

“Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ¿Cuál es el límite de su exigibilidad?”.

Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis 2006 – IV, Fascículo 13, de 2006.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ¿Cuál es el límite de su exigibilidad?

Por Marcela I. Basterra

Sumario: 1. Introducción. 2. Los hechos del caso. 3. El fallo. 4. Fundamento y estructura de los derechos económicos sociales y culturales. 5. La obligación estatal en torno a los derechos económicos, sociales y culturales. Límites y alcance. 6. El derecho a la salud comprende el derecho a una vivienda digna y a una alimentación adecuada. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Ejerciendo un encomiable activismo judicial en el caso *"E.CE C/ Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos y otros"*,¹ se hizo lugar a una acción de amparo en defensa de la dignidad humana. Corroborando que el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado en torno a los derechos sociales, es posible. Reivindicando la tutela efectiva a través de acciones positivas, en sintonía con la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal. Ratificando que el Estado, en este caso de la provincia de Buenos Aires debe garantizar como lo establece la Constitución provincial, la Constitución nacional y Tratados de derechos humanos concordantes, el derecho a la salud para todos sus habitantes, el acceso a una vivienda digna y a una alimentación adecuada, así como la protección integral de los derechos del niño y de toda persona con discapacidad.

Sentencias de esta naturaleza nos proponen repensar algunas cuestiones tales como a) la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales; b) ¿hasta dónde es el límite de exigibilidad de este tipo de derechos? y, c) que significado adquiere que normas de

¹ Causa 10084. Juzgado Contencioso Administrativo Nº 1, departamento judicial de La Plata. Resolución del 11/10/2005.

tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, establezcan la obligación positiva de cumplimiento por parte del Estado.

2. Los hechos.

Los Sres. M. A. E y M. E. CE, en representación de su hijo E. CE iniciaron una acción de amparo en los términos de la ley 7.166² y art. 20 inc 2³ de la Constitución de la provincia de Buenos Aires contra el Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, el Instituto de la Vivienda, el Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires, y la Municipalidad de Tres de Febrero, con el objeto de obtener el efectivo acceso a los derechos sociales de vivienda digna y alimentación, para el menor y su grupo familiar.

Solicitaron como medida cautelar el otorgamiento de dos subsidios equivalentes al alquiler mensual de una vivienda y al salario mínimo vital móvil, para sortear la apremiante situación económico-social. Ésta agravada por el delicado estado de salud de su hijo de 12 años de edad, quien padece discapacidad motora, con diagnóstico de enfermedad de Duchenne (patología invalidante y progresiva) quien se encontraba internado en el Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez, dependiente de asistencia ventilatoria mecánica, traqueostomizado y gastrostomizado, resultando de suma importancia su externación, debido al alto riesgo de contagio de infecciones intrahospitalarias.

La internación domiciliaria debía realizarse en un sitio con adecuadas condiciones habitacionales y sanitarias, en un ambiente amplio, con pisos de material, calefacción, ventilación adecuadas, y suministro continuo de electricidad, pero la vivienda donde habitaban los actores en la localidad de Loma Hermosa, Partido de Tres de Febrero,

² Ley de acción de amparo. Publicada en el BO el 23/12/1965.

³ Constitución de la provincia de Buenos Aires, artículo 20, inciso 2: *“Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales: ... La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión, proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos.(...)”*

carecía de los recaudos mínimos y en ella habitaban ocho personas integrantes de la familia.

3. El Fallo

El magistrado hizo lugar a la pretensión cautelar, ordenando al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que por intermedio del organismo competente, proveyera provisoriamente a los actores una vivienda que reúna las características indicadas por la médica y los alimentos indispensables para una nutrición adecuada para todo el grupo familiar, hasta tanto se dicte sentencia definitiva. A fin de dar cumplimiento inmediato a la medida concedió un plazo perentorio e improrrogable de cinco días, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 163⁴ de la CPBA y 23⁵ de la ley 7.166.

