produzcan en la materia, tomando como referencia las normas internacionales y los acuerdos celebrados en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

El Sistema Nacional de Control de Alimentos está integrado por:

- La Comisión Nacional de Alimentos,
- el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) y
- la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).
- Las autoridades sanitarias provinciales y del Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires invitadas a integrarse al Sistema Nacional de Control de Alimentos.

De conformidad con lo normado en el mencionado Decreto Nacional N° 815/99, las competencias de las autoridades de aplicación del C.A.A. tanto federales como locales se deslinda de la siguiente manera: 1) el SENASA tiene las atribuciones conferidas en el artículo 13 y coordina con las autoridades provinciales, el Gobierno Autónomo de la Ciudad de la Ciudad de Buenos Aires y las municipales, cuando corresponda, la fiscalización de los establecimientos que elaboren alimentos de origen animal y/o vegetal para el consumo humano según las competencias

establecidas en el Anexo I y II del Decreto de marras; 2) La ANMAT, por intermedio del Instituto Nacional de Alimentos (INAL) es la encargada de ejecutar la política que dicte el Gobierno Nacional en materia de sanidad y calidad de aquellos productos que están bajo su exclusiva competencia (artículo 14) y para ello tiene las atribuciones contempladas en el artículo 15 del Decreto N° 815/99. Controla y fiscaliza los establecimientos que elaboren, fraccionen y almacenen productos alimenticios destinados al consumo humano con excepción de aquellos que controla el SENASA. Asimismo celebra convenios y coordina su actividad con las autoridades provinciales, el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires y municipales, las acciones necesarias para el mejor cumplimiento del Decreto N° 815/99; 3). Las autoridades sanitarias de cada provincia, el Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires y los municipios son los responsables de aplicar el C.A.A. dentro de sus respectivas jurisdicciones (artículo 16 Decreto Nacional N° 815/99). Les corresponde registrar productos y establecimientos que soliciten autorización para industrializar, elaborar, almacenar, fraccionar, distribuir, comercializar alimentos, con excepción de las que les corresponde al SENASA. También son las encargadas de realizar los controles de las bocas de expendio (artículos 18 y 19 del mismo Decreto).

El sistema está pensado para llevar adelante una permanente actualización que tome como referencia las normas internacionales y los acuerdos celebrados en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). La razón de este reajuste permanente no sólo radica en los avances en materia de conocimientos científicos y tecnológicos sino además en la necesidad de integrar al país y sus regiones en mercados cada vez más amplios.

Las autoridades federales han llevado a cabo esta tarea de actualización en la medida de sus posibilidades.

Así, mediante la Resolución N° 587/97, el Ministerio de Salud y Acción Social incorporó al Código Alimentario Argentino diversas resoluciones del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, referidas a reglamentos técnicos sobre condiciones higiénico-sanitarias y de buenas prácticas de fabricación para establecimientos elaboradores/ industrializadores de alimentos.

Una de las normas incorporadas es la Resolución Grupo Mercado Común N° 80/96 que dispone un Reglamento Técnico MERCOSUR

sobre las Condiciones Higiénico-Sanitarias y de Buenas Prácticas de Fabricación para Establecimientos Elaboradores/ Industrializadores de Alimentos.

El Reglamento Técnico MERCOSUR tiene como objetivo fijar los requisitos generales y esenciales de higiene que deben cumplir toda persona física o jurídica que posea por lo menos un establecimiento en el cual se realicen la elaboración, industrialización, fraccionamiento, almacenamiento o transporte, de alimentos industrializados en los Estados Parte del MERCOSUR.

Si bien el Reglamento establece los principios generales higiénico-sanitarios que deben poseer las materias primas utilizadas para fabricar alimentos, como así también los requisitos higiénico-sanitarios de los establecimientos elaboradores y del personal que realiza tareas en el mismo, corresponde destacar que todos estos requisitos únicamente son fijados para el proceso de elaboración, transporte y almacenamiento de las materias primas y de los productos terminados.

