

“El Defensor del Pueblo y los derechos de las minorías frente al accionar de la Administración Pública. El caso de los inmigrantes en la Ciudad de Buenos Aires”

María de las Nieves Cenicacelaya

1. El Ombudsman, institución de origen escandinavo que naciera con la Constitución Sueca de 1809 –como delegado del Parlamento- para controlar el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (y también de la Jurisdicción), llega a –a través del constitucionalismo iberoamericano- a nuestro Derecho Público con las reformas constitucionales provinciales producidas durante la década de 1980 (Córdoba, La Rioja, Salta, San Juan) inmediatamente después de la recuperación del Estado de Derecho en Argentina. Siempre adoptando la nominación dada por la Constitución Española¹ arriba al orden nacional primero para funcionar en el ámbito del Poder Ejecutivo² y luego en el del Congreso³. La reforma constitucional de 1994 finalmente lo elevaría a la jerarquía normativa suprema⁴ sin pretender que reemplace o sustituya a otros órganos o procedimientos de control; sino sólo que los complemente a través de su peculiar modo y ámbito de actuación.⁵

1.1. Siguiendo este ejemplo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo consagró con una denominación que parece apuntar más a lo orgánico-institucional al referirse a una “Defensoría” que “está a cargo de un Defensor o Defensora”⁶ que tendrá como ámbito espacial de actuación, que duda cabe, la Ciudad de Buenos Aires. Al igual que su par nacional, en cuanto a su ámbito material de actuación, se observa que es general, pues, según el mencionado artículo, no se limita a áreas específicas, sino que lo hace “frente a (todos) los actos, hechos u omisiones de la administración”, siendo su misión “la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución”. Es preciso aclarar que aunque no se hace referencia expresa a los tratados internacionales, pensamos que ello no es óbice para considerarlos incluidos, por cuanto forman parte del bloque supremo federal que se impone al derecho local⁷ y porque, además, la misma Constitución porteña los prevé, como veremos luego, cuando se ocupa de resguardar los derechos⁸. Si bien carece per se de facultades imperativas⁹, siendo la “auctoritas” su nota característica¹⁰ puede, según la norma constitucional local, “requerir de las autoridades públicas en todos sus niveles la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponerse reserva alguna”, estando ellas obligadas a prestarle colaboración, con carácter preferente, según la ley reglamentaria de esta institución¹¹ y cuando lo crea necesario para la obtención de un resultado, deberá requerir la intervención de la justicia (teniendo para ello “legitimación procesal”). Frente a la Administración (en un sentido amplio o material pues no se incluye sólo al órgano ejecutivo sino que “quedan comprendidos también los actos

¹ Artículo 54 C.E.

² Decreto P.E.N. 1786/93

³ Ley 24.284

⁴ Artículo 86 C.N.

⁵ Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, “Derecho Constitucional Argentino”, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe – Buenos Aires, 2001, página 1213.

⁶ Artículo 137 C.C.B.A.

⁷ Artículo 31 C.N.

⁸ Artículo 10 C.C.B.A.

⁹ Sagüés, Néstor P., “Elementos de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1997, página 387.

¹⁰ Astarloa Villena, Francisco, “El Defensor del Pueblo en España”, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1994.

¹¹ Artículo 32, Ley 3, publicada en B.O. el 27/2/98.