Para así resolver, el Tribunal realizó un análisis de los requisitos exigibles para la procedencia de las medidas cautelares; a) la verosimilitud en el derecho, b) el peligro en la demora y c) la contracautela.

a. En cuanto a la verosimilitud en el derecho, sostuvo que el derecho que da sustento a la petición cautelar, en tanto se encuentra comprometida la salud de un niño discapacitado, ha sido especialmente reconocido por diversos tratados internacionales que garantizan la asistencia y cuidados especiales que el Estado debe asegurar y que la Constitución provincial garantiza el acceso a la salud para todos sus habitantes y la protección integral de los derechos del niño y de toda persona con discapacidad. Y

⁴ Constitución de la provincia de Buenos Aires, artículo 163: *“La Suprema Corte de Justicia, al igual que los restantes tribunales, dispone de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones. En las causas contencioso-administrativas, aquélla y los demás tribunales competentes estarán facultados para mandar a cumplir directamente sus sentencias por las autoridades o empleados correspondientes si el obligado no lo hiciere en el plazo de sesenta días de notificadas. Los empleados o funcionarios a que alude este artículo serán responsables por el incumplimiento de las decisiones judiciales”.*

⁵ Ley 7166, artículo 23: *“En los casos en que el órgano o agente de la administración pública requerido demorase maliciosamente, de manera ostensible o encubierta, negaren o en alguna forma obstaculizaren la sustanciación de la acción, el juez o tribunal ordenará pasar las actuaciones a la justicia competente a los fines previstos en el Código Penal.”*

siguiendo el criterio adoptado por la Corte Suprema ha dicho que el derecho a la preservación de la salud es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública que debe ser garantizado con acciones positivas (Fallos: 323: 1339 "Asociación Benghalensis" y 323:3229 "Campodónico de Beviacqua").

Asimismo, entendió que el derecho a la salud comprende, el derecho a una vivienda digna, a una adecuada alimentación del menor y de su núcleo familiar. Al respecto consideró especialmente que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, ha dicho que *"el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, 'la dignidad inherente a la persona humana', de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11⁶ no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: 'el concepto de 'vivienda adecuada'... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una*

⁶ Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, artículo 1, párrafo 1: *"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"*

infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable"⁷.

En cuanto al derecho a la alimentación fue definido con tal amplitud que comprende a la alimentación adecuada que se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, tiene acceso físico y económico, en todo momento, no solamente a la alimentación adecuada sino también a los medios para obtenerla. El derecho a una alimentación adecuada no debe interpretarse, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. *"El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2^o del artículo 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole"*⁹. Por ello consideró que el derecho invocado resultaba verosímil para habilitar el dictado de la medida cautelar.

b. En relación al peligro en la demora, sostuvo que tal circunstancia estaba implícita por la naturaleza del derecho en crisis, ya que de mantenerse las condiciones actuales, se potenciaba el riesgo en cuanto al agravamiento del estado de salud del menor, situación que indudablemente requería de una rápida *"acción positiva"* que asegurara la vigencia del derecho a la salud, en el marco de la garantía constitucional a una *"tutela judicial continua y efectiva"*. Ratifica el criterio adoptado por la Corte considerando que *"es de la esencia de las medidas cautelares innovativas enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para*

⁷ OG N° 4, "El derecho a una vivienda adecuada", Sexto período de sesiones, 1991, documento E/1991/23.

⁸ Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, artículo 1, párrafo 2: *"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 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."*

⁹ OG N° 12, "El derecho a una alimentación adecuada", 20° período de sesiones 1999.

*llevarlo a cabo. Tales medidas están orientadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado, tornándose de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del pronunciamiento de la sentencia definitiva"*¹⁰.

c. En cuanto a la contracautela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22¹¹ de la ley 7.166 y 200¹² del código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires, y teniendo especial ponderación por la naturaleza de los intereses y derechos involucrados, resolvió eximir a los peticionantes de prestar caución alguna.

4. Fundamento y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales.

Bernal Pulido¹³, analiza el fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales tomado como punto de partida la confrontación al respecto, entre la concepción liberal o socialista que se adopte.

El elemento común sobre la fundamentación de los derechos subjetivos es que se toma como punto de partida una posición del individuo, que puede denominarse voluntad, interés o en términos de Rawls¹⁴ "facultades morales". En este sentido, el autor sostiene que toda sociedad bien organizada debe tutelar las facultades morales que resumen las posiciones básicas de cada individuo. Esta postura es coherente con la concepción liberal del autor. Asimismo lo será la postura habermasiana del ideal de

¹⁰ "Camacho Acosta", CSNJ: Fallos, 320-1633

¹¹ Ley 7166, artículo 22: "En cualquier estado de la instancia el juez o tribunal podrá ordenar a petición de parte o de oficio, medidas de no innovar, las que se cumplimentarán en forma inmediata, sin perjuicio de su ulterior notificación. En caso de hacerse lugar, el juez o tribunal podrá exigir la contracautela pertinente para responder de los daños que dichas medidas ocasionaren. La solicitud deberá resolverse en el mismo día de su presentación."