En consecuencia, el Reglamento Técnico MERCOSUR de Condiciones Higiénico-Sanitarias y de Buenas Prácticas de Fabricación, no regula el proceso o requisitos higiénicos que deben cumplirse en el proceso de venta y exhibición de alimentos.

Esta cuestión es esencialmente resorte de las autoridades locales.

El tramo que completaría el círculo de la actualización normativa, tendiente a tutelar la seguridad alimentaria, lamentablemente no ha sido llevado a cabo por las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La antigüedad de las normas y su casuismo disperso e insuficiente puede dar lugar a la comercialización de productos peligrosos para la salud humana.

En efecto, no existen criterios generales a los que remitirse para situaciones no previstas en la casuística. Es decir que conductas que a juicio del C.A.A. son claramente contrarias al derecho y peligrosas para la salud de los consumidores en el proceso de elaboración, transporte y almacenamiento de las materias primas y de los productos terminados, no son consideradas como tales por la legislación local al momento de su comercialización en las bocas de expendio. No hay referencias a instrumentos como las Buenas Prácticas de Manufactura (BPM) o al Análisis de Riesgo por Control de Puntos Críticos (HACCP) o equivalentes.

Las BPM constituyen un pre-requisito a cumplir cuando se quiere aplicar HACCP, y son prácticas "genéricas" diseñadas para todo tipo de alimento, con lo cual se aplican a todos los procesos de manipulación, elaboración, envasado, almacenamiento, transporte, distribución y venta de alimentos para consumo humano.

Las BPM se construyen respetando:

- Los principios generales higiénico sanitarios de las materias primas.
- Las condiciones higiénico sanitarias de los establecimientos elaboradores.
- El cumplimiento de los requisitos de higiene de los establecimientos y en la elaboración.
- La higiene y requisitos sanitarios del personal involucrado.
- Las condiciones de almacenamiento y transporte de materias primas y productos terminados.

El HACCP, en cambio, es un sistema que además de cumplir con las BPM, se basa en la identificación de puntos críticos de control en cada uno de sus procesos en donde alguna amenaza pueda ocurrir y el establecimiento de medidas de control que prevengan o limiten esos peligros.

Esta falta de referencia en la normativa local demuestra que las exigencias legales más modernas se circunscriben a los procesos previos a la venta al consumidor final. La carencia de una normativa que posibilite fiscalizar adecuadamente los mecanismos de comercialización de alimentos, en especial cuando se trata de procedimientos mediante auto-servicio o self-service, constituye en la práctica una desvirtuación del sistema de control de alimentos que debe ser remediado por las autoridades locales.

En efecto, la ausencia de normas ajustadas que impidan la contaminación en la etapa final del proceso de venta de alimentos torna inútiles todos los recaudos previos (limpieza del lugar, higiene de los empleados, controles de calidad, guía de buenas prácticas, control sanitario, normas ISO, inspecciones bromatológicas, etc.), pues de nada sirve saber que hasta determinada etapa del proceso el alimento es inocuo si no continúa así en el momento en que el consumidor lo adquiere.

Por todo ello y considerando que la implementación de un sistema que garantice la inocuidad de los alimentos constituye no sólo una

cuestión jurídica a resolver, sino el afianzamiento de la garantía de los consumidores a la salud, fijada en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Defensoría del Pueblo se encontró en la obligación ética y jurídica de presentar ante la Legislatura porteña -haciendo uso de las facultades otorgadas en el artículo 13, inciso i de la Ley N° 3-, un proyecto de ley (Resolución N° 6430/03) que declara vigente en todo el territorio de la ciudad con la denominación ‘Ley Regulatoria de las Prácticas y Principios Generales de Higiene de Alimentos’ las disposiciones contenidas en el ‘Código Internacional Recomendado Revisado de Prácticas-Principios Generales de Higiene de Alimentos (CAC/RCP 1-1969)’ del Codex Alimentarius.

Este proyecto también dispone que el Poder Ejecutivo ordenará el texto de las normas dictadas por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires dictadas con anterioridad a la presente ley a los fines de compatibilizarlos y que mantendrá actualizadas las normas técnicas de la presente ley informando anualmente a la Legislatura las modificaciones que resulte necesario introducirle para mantener su permanente adecuación a los adelantos que se produzcan en la materia.