de naturaleza administrativa de los poderes Judicial, Legislativo y de los órganos de control”, según prescribe la mencionada ley¹² podrá realizar todo aquello que hace a la esencia de la institución: investigaciones, inspecciones, denuncias, mediaciones, sugerencias, críticas, propuestas con la intención de corregir irregularidades, negligencias, abusos¹³. En concreto, la ley porteña le asigna, entre otras, las siguientes atribuciones: comprobar el respeto a los derechos humanos en unidades carcelarias y penitenciarias, dependencias policiales e institutos de internación o guarda, tanto públicos como privados sujetos al control de la administración; solicitar vista de expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil a los efectos de la investigación, aún aquellos clasificados como reservados o secretos, sin violar el carácter de estos últimos; realizar inspecciones a oficinas, archivos y registros de los entes y organismos bajo su control; solicitar la comparencia personal de los presuntos responsables, testigos, denunciadores y de cualquier particular o funcionario que pueda proporcionar información sobre los hechos o asuntos que se investigan; ordenar la realización de los estudios, pericias y la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación; fijar los plazos para la remisión de informes y antecedentes y para la realización de diligencias; requerir la intervención de la Justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiere sido negada; promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros, inclusive el federal; ejercer la iniciativa legislativa; proponer la modificación o sustitución de normas y criterios administrativos; solicitar, para la investigación de uno o varios casos determinados, el concurso de empleados y funcionarios de la Administración; requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de su labor de investigación; realizar toda otra acción conducente al mejor ejercicio de sus funciones¹⁴. La Defensoría del Pueblo de la Ciudad comenzó a funcionar el 12 de Noviembre de 1998, continuando a la entonces Controladuría General Comunal creada en 1985¹⁵.

2. No obstante que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires reconoce de manera exhaustiva un importante catálogo de derechos a través de su Libro Primero que comienza reafirmando que en su ámbito territorial además, obviamente, de los expresamente receptados por ella, “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”¹⁶ y que inmediatamente descalifica de manera categórica cualquier discriminación “que tienda a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”,¹⁷ la realidad a la que se enfrentan a diario los extranjeros en la Capital del país es bien diferente. Teniendo en cuenta que a la Defensoría puede dirigirse cualquier persona que se considere afectada, no constituyendo impedimento ni restricción alguna, entre otros motivos, la nacionalidad¹⁸ y siendo los derechos de las minorías una de las áreas de especialización de la Institución¹⁹ ésta recibe numerosas denuncias sobre diferentes formas de discriminación a las que son sometidos los foráneos de manera casi sistemática por parte de diferentes organismos administrativos nacionales y locales. Es evidente que este grupo

¹² Artículo 2, Ley 3.

¹³ Gordillo, Agustín, “Problemas del control de la Administración Pública en América Latina”, Civitas, Madrid, 1981, página 128.

¹⁴ Artículo 13, Ley 3.

¹⁵ Ordenanza 40831.

¹⁶ Artículo 10 C.C.B.A.

¹⁷ Artículo 11 C.C.B.A.

¹⁸ Artículo 25.2, Ley 3.

¹⁹ Artículo 19, Ley 3.

“desaventajado”²⁰ (y doblemente si además de inmigrante se es indocumentado, lo que suele ser frecuente debido al excesivo costo de los respectivos trámites) sufre un alto grado de vulnerabilidad en la exigibilidad de sus derechos. Por ello es que nos proponemos relevar sucintamente la labor de la Defensoría en pos de la promoción y protección de los derechos básicos (permanencia, identidad, salud, educación) que le asisten al extranjero sin ningún tipo de discriminación e independientemente de su situación migratoria.