¹² Código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires, artículo 200: "Exención de la contra cautela. No se exigirá caución si quien obtuvo la medida: 1º) Fuere la provincia, alguna de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada. 2º) Actuare con beneficio de litigar sin gastos."

¹³ Amplíese de Bernal Pulido, Carlos, El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la Aplicación de los Derechos Fundamentales. Universidad externado de Colombia, 2005, Bogotá, Colombia, p. 292/297

¹⁴ Rawls, John ; El liberalismo político, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996, p.49.

Estado democrático construido sobre el principio del discurso. En efecto, Habermas¹⁵ afirma con razón, que ningún ideal colectivo en sí mismo es una sólida argumentación para fundamentar derechos subjetivos.

Alexy¹⁶ sostiene que el argumento principal de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad. Agrega que los condicionamientos de la sociedad moderna industrial, la libertad positiva o libertad fáctica no tiene sustento en un ámbito determinado por los ciudadanos si no depende esencialmente de actividades estatales.

Nino¹⁷ considera una posición sesgada y decimonónica, circunscribir el rol y funcionamiento del Estado a un ámbito únicamente referido a la justicia, la seguridad y la defensa.

Un punto de partida para distinguir la estructura de éstos derechos de los derechos civiles y políticos, está dado en que mientras que éstos últimos generan obligaciones negativas o de abstención por parte del Estado, los derechos económicos sociales y culturales implican el nacimiento de obligaciones positivas que deberán ser solventadas por el erario público¹⁸.

Esto significa que el Estado en relación a los derechos civiles y políticos, cumple simplemente con la “abstención”. Esto es, concreta la protección en orden a esos derechos, por ejemplo, absteniéndose de aplicar penas sin un juicio previo en que se respete el debido proceso legal; o absteniéndose de cometer injerencias arbitrarias en la intimidad de las personas o su familia. Sin embargo, para dar cumplimiento efectivo a los derechos sociales dada su propia estructura, no alcanza con “no hacer”, sino que implica, en contrario, la obligación del Estado a “hacer”, a brindar prestaciones positivas.

¹⁵ Habermas Jürgen, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso, Madrid, Trotta, 1998, p.147 y sig.

¹⁶ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p.486 y ss.

¹⁷ Nino, Carlos, “Los derechos sociales” en Derecho y Sociedad, Astrea, Buenos Aires, 1993, p.17

¹⁸ Ampliése de Abramovich, Victor y Courtis, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, España, 2002, p.21/36

Para algunos autores¹⁹, dicho en otros términos, mientras que a los derechos civiles y políticos se corresponden obligaciones de resultado; esto es el Estado viola un tratado si la actividad de dicho Estado es contraria al deber de abstención – es decir sólo depende de la voluntad del Estado-. A los derechos económicos y sociales se corresponden obligaciones de conducta. El Estado viola un tratado no por un acto sino por una omisión. No depende del voluntarismo estatal la concreción de este tipo de derechos; sino de un orden social que implique una justa distribución de los bienes, lo que sólo se logra progresivamente y no en forma intempestiva.

La primera conclusión entonces es que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos fundamentales que se diferencian de los derechos civiles y políticos en su estructura. Para concretar un derecho social el Estado debe cumplir con el deber de abstención y además con el deber de conducta o acción. Debe cumplir con las obligaciones negativas y con las positivas. En el caso concreto, en relación al derecho a la salud -que implica el derecho a una vivienda digna y alimentación adecuada- debe cumplir con la obligación negativa de no dañar la salud, y con la obligación positiva de hacer efectiva la tutela cuando un individuo no pueda concretar ese derecho.

5. La obligación estatal en torno a los derechos económicos, sociales y culturales

Para interpretar los límites de la obligación estatal en relación a estos derechos es necesario tener presente la normativa aplicable. Fijémonos comparativamente que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su artículo 2.2. establece que *“Cada Estado Parte se compromete a adoptar²⁰, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizadas por disposiciones legislativas o de otro carácter. En consonancia, el artículo 2.3 determina que *“Cada uno de los Estados Partes en el**

¹⁹ Nikken, P. “El concepto de derechos humanos”, en IIDH, Estudios básicos de Derechos Humanos I, San José de Costa Rica, 1994, y Carretón Merino, en “La sociedad civil como agente de promoción de los derechos económicos, sociales y culturales” en IIDH, Estudios básicos de Derechos humanos V, San José de Costa Rica, 1996, p.59. Cit. Por Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos...” op. Cit. p.22.