Conclusión

En 1994 ocurrió una verdadera revolución en el ordenamiento constitucional, pese a que se emplee el modesto término de reforma para aludir a esa transformación que fue mucho más allá de lo que era la voluntad política expresa de los que la llevaron a cabo mediante el previo dictado de la ley 24309. La reforma constitucional de 1994 es un claro ejemplo de que los resultados de un hecho político siempre van más allá de lo que originalmente tuvieron en mira sus protagonistas.

Podrán realizarse muchas críticas fundadas sobre los propósitos que abrigaron los constituyentes y sobre el acierto de las normas que elaboraron, pero lo cierto es que en materia de los derechos que se analizaron más arriba, tanto la Constitución Nacional de 1994 como su legítimo vástago, la Carta Magna porteña de 1996, representan un sustancial progreso frente al silencio e indiferencia de los textos anteriores.

No se me escapa que la lucha por el desarrollo y el progreso social no se agota en la redacción de los textos constitucionales o

legales sino que además exige una voluntad decidida y comprometida para evitar las regresiones, fruto algunas veces de la ignorancia y otras de los intereses de grupos o facciones. Sin embargo, la institución del ombudsman o Defensoría del Pueblo ha tenido ocasión de demostrar a lo largo de su corta historia en la República Argentina que está a la altura de la misión que le fue confiada. En el terreno de los derechos a la salud y a la alimentación ha desplegado todos los instrumentos a su alcance, desde las sencillas recomendaciones y sugerencias hasta la iniciativa legislativa, pasando por las acciones y denuncias ante los tribunales y la opinión pública. Por lo tanto, hay buenas razones para confiar en que su actuación contribuirá significativamente a su desenvolvimiento.

mat

MADRES MULTÍPARAS:
TRANSVERSALIZAR LA
EQUIDAD DE GÉNERO

Papeles de Trabajo

Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires

ernidad

Autora del trabajo

MARIA PAULA BODNAR

Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Premio Medalla de Oro (1996). Investigadora del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA (2002-2003). Cursó el entrenamiento "Transforming Health Systems. Gender and Rights in Reproductive Health", en el Departamento de Salud Reproductiva e Investigación de la Organización Mundial de Salud (Suiza, 2002). Ex becaria UBACYT (Facultad de Ciencias Económicas, 2000-2001). Cursó la Maestría en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA (1998-2000).

¿Existen razones fácticas y jurídicas que justifiquen aplicar un tratamiento especial para los casos de nacimientos ocurridos en familias numerosas integradas por hijos/as menores de edad?. La particular situación que viven las denominadas "madres múltiparas" ha merecido un análisis pormenorizado desde un enfoque que contempla tanto la protección de la maternidad en general como la equiparación de oportunidades y derechos de las mujeres.

La incorporación de la perspectiva de género es una herramienta clave para incidir en las condiciones socio legales subyacentes que afectan negativamente el desarrollo de los derechos humanos de las mujeres. Desde el abordaje de género se revisan los roles críticos que juegan los factores sociales, culturales y las relaciones de poder entre varones y mujeres en la promoción o restricción de los derechos.

Revisemos un ejemplo de intervención impulsada por la Defensoría del Pueblo porteña: "La Sra. C. se desempeña como empleada administrativa en un hospital público de la Ciudad, tiene seis hijos menores de edad, y se encuentra embarazada. Cuando solicita el otorgamiento de licencia por maternidad, se le informa que se le acordará licencia por el plazo de 105 días -45 anteriores y 60 posteriores al parto-. Este período está fijado por el artículo 22 de la Ley N° 471, e importa una reducción del plazo de 165 días -45 anteriores y 120 posteriores al parto- originariamente establecido por la Ordenanza N° 40.401 para los casos de mujeres con tres o más hijos/as menores de doce años de edad. La Sra. C. considera que el período de licencia que prevé la norma es insuficiente para la organización de su hogar y el cuidado de los/as hijos/as".