2.1. Si bien los extranjeros que residen en el país, “legales” o “ilegales” deberían gozar de todos los derechos constitucionales²¹, al derecho a permanecer²² por ser obviamente presupuesto de todos los demás, debería brindársele especial protección, por cuanto al negárselo, se estaría cercenando la esencia misma de la personalidad²³. Sin embargo, desde muy lejanos días, la expulsión de extranjeros, ha sido una práctica administrativa casi permanente en la República. Empezando por la vieja Ley 4.144 de 1902, convalidada judicialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Transporte Chaco”²⁴, pasando por las leyes de facto 18.235 y 21.259, hasta llegar a la vigente 22.439 de 1981 que le otorga a la Dirección Nacional de Migraciones amplias facultades para controlar el ingreso, egreso y permanencia de extranjeros, estando habilitado este organismo a ordenar su detención cuando hubiera declarado su ilegalidad y su consecuente expulsión del país, medida que se cumple a través de la Policía Migratoria, prestando además colaboración las policías provinciales y la Policía Federal. Todo ello en manifiesta violación de la prescripción constitucional que prohíbe al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales²⁵. En este sentido, el Director Nacional de Migraciones dispone declarar ilegal la permanencia en el país, denegar la solicitud de regularización migratoria, e intimar a varios inmigrantes para que “dentro del plazo perentorio de treinta días, de notificada la presente, acrediten haber iniciado trámite para regularizar sus situaciones migratorias en el país, bajo apercibimiento de conminarlos a hacer abandono del país”. Agregando a continuación que “Consentido y firme que se encuentre el presente acto administrativo, se procederá automáticamente a ejecutar el apercibimiento decretado”; es decir, se procedería a su expulsión, lo que se refuerza inmediatamente al disponer que en caso de incumplimiento de lo ordenado, “conmínase a los causantes para que dentro del perentorio plazo de quince días de notificados de la presente, hagan abandono del país bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de ordenar sus expulsiones y disponer sus detenciones precautorias”. Los afectados por estas decisiones, al verse en un total estado de incertidumbre y de indefensión, acuden a la Defensoría en Diciembre de 2000 a pedir su intervención, asegurando su intención cierta y precisa de regularizar su situación migratoria en el país (ya habían tenido en un primer momento un certificado de residencia precaria que no les fue renovado). Es necesario destacar que en ese momento no sólo estos recurrentes sino todos los inmigrantes de Bolivia como ellos se veían imposibilitados de regularizar su situación migratoria debido a que, por falta de ratificación, no estaba vigente el Protocolo del Convenio Migratorio acordado con ese país que establecía sistemas de facilitación para dicha regularización. Ante la amenaza concreta de recibir los inmigrantes una sanción tan extrema como la expulsión del territorio nacional en virtud, además, de una palmaria inacción estatal, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires resuelve²⁶: 1)

²⁰ Gargarella, Roberto, “Derechos y grupos desaventajados”, Gedisa, Barcelona, 1999.

²¹ Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998, página 423.

²² Artículo 14 C.N.

²³ Colautti, Carlos E., “Derechos Humanos”, Universidad, Buenos Aires, 1995, página 198

²⁴ F. 164:344

²⁵ Artículo 109 C.N.

²⁶ Resolución N° 2773/00 del 29 de Diciembre de 2000.

exhortar al Director Nacional de Migraciones que revoque las disposiciones administrativas en cuestión atento a las obligaciones internacionales asumidas –e incumplidas- por el Estado argentino, la ilegitimidad de la medida dictada y los vicios de forma de los que adolece el acto administrativo (no incluyó, por ejemplo, ningún tipo de referencia a los recursos previstos para su impugnación como impone el Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos a nivel federal²⁷ lo que en estos casos implica seguramente la afectación del derecho a defensa²⁸ por parte de los inmigrantes). Exhorta, asimismo, a la misma autoridad administrativa a suspender todos los actos administrativos que tengan un objeto similar; 2) solicitar al Interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) que dictamine en esta actuación, atento a que la medida administrativa impugnada constituye una franca ilegalidad y discriminación sin fundamentos jurídicos; 3) notificar la resolución a las Embajadas y a los Consulados de las Repúblicas de Bolivia y Perú en Argentina para que adopten las medidas que estimasen corresponder, y en especial, aquéllas para la defensa de los derechos de sus connacionales en nuestro país; y 4) comunicar la resolución a la Presidencia de la Nación (en virtud del estado del Protocolo al Convenio Migratorio), a la Dirección Nacional de Investigación Política y Desarrollo Demográfico del Ministerio del Interior, a la Dirección General de Relaciones con Colectividades y Cultos, al Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a la Defensoría del Pueblo de Bolivia a fin de que tomen las decisiones que crean pertinentes; a la Arquidiócesis de Buenos Aires, en función del trabajo comprometido y constante y los buenos oficios que ofrece a la desprotegida comunidad inmigrante; a la Comisión de Población y Recursos Humanos de la Cámara de Diputados y a la Comisión de Población y Desarrollo de la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación a efectos de discutir una nueva ley migratoria y para la derogación de la actual.