²⁰ El resaltado en los artículos me pertenece.

presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, (...) c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) en el artículo 2 expresa 1. “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. En el punto 3 agrega que “los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”

Con lo cual es necesario distinguir que mientras que en el PDCP se habla de adoptar las medidas necesarias para efectivizar esos derechos y de un recurso efectivo. En el PDESC se establece -consciente de las limitaciones económicas que pueda tener un Estado en vías de desarrollo- que se adoptarán las medidas necesarias “*hasta el máximo de los recursos disponibles*” y de “*lograr progresivamente la plena efectividad*” de estos derechos.

Sin embargo, que la normativa constitucional tome este tipo de previsiones en orden a las características distintas que tienen estos derechos, no implica en modo alguno que sean equiparables a obligaciones constitucionales que consisten en políticas que dependan exclusivamente de la discrecionalidad del Estado. Su plena operatividad las hace exigibles “*hasta el máximo de los recursos disponibles*”, lo que supone la existencia de un piso mínimo que asegure el acceso aun nivel de vida adecuado en consonancia con el artículo 11 del PDESC.

La Corte Suprema recientemente en oportunidad de dictar sentencia en el precedente “*Sánchez*”²¹ afirmó que la fórmula “*hasta el máximo de los recursos disponibles*” (...)

²¹ Fallo completo en LL 20/5/2005. véase comentario de Gil Domínguez, Andrés, “Efectos del precedente ‘Sánchez’ de la Corte Suprema de Justicia”, L.L., 20/12/2005, p. 4/5.

*“constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, más no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes”*²² (...) En el caso concreto interpretó que se *“habilitan al Estado a determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria al momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o de su satisfacción”*²³ dejando de lado la doctrina del fallo *“Chocobar”*²⁴ en la que no se tuvo en cuenta la normativa de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

La segunda conclusión es qué, por el hecho que la normativa aplicable establezca que los derechos sociales se habrán de satisfacer en forma progresiva y hasta el máximo de los recursos que disponga el Estado; no significa que el propio Estado pueda tomar decisiones discrecionales, sino que deberá realizar todos los esfuerzos para sortear obstáculos y concretar la mayor cantidad de acciones posibles para que se efectivicen estos derechos.

Más aún, en tiempos de crisis mayores son las obligaciones del Estado de proteger a los sectores más perjudicados y el modelo económico del Estado debe respetar los lineamientos de la constitución y tratados de igual jerarquía que conforman la denominada *“Constitución económica”*²⁵

6. El derecho a la salud comprende el derecho a una vivienda digna y a una alimentación adecuada.

El derecho a la salud es uno de los derechos humanos fundamentales del que gozan todas las personas, y el Estado tiene la obligación de garantizarlo. Si bien la Constitución Nacional no lo mencionaba de forma expresa, luego de la reforma de 1994

²² Considerando 6°

²³ Considerando 11°

²⁴ *“Chocobar Sixto c. Caja Nacional de Previsión Social para el personal del Estado y Servicios Públicos”*, LL, 1997-B, 247

²⁵ Bidart Campos, Germán, *El Orden Socioeconómico de la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, p.341

y con la incorporación al sistema normativo de los tratados internacionales en el artículo 75.inc.22, el derecho a la salud goza de jerarquía constitucional.²⁶

Específicamente, en el caso que nos ocupa, resulta de aplicación la 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, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

En consonancia la Convención sobre los derechos del niño (artículo 4), dispone que los Estados partes deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos que por medio del instrumento se reconocen. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, se deben adoptar tales medidas hasta el máximo de los recursos que cada Estado disponga, tal como lo mencionáramos en el punto anterior, pero con el agregado que cuando se trate de un niño si el caso lo requiere, se podrá aún solicitar la cooperación internacional.

Por otro lado, el derecho que da sustento a la petición cautelar intentada por lo padres del menor se encuentra en los artículos 23²⁷, 24²⁸, 26²⁹ de la Convención sobre los

²⁶ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XI: *“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.”*

²⁷ Convención sobre los derechos del niño, artículo, artículo 23: *“1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles,(...)”*

²⁸ 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*

Derechos del Niño, el artículo 19³⁰ de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10³¹ inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que garantizan la asistencia y cuidados especiales que el Estado debe asegurar.

La convención reconoce a todos los niños el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, estableciendo la obligación de las personas a cargo del mismo de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo.