Avanzar en la protección de los derechos -de la Sra. C. y de los/as integrantes de la familia-, exige reparar en las peculiares necesidades de atención y cuidados que los/as niños/as pequeños/as demandan y en la sobrecarga de tareas y modificaciones producidas en el hogar con motivo del nacimiento de un nuevo integrante, quien junto con sus hermanos/as requiere de la dedicación materna. De hecho, durante el período post natal, la Sra. C. deberá responder a las exigencias propias del cuidado del neonato y a las superpuestas demandas de cuidados hacia los/as demás hijos/as, de corta de edad y dependientes de la presencia de la madre.

Para efectuar un encuadre jurídico del caso, es pertinente revisar la normativa internacional dirigida a la protección de la maternidad en general, la equiparación de oportunidades y derechos de las mujeres y su inserción en las diversas esferas de la vida social.

Una perspectiva legal

Las previsiones jurídicas hacen hincapié en el respeto de los derechos de las mujeres como un medio para la protección de la maternidad y el cuidado de los/as hijos/as. Asimismo, la

contribución social de las mujeres a través de la maternidad es reconocida en numerosos documentos sobre derechos humanos. Sin embargo, esta visión instrumental se complementa con el abordaje propuesto por la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, y la IV Conferencia Mundial de la Mujer de las Naciones Unidas. Desde esta perspectiva, los derechos humanos de las mujeres son entendidos como una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales a causa de los cual deberá asegurarse su promoción y protección a lo largo de todo el ciclo vital.

La Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer de las Naciones Unidas exhorta a los Estados a adoptar medidas estratégicas en diversos ámbitos vinculados con la temática que nos ocupa, entre otros: desigualdad en las estructuras y políticas económicas, en las actividades productivas y en el acceso a los recursos; desigualdad entre mujeres y varones; falta de respeto y promoción y protección insuficientes de los derechos humanos de las mujeres. Asimismo, entre las medidas que sienta la Plataforma antedicha se prevé: "...Promulgar y hacer cumplir las leyes e introducir medidas de aplicación, (...)a fin de prohibir la discriminación directa e indirecta por motivos de sexo, estado civil o situación familiar en relación con el acceso al empleo y las condiciones de empleo, con inclusión de la capacitación, los ascensos, la salud y la seguridad, y en relación con el despido y la seguridad social de los trabajadores (...) Promulgar y hacer cumplir leyes y elaborar políticas aplicables en el lugar de trabajo contra la discriminación por motivo de género en el mercado de trabajo (...)".

En el marco de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados al derecho interno (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), la protección de la maternidad se relaciona con un conjunto de libertades -derecho de formar una familia, derechos reproductivos, derecho al trato igualitario, derecho a la intimidad- que los Estados están obligados a proteger y respetar (**Advancing Safe Motherhood Through Human Rights**. World Health Organization. WHO/RHR/01.5. p. 32)

El artículo 25 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos instituye el derecho de las madres e hijos/as a *gozar de cuidados y asistencia especial*. También el artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

enuncia que todas las mujeres durante el embarazo y puerperio *tienen derecho a protección, cuidados y asistencia especiales*. En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el artículo 24 el deber de los Estados de asegurar a las mujeres *cuidados pre y postnatales apropiados*.

La protección de la maternidad es reconocida en el artículo 10 de la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contempla el deber de brindar resguardo especial *durante un período razonable antes y después del nacimiento*. En similares términos, se incluye el deber estatal, en el Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 15).

Debe tenerse en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Comentario General N° 14 sobre el derecho al más elevado standard de salud ha interpretado que el artículo 12.2.a) de la Convención exige la adopción de medidas para mejorar la salud materna e infantil, incluidas las que permitan el acceso a servicios de planificación familiar y cuidado pre y post natal. También con respecto a la citada norma, el Comité ha entendido que deben implementarse las medidas para promover el desarrollo saludable de los/as niños/as. (UN DOC/C.12/12/2000/4. 11 de agosto de 2000).

Por otro lado, el derecho a formar una familia se aplica en un amplio espectro de situaciones vinculadas con el concepto de "maternidad segura" y genera obligaciones correlativas a cargo de los Estados. (**Advancing Safe Motherhood Through Human Rights**. World Health Organization. WHO/RHR/01.5. p. 37).