2.1.1. Innumerables son las situaciones que a diario exponen a los inmigrantes a una potencial expulsión: cuando necesitan inscribir el nacimiento de sus hijos en el Registro Civil, cuando van a anotarlos a la escuela o cuando concurren para ser atendidos en hospitales, para citar sólo algunos ejemplos por demás paradigmáticos. A continuación, veremos algunos casos donde la intervención de la Defensoría pretendió revertir esta práctica por demás inconstitucional.

2.2. Enseña el maestro Goldemberg que el derecho a la identidad implica la posibilidad de “ser uno mismo como cualidad dinámica, fluida, que es la proyección externa del individuo”²⁹. Incluye “todos los aspectos que, siendo interiores a la persona misma, elaborados en función de su existencia o incorporados en razón de su pertenencia sociocultural, la distinguen de las demás y le otorgan individualización propia en las interrelaciones humanas”³⁰. Entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional por voluntad del constituyente federal de 1994³¹ sólo está previsto expresamente por la Convención sobre Derechos del Niño, O.N.U., 1989³²; más teniendo en cuenta la relevancia de este derecho personalísimo que hace a la esencia misma de la personalidad, debe tenérselo por amparado implícitamente³³ en todas sus manifestaciones. Este derecho fundamental es reconocido en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires al sostener que “La Ciudad garantiza el derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma

²⁷ Artículo 40, Decreto P.E.N. 1883/91

²⁸ Artículo 18 C.N.

²⁹ Goldemberg, Isidoro, en IX Mesa Redonda sobre Identidad, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1997.

³⁰ D’Antonio, Daniel Hugo, “El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor”, E.D. 165, página 1298.

³¹ Artículo 75 inc. 22 C.N.

³² Artículos 7 y 8.

³³ Artículo 33 C.N.

inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido³⁴. A su turno, la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires establece que para “efectivizar el derecho a la identidad, el Gobierno de la Ciudad debe identificar al recién nacido mediante el procedimiento que establezca la normativa vigente y garantizar la inscripción gratuita de niños / niñas inmediatamente después de su nacimiento. En ningún caso la indocumentación de la madre o del padre es obstáculo para que se identifique al recién nacido o a los menores de dieciocho años de edad”³⁵. Para UNICEF, no se trata simplemente de un documento por medio del cual se procede a la autenticación notarial de un nacimiento. El registro del nacimiento es nada menos que el documento que formaliza plenamente el derecho a un nombre y una nacionalidad y, en esta medida, el instrumento en que se apoya el ejercicio de la ciudadanía de todos los seres humanos desde el primer instante de sus vidas. Más aún, el registro de nacimiento constituye la llave de acceso de niños y niñas a los servicios de salud y educación. Esto implica que cuando los niños carecen de la identificación legal quedan automáticamente excluidos de toda protección legal y del ejercicio de sus más esenciales derechos. Por ello este derecho no puede estar sujeto a ningún tipo de restricción.

2.2.1. No obstante, la actitud de las autoridades del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a la hora de inscribir a hijos de inmigrantes dista bastante de lo esperable, tornándose en muchas ocasiones ilegítima y arbitraria. Así es que, en virtud de prescripto por la Ley de Nacional de Migraciones³⁶ los funcionarios de ese organismo exigen a los extranjeros indocumentados para proceder a la inscripción de un hijo que justifiquen su permanencia legal en el país mediante el Certificado de Habilitación de Salida que emite la Dirección Nacional de Migraciones (por el que se comprometen a salir del país dentro de los diez días posteriores) o la acreditación de la residencia legal en el país. En caso de que los padres no accedan a alguna de esas “opciones” se les informa que se realizará la inscripción pero que se denunciará la ilegalidad de su situación a la Dirección Nacional de Migraciones³⁷ con lo que se los expone a la probabilidad de ser expulsados del país. Esta amenaza lleva a los padres a no presentarse ante el Registro Civil. Si ejercen esta última “solución” sus hijos heredan su situación de ilegalidad. Lo mismo ocurre cuando el Registro Civil procede a realizar la inscripción de oficio (en el caso de nacimientos en hospitales públicos de la Ciudad) ya que el inmigrante “irregular” nunca concurrirá a retirar la partida correspondiente. El actuar de estos funcionarios públicos, denunciados reiteradamente ante la Defensoría, “se ampara”, como apuntamos, en lo ordenado por la Ley de Migraciones; resultando que, so pretexto de cumplir con una ley de ipso, se niegan derechos fundamentales reconocidos por la Convención sobre Derechos del Niño –con jerarquía suprema– que establece: “Los Estados Parte 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, sus padres o sus representantes”³⁸ Y que agrega: “Los Estados Parte 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

³⁴ Artículo 12.1 C.C.B.A.