Asimismo, esta obligación no solo incumbe a los padres y tutores a cargo del niño, sino que también los Estados partes de la convención deben adoptar las medidas tendientes a brindar ayuda a los padres y demás personas responsables, a fin de dar acabado cumplimiento con el ejercicio efectivo de esta derecho, debiendo llegado el caso, proporcionar asistencia material y establecer programas de apoyo, en materia de

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;(...) 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.”

²⁹ Convención sobre los derechos del niño, artículo 26: “(...) 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.”

³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

³¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley (...)

nutrición, el vestuario y la vivienda. (Convención sobre los derechos del niño, artículo 27).

Ahora bien, con los elementos aportados podemos aproximarnos a la tercera conclusión que es qué debe entenderse por el derecho de acceso a una vivienda digna y a una alimentación adecuada.

En cuanto al acceso a una vivienda digna, podemos afirmar que, de conformidad con lo establecido en los Tratados internacionales analizados, comprende el derecho de vivir en seguridad, paz y dignidad, como así también de disponer de un lugar donde poderse aislar, de contar con espacio, iluminación y ventilación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable.

Respecto de la alimentación adecuada, esta comprende el acceso a los alimentos que hacen a las necesidades básicas del ser humano, es decir, aquellos fundamentales para la subsistencia del mismo.³²

El artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sumado a las disposiciones del código civil nos dan el marco legal que sustenta las definiciones expresadas precedentemente. Los alimentos a los que el pacto se refiere son aquellos que hacen a las necesidades básicas; y ello en consonancia con la norma local, comprenden lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario como así también lo necesario para la asistencia en las enfermedades.³³

En orden a ello, en el caso de autos, al no poseer el grupo familiar los medios indispensables a fin de cubrir las necesidades básicas del niño, los padres se vieron impulsados a iniciar una acción de amparo contra el estado nacional a fin de que el órgano judicial dispusiera lo necesario para satisfacer tales necesidades. La acción tuvo recepción favorable, toda vez que se ordenó al Estado que por intermedio del organismo

³² Véase en tal sentido Solari, Néstor E. “La obligación del Estado de garantizar las necesidades básicas insatisfechas.” LL, Pcia Bs. As. Año 13, número 1, febrero de 2006, p. 15.

³³ Código Civil, artículo 372: “*La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades.*”

competente, proveyera provisoriamente a los actores una vivienda que reúna las características y los alimentos indispensables para una nutrición adecuada, hasta tanto se dictara sentencia definitiva.

Los amparos contra el Estado, en cumplimiento con el artículo 27 de la Convención presentan las particularidades de haber sido efectivizados en especie, en virtud de que la ley no impone una determinada forma de cumplimiento de la obligación. Es el Estado quien puede ejercer la opción de cumplir en especie o en dinero, quedando ello enmarcado en el ámbito de la discrecionalidad del poder Ejecutivo, salvo que en el caso particular deba establecerse indefectiblemente el cumplimiento de la obligación en dinero³⁴, lo que jamás podrá hacer el Estado es no cumplir con la obligación.

7. Conclusiones.

Los obstáculos que a menudo dificultan la justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales son los siguientes: a) problemas en la determinación de la conducta; b) la autorrestricción del Poder judicial frente a cuestiones políticas y técnicas, c) la ausencia de mecanismos procesales adecuados y d) la escasa tradición de control judicial en la materia³⁵.

Esta tendencia se está revirtiendo gradualmente a través del accionar de jueces, que por medio de sus sentencias exigen a los poderes correspondientes el cumplimiento de las obligaciones de resultado por parte del Estado³⁶.

Este precedente marca un camino hacia el pleno reconocimiento de la obligación estatal de concretar -a través de acciones positivas, políticas de gobierno y si es necesario en

³⁴ Ver Solari, Néstor E. “La obligación del Estado de garantizar las necesidades básicas ...”. Op.Cit p.16.

³⁵ Abramovich, Victor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales como derechos...” op. Cit. P. 23 yss.

³⁶ Véase Fallos “M.M.S” Justicia federal de Santa Fé, Confirmado por la CSJN, 16/10/2001; “Defensor del Superior Tribunal c/ Estado Provincial s/ acción de amparo”, Tribunal Superior de la Provincia de Entre R 2004 y “Montenegro Patricia c/ GCBA s/amparo” con comentario de Gil Domínguez, Andrés, “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, L.L.30/9/2005, p. 3/4.

cada caso concreto,- la vigencia plena del Estado Constitucional de Derecho, del que es inescindible la efectivización de los derechos económicos sociales y culturales. *“Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”*³⁷

³⁷ Ferrajoli, Luigi *“Derechos y Garantías”. La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2004, p.35