Este derecho se encuentra reconocido por los instrumentos internacionales que afirman *el deber de la sociedad y el Estado de proteger a la familia* (artículo 23 de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos; artículos. 17.1. y 17.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En particular, el artículo 10.1 de la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales enfatiza en el deber de los Estados de brindar *amplia protección y asistencia para el establecimiento de la familia y el cuidado y educación de los / as hijos / as*.

Por su parte el artículo 17.1 de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos, reconoce el derecho a la vida privada familiar; y las soluciones traídas por la Convención sobre los Derechos del Niño, privilegian la protección de la familia entendida como el

principal ámbito para el desarrollo pleno de los / as niños / as (artículos 5, 8 y 18.1).

Los instrumentos internacionales también contemplan específicamente la protección de la maternidad en el ámbito laboral. En este sentido, el artículo 10 de la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de las mujeres que trabajan a percibir salarios equitativos y adecuados beneficios sociales durante un periodo razonable antes y después del nacimiento de los/as hijos/as.

Asimismo, la salud materna es un tema prioritario para la Organización Internacional del Trabajo, desde la adopción de la Convención sobre Protección de la Maternidad N° 3 de 1919 (que entró en vigencia en 1921 y fue revisada en 1952).

Mediante la Convención N° 103 de 1952 (revisada en 2000) se reflejan las cuestiones emergentes de la creciente participación laboral femenina, así como las expectativas sociales atinentes a los derechos de las mujeres durante su vida reproductiva, especialmente el compromiso por la eliminación de la discriminación laboral. (**Advancing Safe Motherhood Through Human Rights**. World Health Organization. WHO/RHR/01.5. p. 34).

Este instrumento sienta en el artículo 4 las bases para suministrar asistencia a las madres e hijos/as, a través de prestaciones económicas y atención médica. La Recomendación N° 95 sobre Protección de la Maternidad (1952, revisada en 2000) fija orientaciones sobre la protección de la salud de las mujeres trabajadoras con relación a las condiciones de trabajo.

Uno de los principales documentos internacionales que rige en la materia es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en el artículo 16.1, inciso e), dispone que los Estados partes asegurarán en condiciones de igualdad entre varones y mujeres "*...los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos*"; y en el artículo 5 se establece que los Estados parte adoptarán las medidas para asegurar que la educación familiar incluya *el apropiado entendimiento de la maternidad como una función social*.

Debe recordarse que las diversas formas de discriminación hacia las mujeres basadas en razón de género constituyen manifestaciones

de la violencia. Sobre el particular, la Convención de Belem do Para sobre eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres, establece en el artículo 4 que "toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (...) b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; (...) e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley...", y en el artículo 7 dispone que "los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; (...) c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; (...) e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer...".

El ejercicio del derecho al trato igualitario y la consiguiente evitación de las situaciones de violencia originadas en tratos discriminatorios, presupone el respeto del principio de igualdad de oportunidades dirigido a equiparar las posibilidades de ejercicio de los derechos.

En relación con las medidas tendientes al trato igualitario, es relevante la interpretación asignada al artículo 26 de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos. A tenor de esta norma se entiende que los Estados parte tienen el deber de eliminar las normas, políticas y prácticas que suponen tratos discriminatorios sobre bases especificadas o no. La redacción del texto sugiere que se encuentran incluidas entre las prácticas y regulaciones a eliminar, aquellas que basadas en cualquier condición, afecten la capacidad de las mujeres

de ejercer los derechos relacionados con la maternidad libre y segura. (**Advancing Safe Motherhood Through Human Rights**. World Health Organization. WHO/RHR/01.5. p. 49).

Cabe aclarar que el Comité de Derechos Humanos en el Comentario General sobre igualdad de derechos entre varones y mujeres precisó que el artículo 26 de la Convención, exige que los Estados intervengan en todas las esferas de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Específicamente en el ámbito laboral, sucede que muchas veces las exigencias asociadas a la función materna no son contempladas apropiadamente por los ordenamientos legales al momento de equiparar las condiciones de trabajo formal, consolidándose situaciones de inequidad. (**Human Rights Law and Safe Motherhood. European Journal of Health Law**. Cook, R. 1998, 5:357-375).