³⁵ Artículo 14, Ley 114.

³⁶ Artículo 103.

³⁷ Artículo 104.

³⁸ Artículo 2.1.

tutores o de sus familias”³⁹. En virtud de ello, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires resuelve⁴⁰: 1) recomendar al Director General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires que en los casos en que padres concurren a la sede del Registro Civil a fin de proceder a la inscripción de sus hijos menores, su condición migratoria en el país no sea obstáculo para la inscripción del menor así como tampoco sea objeto de denuncia ante la autoridad migratoria, ya que la amenaza o la coerción que se ciñe sobre los padres puede resultar una restricción al derecho a la inscripción y a la identidad de los menores; 2) recomendarle asimismo, formular un sumario administrativo a fin de investigar la posible comisión de falta de los deberes a cargo de los funcionarios por los hechos ocurridos en la sede del Registro Civil de un hospital porteño con relación a la falta de inscripción de menores hijos de inmigrantes, conforme surge de las numerosas denuncias recibidas en la Defensoría; 3) dar traslado al Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a los efectos que estime corresponder; 4) comunicarle la resolución al Departamento de Migraciones del Arzobispo de la Ciudad de Buenos Aires; y 5) solicitar al Interventor del Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) que dictamine sobre la constitucionalidad de los Artículos 103 y 104 de la Ley 22.439.

2.2.2. Otra de afectaciones al derecho a la identidad lo constituye el no contar con el Documento Nacional de Identidad. A mediados del año 2000 el Departamento de Migraciones del Arzobispado de Buenos Aires y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires realizaron un plan de radicación de inmigrantes de Bolivia residentes en el precario barrio del Bajo Flores denominado Villas 1, 11 y 14 que, debido a las diversas trabas burocráticas y los excesivos costos migratorios, se veían imposibilitados de regularizar su situación migratoria. El gobierno boliviano colaboró enviando a Buenos Aires una delegación de autoridades policiales para la entrega de certificados de antecedentes policiales y cédulas de identidad⁴¹ y el Cónsul de Bolivia en Buenos Aires fue facultado con carácter de excepción⁴² para efectuar las inscripciones de nacimiento de todos los bolivianos que no hubieran cumplido con la obligación legal de inscribirse en el Registro Civil de su país. Una vez obtenida la radicación (lo que fue alcanzado por un importante número de residentes bolivianos) correspondía tramitar el Documento Nacional de Identidad para lo cual es necesario presentar la partida de nacimiento. Anunciada la Defensoría que en el Registro Nacional de las Personas se negaban a aceptar la documentación extendida por el Consulado de Bolivia en ejercicio de funciones legítimas, junto al Director del Departamento de Migraciones del Arzobispado de Buenos Aires se remite una nota al Director del R.N.P. aclarándole que las partidas de nacimiento extendidas por los Consulados resultaban instrumentos legales y válidos. Al respecto resulta necesario recordar dos tópicos. Primero, que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 consigna que es función, entre otras, de los cónsules “actuar en calidad de notario, en la de funcionario del Registro Civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor”. Y que, en particular, el Reglamento Consular Boliviano del 11 de Julio de 1989 dispone que el Servicio Consular de Bolivia desempeña, entre varias, funciones de notaría de fe pública y oficialía del Registro Civil⁴³. En segundo término, que cuando un documento no es expedido por autoridades nacionales, a efectos de asegurar su autenticidad se exigen ciertos requisitos que le otorgan validez en el país receptor. De la armonización entre las normas sobre actividad consular y legalización de

³⁹ Artículo 2.2.

⁴⁰ Resolución No. 2570/01 del 12 de Septiembre de 2001.

⁴¹ Decreto Supremo 25.782 de la República de Bolivia.

⁴² Decreto Supremo 25.448 de la República de Bolivia.

⁴³ Artículo 2.

documentos extranjeros⁴⁴ resulta que las partidas de nacimiento emitidas por autoridades consulares acreditadas en el país sólo requieren su legalización ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Cumplido este requisito queda asegurada su autenticidad y sus plenos efectos. No obstante, ante la ilegítima persistencia del R.N.P. de no aceptar las partidas de nacimiento extendidas por las autoridades consulares de la República de Bolivia acreditadas en Buenos Aires, la Defensoría del Pueblo de esta ciudad resuelve⁴⁵: 1) exhortar al señor Director del Registro Nacional de las Personas a la aceptación de las partidas de nacimiento extendidas por el Consulado de Bolivia en la Ciudad de Buenos Aires a fin de iniciar el trámite para la obtención del Documento Nacional de identidad de todos aquellos que lo soliciten; 2) comunicar la resolución al Director del Departamento de Migraciones del Arzobispado de Buenos Aires, Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación y al Cónsul de Bolivia en la República Argentina. En este sentido, es importante consignar que el ya mencionado Reglamento Consular de Bolivia dispone que los funcionarios consulares de ese país pueden interceder en todo género de conflictos entre las autoridades locales y nacionales bolivianos e intervenir en las diferencias que ocurrieren entre estos, para solucionarlas amigablemente y reclamar y sostener en su caso, ante las autoridades competentes del lugar, el goce de los privilegios y exenciones que correspondan a los bolivianos por tratados vigentes⁴⁶ además de corresponderles de oficio la representación legítima de los ciudadanos e intereses bolivianos a quienes deben auxilio y protección⁴⁷.

2.3. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.N.U., 1966 –que goza de jerarquía constitucional-⁴⁸ define a la educación como un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Este derecho fundamental está consagrado por dicho Pacto: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene que 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. Conviene 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”⁴⁹. También lo prevén otros instrumentos internacionales con rango supremo: la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁰, la Declaración Americana⁵¹ y la Convención sobre Derechos del Niño⁵². Paralelamente la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza establece que el principio de la no discriminación se aplica a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación

⁴⁴ Convenios de Derecho Internacional Privado de Montevideo 1889, 1939 y 1940; Leyes 22.434 y 22.450.

⁴⁵ Resolución Nº 2283/01 del 29 de Agosto de 2001.

⁴⁶ Artículo 36.

⁴⁷ Artículo 60.

⁴⁸ Artículo 75 inc. 22 C.N.

⁴⁹ Artículo 13.

⁵⁰ Artículo 26.

⁵¹ Artículo XII.

⁵² Artículos 28, 29 y 32.