Giovani Sartori señala que los grados de igualdad dependen del equilibrio de las desigualdades a través de un sistema eficaz de compensaciones recíprocas. De tal modo, la igualdad de oportunidades puede ser concebida como trato igual (imparcial) o como resultado igual. La importancia de esta diferenciación reside en la relación de ambas concepciones, en la medida que, partiendo de una realidad desigualitaria, el trato igual no lleva a resultados iguales y en consecuencia para obtener resultados iguales es necesario un trato desigual. La imparcialidad en el trato no elimina las diferencias y la igualdad ante la ley no modifica las situaciones de privilegio. Sólo es posible alcanzar resultados iguales a través de medios desiguales, es decir, con tratos diferenciados. (Capítulo XII del Tomo 2 de **Teoría de la democracia, y Ciudadanía y (des)igualdad de género**, ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Filosofía realizado en Salta en noviembre de 2001).

En el caso, la vigencia del principio de igualdad supone la debida consideración de las diferencias originadas en el cumplimiento de la función materna y en la circunstancia de tratarse de una familia numerosa, integrada por niños/as de muy corta edad.

La discriminación en las condiciones de trabajo, en el acceso a los recursos productivos, la distribución inequitativa de las responsabilidades y tareas domésticas, conjuntamente con la falta o insuficiencia de servicios -por ejemplo, establecimiento de guarderías en los lugares de trabajo-, siguen restringiendo las oportunidades

económicas y profesionales de las mujeres en las actividades productivas (Moser, C., "La planificación de género en el Tercer Mundo: Enfrentando las necesidades prácticas y estratégicas de género", en Virginia Guzmán et al. (comp.): **Una nueva lectura; Género en el Desarrollo**, Lima, Ed. Entre Mujeres/Flora Tristán, 1991; y **Engendering development through gender equality in rights, resources and voice**. World Bank, Nueva York, Oxford University Press, 2001).

La reformulación de las políticas de empleo de modo tal que incorporen la dimensión de género supone garantizar la igualdad de oportunidades y la vigencia del principio de no discriminación en el empleo. Situaciones como la que se analiza, exigen medidas de acción positivas tendientes a equiparar las oportunidades de inserción laboral de las mujeres multíparas con hijos/as menores. La peculiar situación de excesivo esfuerzo físico y psíquico que atraviesan las mujeres durante el período postnatal, sumada a las exigencias de cuidado de los/as hijos/as menores de edad, demanda un tratamiento específico por parte del ordenamiento jurídico, en consonancia con los principios y derechos en juego.

Una cuestión central relativa al principio de igualdad consiste en superar los obstáculos que de hecho impiden el ejercicio de los derechos, de modo que aquel principio garantice la igualdad de oportunidades y de trato a través de medidas de acción positiva.

Debe recordarse que el Estado puede ser considerado responsable de violaciones del derecho al trato equitativo por dos vías: por fallar sistemáticamente en respetar y garantizar este derecho; o por fallar en cumplir con las obligaciones correlativas en una manera no discriminatoria.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el artículo 1 de la Convención expresa que los Estados parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas por la Convención, lo cual implica que el ejercicio de la autoridad pública tiene ciertos límites. Ese apartado también establece que los Estados tienen la obligación de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación por cualquier condición. Como consecuencia es deber del Estado, organizar las estructuras a los efectos de garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Además, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que cuando el ejercicio de alguno de los derechos y libertades a los que se refiere el enunciado anterior, no esté asegurado por disposiciones legislativas o de otra índole, los Estados se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para su vigencia de los derechos y libertades. Por esta razón, la obligación de asegurar el ejercicio de los derechos humanos no se cumple con la mera existencia de un sistema legal, sino que también demanda la adopción de medidas positivas y la provisión de los medios necesarios, incluidas aquellas de naturaleza legal, política, social, administrativa y cultural para la protección y promoción de los derechos humanos.

La normativa analizada se encuentra incorporada en el ordenamiento interno, que además contempla una serie de derechos y principios que enmarcan el tratamiento del caso.

El artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional establece la obligación del órgano legislativo de "legislar y promover *medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato* y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos". La misma norma prevé el establecimiento de un "régimen de seguridad social especial e integral en la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, *y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*".

Por otro lado, conforme al artículo 14 bis, el trabajo, en sus diversas formas, "gozará de protección de las leyes (...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) *la protección integral de la familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*".

Y en particular con relación al principio de igualdad reconocido por el artículo 16 de la Constitución Nacional, debe recordarse la interpretación asignada por la jurisprudencia en el sentido que, éste no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes. (CSJN. Fallos 247:414) Por el contrario, la ley puede clasificar o seleccionar situaciones asignándoles un tratamiento especial en tanto se base en una distinción razonable (CSJN. Fallos 149:417).

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, los derechos vinculados con la protección de la maternidad y la familia, también han sido receptados. El *derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos/as e intervalo de los nacimientos* ha sido reconocido con rango constitucional, así como la *protección integral de la familia* (artículo 37); además la Constitución local dispone con relación al derecho a la salud que: "(...la Ciudad...) 4. *Promueve la maternidad y paternidad responsables...*" (artículo 21). Estas normas se integran con las disposiciones específicas de la Ley N° 153 Básica de Salud y la Ley N° 418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable.

Por su parte, el artículo 39 de la Carta Magna porteña apunta a garantizar los derechos de los/as menores de edad y se complementa con la Ley N° 114 de Protección Integral de los Derechos de niños, niñas y adolescentes.

Finalmente es sustancial para abordar el presente caso considerar que también garantiza en su artículo 38 que "la Ciudad incorpora *la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas (...)* Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; (...) *fomenta la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad...*". En consonancia, la Ley N° 474 de la Ciudad de Buenos Aires establece el Plan de Igualdad de Oportunidades y de Trato.

Mediante este mecanismo se intenta promocionar la participación y la representación de las mujeres tanto en instancias estatales, como a través del diseño de políticas públicas. La lógica subyacente a esta propuesta implica la transversalización de la perspectiva de género a todas las áreas de política pública. Esta consideración es relevante pues el caso en examen refiere a la ausencia de previsiones normativas tendientes a equiparar las oportunidades de participación en el empleo público en la Ciudad de Buenos Aires.

Tal como se indicara anteriormente, la noción de *maternidad responsable* supone el ejercicio de una serie de derechos, entre éstos, el derecho a formar una familia en condiciones libres y

seguras. Estas condiciones no sólo son necesarias para resguardar los derechos de las mujeres, sino también para el cumplimiento de las obligaciones inherentes al vínculo materno filial y para el desarrollo de la vida familiar.

Cabe advertir que los deberes legales -impuestos por las normas del Código Civil (artículo 264 y siguientes), la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley N° 114 de la ciudad- respecto de los/as hijos/as menores de edad, demandan de parte de la madre, múltiples actividades que no pueden ser suplidas sin riesgo de afectar el vínculo, o que aún pudiendo ser delegadas, exigen en mayor o menor medida la concurrencia de la figura materna a los fines del desarrollo pleno y bienestar de los/as hijos/as. Compatibilizar estas obligaciones con el desempeño de un puesto de trabajo remunerado en el mercado laboral -en el ámbito público o privado-, presupone acciones positivas de equiparación de oportunidades.

La jurisprudencia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario local ha tenido oportunidad de expedirse sobre la temática (en los casos "Vázquez, Ana María Marta c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", Juzg. C.A. y T. N° 4 ; "Dardanelli, Carolina María c/ GCBA s/ amparo", Juzg. C.A. y T. N° 3): "en el caso, puede advertirse en principio un conflicto de derechos y deberes de la amparista. Por un lado, ésta se encuentra en la obligación de poner su fuerza de trabajo a disposición de su empleador (...) Por otra parte tiene la obligación de brindar asistencia y cuidados necesarios a sus hijos, máxime si se trata de personas menores de edad. Es claro que el deber como agente de la Administración de prestar servicios puede en cierta medida incidir indirectamente sobre los derechos de los hijos, en tanto personas se encuentran en situación vulnerable, por ser de corta edad. Esta situación los hace acreedores a una especial protección por parte del Estado. Por todo lo expuesto, corresponde (...) reconocer a la actora el derecho a que se le otorgue la licencia por maternidad por el plazo de ciento veinte días (120) posteriores al parto...". (Juzgado C.A. y T. N° 3 autos "Dardanelli, Carolina María c/ GCBA s/ amparo").