jurídica⁵³. Y la Convención sobre Derechos del Niño señala que “Los Estados partes tomarán todas las medidas concernientes para garantizar que los niños se vean protegidos contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición ...de sus padres, tutores o de sus familiares”⁵⁴. A su turno, la Constitución de la Ciudad dispone que ella 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. Promueve el más alto nivel de calidad de la enseñanza y asegura políticas sociales complementarias que posibiliten el efectivo ejercicio de aquellos derechos. Establece los lineamientos curriculares para cada uno de los niveles educativos. La educación tiene un carácter esencialmente nacional con especial referencia a la Ciudad, favoreciendo la integración con otras culturas⁵⁵. A nivel infraconstitucional la ya aludida Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires establece: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la educación con miras a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, garantizándoles el disfrute de los valores culturales, la libertad de creación y el desarrollo máximo de las potencialidades individuales”⁵⁶. “El gobierno de la ciudad garantiza a niños, niñas y adolescentes igualdad de condiciones de acceso, permanencia y egreso del sistema educativo, instrumentando las medidas necesarias para su retención en el mismo; y recibir educación pública, eximiéndoselos de presentar documento de identidad nacional, en caso de carecer del mismo, o cualquier otra documentación que restrinja dicho acceso debiéndoselos entregar la certificación o diploma correspondiente a cada nivel...”⁵⁷. Además, para garantizar de mejor manera el acceso a la educación sin discriminación de hijos de inmigrantes, la legislación porteña señala: “En los establecimientos educativos dependientes del gobierno de la ciudad, se inscribirá provisoriamente a los alumnos /as menores de 18 años que, por sí o por sus representantes legales lo soliciten, aún cuando no cuenten con el documento nacional de identidad correspondiente”⁵⁸. A pesar de las categóricas disposiciones que acabamos de citar, ante la gran cantidad de denuncias recibidas por rechazos de inscripción de menores carentes de documentación argentina en establecimientos educacionales de nivel secundario de la Ciudad y resultando necesario eliminar toda forma de discriminación hacia hijos de inmigrantes para reconocerles efectivamente el derecho a la educación del que gozan en virtud de la normativa apuntada, la Defensoría del Pueblo resuelve⁵⁹: 1) recomendar al Secretario de Educación de la Ciudad de Buenos Aires que arbitre todos los medios para lograr que los directores de los colegios secundarios de la Ciudad de Buenos Aires cumplan con la normativa vigente e inscriban a aquellos menores que carecen de documentación argentina y a fin de dar traslado a cada uno de los Directores de las Escuelas de la recomendación así como los textos legales involucrados; y además 2) solicitarle informe a la Defensoría sobre los acuerdos y convenios que la Secretaría de Educación hubiese formalizado con los organismos nacionales competentes para el asesoramiento de inmigrantes que requieran la regularización de su situación migratoria tal como o dispone el Artículo 5 de la Ley 203.

⁵³ Artículo 3.e.

⁵⁴ Artículo 2.2.

⁵⁵ Artículo 23 C.C.B.A.

⁵⁶ Artículo 27, Ley 114.

⁵⁷ Artículo 29.b y 29.j., Ley 114.

⁵⁸ Ley 203.

⁵⁹ Resolución N° 400/00 del 29 de Marzo de 2000.

2.4. La Organización Mundial de la Salud entiende por salud “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”; y en su Carta de creación en 1946 define como uno de los derechos fundamentales el de disfrutar del más alto nivel posible de salud. La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica...”⁶⁰ y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre proclama que “Toda persona tiene derecho a que la 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”⁶¹. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consigna que en los estados parte “deberán tomarse las medidas necesarias para la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad para asegurar a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”⁶². Más allá de los instrumentos con rango constitucional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado “Protocolo de San Salvador”, firmado por la República Argentina, establece que “toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” y que “con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los estados parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la de 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 con las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas...”. En este sentido, el Estado Argentino no sólo se ha obligado a adoptar acciones positivas para garantizar el derecho a la salud, sino que también se ha comprometido a adoptar medidas genéricas e inmediatas destinadas a evitar la discriminación en el acceso a ese derecho. El órgano de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. Por su parte la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dice: “el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El gasto público en salud es una inversión prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integridad, solidaridad, universalidad y oportunidad”⁶³. En concordancia con ello, la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires afirma que “son derechos de todas las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención: ...b) La inexistencia de discriminación de orden económico, cultural, social, religioso, racial, de sexo, ideológico, político... o de cualquier otro orden”⁶⁴. Nos parece importante señalar que, según el Informe Anual, el ítem “Salud” encabezó (con el 18,13%) en 2002 el ranking de todas las

⁶⁰ Artículo 25.

⁶¹ Artículo XI.

⁶² Artículo 12. párr. 1ro. y 2.c.

⁶³ Artículo 20 C.C.B.A.