Los fundamentos normativos analizados justifican la adopción de las acciones positivas tendientes a equiparar las oportunidades de inserción y desarrollo de las mujeres en el ámbito laboral, a través del establecimiento de un régimen de licencia que contemple las

especiales necesidades de las trabajadoras en los casos de múltiples y sucesivos embarazos ocurridos en breves intervalos.

La experiencia de trabajo de la Defensoría del Pueblo

En el caso expuesto al inicio, este organismo consideró que el planteo de la Sra. C. exigía una resolución expedita atento la inminencia del alumbramiento de su séptimo hijo. Y al advertir la ausencia de previsiones específicas en el marco normativo que regula la relación de empleo público en la ciudad de Buenos Aires, recurrió a la práctica consuetudinaria en tanto fuente del derecho (artículo 17 del Código Civil). Para este tipo de situaciones, la costumbre -conformada a la norma hasta la sanción de la Ley N° 471- ha consistido en el otorgamiento de un lapso de licencia extendido o ampliado aplicable a las trabajadoras multíparas con tres o más hijos menores de doce años de edad. Mantener este encuadre se justifica como solución de excepción hasta tanto el órgano competente establezca el tratamiento que corresponde asignar a las situaciones de esa índole. Así lo resolvió mediante la Resolución N° 1838/04, que también contempla la formulación de un proyecto de iniciativa legislativa relativo a la temática.

El caso comentado demuestra que el proceso de transversalización de la equidad de género debe servir para vigorizar la protección y vigencia de los derechos humanos. El desarrollo de una estrategia sensible a la cuestión de género, exige combinar diferentes medios que permitan aprehender la complejidad de las situaciones problematizadas y las relaciones entre los actores estatales y sociales involucrados. En esta línea se enmarca la experiencia de trabajo de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

Las ventajas de un mecanismo extrajudicial, rápido y abreviado para el tratamiento de este tipo de conflictos inciden en el plano individual y en el político-social. En el primero, porque la resolución en una sede administrativa alivia de esfuerzos y sufrimientos a la peticionante, que puede satisfacer su demanda evitando las consecuencias del desgaste originado en una judicialización innecesaria. En el segundo, porque la Defensoría del Pueblo se ha constituido en un organismo de referencia para las unidades

administrativas a cargo del diseño e implementación de políticas sociales, contribuyendo a la supresión de las restricciones formales e informales opuestas a las demandas relativas al ejercicio de los derechos.

Papeles de trabajo

ACCESO A LA VIVIENDA, DESALOJOS FORZOSOS Y DERECHOS HUMANOS. *Alicia Pierini*

EL DERECHO DE ADMISION Y DERECHO A LA EDUCACION, A PROPOSITO DEL PROYECTO DE LEY A FAVOR DE LA NO EXCLUSION DE ALUMNOS SIN CAUSA FUNDADA EN ESCUELAS DE GESTION PRIVADA DE LA CIUDAD. *Gustavo Lesbgueris*

EL DERECHO A TRABAJAR Y LA DISCRIMINACION: LA RESOLUCION N° 191 / 2003 DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACION. *Susana Ayala*

LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA ALIMENTACION Y LA MISION DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Mario Fernando Ganora*

MADRES MULTIPARAS: TRANSVERSALIZAR LA EQUIDAD DE GENERO. *María Paula Bodnar*



**Defensoría del Pueblo de
la Ciudad de Buenos Aires**

Venezuela 842
Ciudad Autónoma

Teléfonos: 4338-4900
(líneas rotativas)

defensoria@defensoria.org.ar
www.defensoria.org.ar