⁶⁴ Artículo 4, Ley 154.

denuncias formuladas ante la Defensoría. Y en cuanto al tema en concreto que nos ocupa, es más que frecuente la recepción de denuncias de inmigrantes (comprobadas por personal del organismo) en relación a la imposibilidad de acceder al derecho a la salud. Entre las prácticas más frecuentes se han observado la negativa de atención en virtud de la situación migratoria del paciente; la exigencia de documentación argentina para la realización de estudios relacionados con tratamientos programados, para la entrega (o su continuación) de medicamentos necesarios para el HIV o para una intervención quirúrgica; y la exigencia del pago de determinadas tasas de servicios hospitalarios. Ante tan flagrantes violaciones a este derecho fundamental, la Defensoría del Pueblo resuelve: 1) exhortar a las autoridades de diversos hospitales a dar una respuesta médica acorde con las necesidades de cada paciente discriminado⁶⁵; 2) exhortar al Ministro de Salud a remover todos los obstáculos infralegales e institucionales a fin de garantizar el acceso a tratamientos médicos necesarios para todas las personas que residen en el territorio nacional y en especial a los afectados por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida⁶⁶; 3) recomendar a las autoridades de diversos hospitales abstenerse de prácticas que permitan la extracción de fondos a través del cobro de bonos a inmigrantes que requieren sus prestaciones; 4) recomendar al Secretario de Salud que arbitre todos los medios para cumplir con la normativa vigente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires referida al acceso a la salud sin discriminación y para la adecuación de toda la normativa interna referida al derecho a la salud a las normas vigentes, inclusive la adecuación de los requisitos que se exigen en convenios con otros organismos asistenciales y privados, para garantizar de manera amplia y integradora el acceso a los servicios de salud de la Ciudad de Buenos Aires sin discriminación⁶⁷; 5) exhortar a las autoridades públicas de los hospitales el trato igualitario de inmigrantes en todos los casos que requieran atención médica, independientemente de la complejidad de la atención⁶⁸; 6) hacer saber a las embajadas y consulados de países limítrofes y al Departamento de Migraciones del Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires sobre la situación del acceso a la salud de los inmigrantes de esta Ciudad; y 7) poner en conocimiento del Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (I.N.A.D.I.) para que elabore un dictamen sobre los hechos de discriminación denunciados que se cometen en Hospitales de la Ciudad de Buenos Aires⁶⁹.

3. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁷⁰. Los extranjeros de la ciudad de Buenos Aires –cualquiera sea su status migratorio– cuentan con suficiente protección normativa para que sus derechos fundamentales no sean vulnerados. Pero lo más importante es que cuentan también con un órgano altamente comprometido con su promoción y defensa. A partir de los ejemplos que hemos comentado se puede visualizar claramente como la intervención de la Defensoría del Pueblo (recomendando, exhortando, solicitando, informando, a otros órganos estatales, a ONG’s, a representantes extranjeros) puede operar como un valioso mecanismo para frenar la insensibilidad, impersonalidad y automaticidad del burócrata y para acompañar al “hombre común” a vencer los obstáculos que le impiden o entorpecen acceder al pleno goce de sus derechos. Con su protagonismo, esta magistratura de persuasión, refuerza la

⁶⁵ Resolución N° 718/00 del 26 de mayo de 2000.

⁶⁶ Resolución N° 1165/01 del 29 de mayo de 2001.

⁶⁷ Resolución N° 2470/00 del 17 de noviembre de 2000.

⁶⁸ Resolución N° 718/00 del 26 de mayo de 2000.

⁶⁹ Resolución N° 2470/00 del 17 de noviembre de 2000.

⁷⁰ C.I.D.H., caso Velásquez Rodríguez, 29 de julio de 1988.

institucionalidad democrática y consolida los valores rectores del Estado de Derecho (libertad, igualdad, seguridad) en procura de la justicia.

Resumen:

La figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo que naciera en el derecho escandinavo a comienzos del siglo XIX para controlar el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración Pública se ha expandido por todo el mundo llegando hace poco a ser parte de nuestras instituciones. Receptada por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, desde su instalación, la Defensoría del Pueblo porteña se ha perfilado como un eficaz mediador entre los más desvalidos y la burocracia estatal cumpliendo su misión de defensa, protección y promoción de los derechos humanos frente al actuar defectuoso o abusivo de la Administración. En concreto, y a partir de denuncias efectuadas por inmigrantes ante el organismo, pretendemos demostrar como su oportuna intervención ha servido para que el goce pleno de sus derechos sea una realidad y no mera declamación normativa