

Obligaciones del Estado argentino frente al aumento de la pobreza en la niñez y la adolescencia

Desafíos institucionales en el control de razonabilidad de la política pública y la exigibilidad de derechos fundamentales



Diego Latrónico

4 de diciembre de 2018: “El 48% de los niños, niñas y adolescentes en Argentina es pobre según un estudio de UNICEF que mide la pobreza multidimensional, una metodología que toma en cuenta diferentes dimensiones desde el acceso a una vivienda adecuada de los niños hasta la escolaridad. De ese 48%, 20 puntos porcentuales corresponden a privaciones “severas” como vivir en una zona inundable y cerca de un basural o no haber ido nunca a la escuela entre los 7 y los 17 años”.¹

Según el reciente informe de UNICEF para Argentina, aproximadamente 1 de cada 2 niños, niñas o adolescentes es pobre en nuestro país. Más allá de resultar un dato extremadamente dramático *per se*, nos resulta útil para repensar el cumplimiento del Estado argentino a sus obligaciones internacionales, en tanto asunción de compromisos en dicha materia, como también nacionales en tanto el incumplimiento de derechos fundamentales en nuestro país.

¹ <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/el-48-de-los-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-en-argentina-es-pobre>

Niños, niñas y adolescentes: un grupo prioritario a la hora de implementar y desarrollar políticas públicas

La niñez y adolescencia es un grupo especialmente protegido y tutelado por el Estado argentino mediante el andamiaje constitucional que da reaseguro a sus derechos como también al acceso a los derechos fundamentales a toda la población.

Así, el Estado nacional se ha comprometido a asegurar y otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable, y el acceso a una vivienda digna (art. 14 bis), derechos que le asisten a niños, niñas y adolescentes con carácter absoluto.²

En esta línea y con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, se incluyó en el artículo 75, en el grupo de las denominadas cláusulas del progreso,³ la tendencia a indicarle al Congreso la necesidad de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen [...] el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto de los niños*” (art. 75 inc. 23).

En igual sentido y a partir de lo que significó la adhesión al sistema internacional mediante el artículo 75 inciso 22, dotando de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos allí enumerados, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Estado argentino se comprometió a otorgar a toda persona “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 (art. 25 apdo. 1°)” estipulando claramente que la infancia tiene un derecho a cuidado y asistencia especiales (art. 25 apdo. 2°).

La especialidad a la que se refiere el instrumento internacional no es más que el reconocimiento de la niñez y adolescencia como un sector prioritario en el acceso a las políticas públicas. A la especialidad declarada se le debe responder con un eficiente despliegue estatal de políticas públicas destinadas al cumplimiento de sus derechos.

Específicamente en materia de “niñez”, la Convención de los Derechos del Niño habla del derecho al disfrute de los más altos niveles posibles en materia de salud y nivel de vida adecuado para su desarrollo (físico, mental, espiritual y social), obligando a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para garantizar este derecho, específicamente en materia de nutrición, vestuario y vivienda (art. 27.3).

Así, dentro de los denominados “derechos de segunda generación”, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce “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

2 El acceso a una vivienda digna fue tributario del artículo 37 de la Constitución de 1949 en donde se establecen con rango constitucional los derechos sociales, léase, al trabajo, a la seguridad social a la protección de la familia, salud, ancianidad, vestuario, vivienda, educación y cultura.

3 Previo a la reforma, se contaba con el artículo 67, inciso 16, en este sentido. La reforma la mantuvo en su artículo 75, inciso 18, pero agregó otras, como la mencionada en el inciso 23.

las condiciones de existencia” (art 11). Asimismo, los Estados firmantes asumen el compromiso de tomar medidas que aseguren la efectividad de este derecho.

Al respecto, me permito una pequeña digresión y sugiero modificar la denominación de “derechos de segunda generación” por “derechos elementales de cumplimiento estatal obligatorio”.

Es que frente al desarrollo económico del siglo XX e inicios del XXI y luego de afianzarse las libertades civiles y políticas, resulta prioritario un compromiso humanitario en el acceso a salud, educación y vivienda. Mientras se profundicen las desigualdades en los estos derechos, las libertades civiles y políticas son una utopía plasmada en tratados internacionales que solo le otorgan formalidad y poca realidad efectiva.

En esta línea, dentro de las constituciones más jóvenes de nuestro país, se encuentra la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Allí el desarrollo institucional es muy claro respecto a la prioridad para la niñez y la adolescencia entre otros sectores vulnerables, al menos en términos formales,⁴ en el acceso a políticas públicas.

Así, de los artículos 17 y 18 de la Ciudad surge la obligación del Estado local de “promover el desarrollo humano de manera equitativa y con políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión”. En su artículo 31, por su parte, se consagra el reconocimiento del derecho “a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, obligándose progresivamente a resolver el déficit habitacional”; mientras que, por su parte, en el artículo 39 se consagra el especial reconocimiento a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, otorgándoles prioridad en el acceso a las políticas públicas.

No debemos olvidar que el reconocimiento a estos derechos se encuentra también en otras constituciones provinciales. La provincia de Buenos Aires reconoce el acceso a la vivienda y la eliminación de las barreras para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de la niñez en los artículos 7 y 36.2. Córdoba (arts. 58 y 25) y Tierra del Fuego (arts. 24 y 18) también reconocen el derecho a la vivienda digna, inembargable y la especial protección de la niñez, máxime en condiciones de vulnerabilidad.

Ahora bien, ¿cómo se traduce que, con este respaldo de normativa internacional, constitucional nacional, legal y de constituciones provinciales, Argentina haya incrementado su tasa de pobreza, y más específicamente, su pobreza de manera multidimensional, especialmente en niños, niñas y adolescentes? ¿Resultan operativos estos derechos? ¿Es responsable el Estado argentino por su incumplimiento?

En el conocido precedente relativo al acceso a la vivienda digna “Q.C.S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” la Corte Suprema de Justicia de la Nación responde esta pregunta señalando sobre los derechos fundamentales y, específicamente, sobre el derecho a la vivienda, que:

la primera característica de estos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas con vocación de efectividad. Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Cons-

⁴ Llamativamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que es el distrito con mayor presupuesto de todo el país aumentó significativamente la cantidad de indigentes que viven en ella.

titución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos *para que estos resulten efectivos y no ilusorios*, pues el llamado a reglamentarios no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos” (*Fallos*: 327:3677; 322:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto Homónimo⁵ (el destacado no surge del original).

Lo expuesto implica una clara obligación del Estado nacional de ejecutar políticas públicas razonables. La garantía de acceso a la vivienda, de salud, de educación implica la acción directa de asignación presupuestaria, de políticas públicas eficientes, de efectores estatales adecuados, destinados a la satisfacción de derechos fundamentales.

Ello se vincula con lo que expusimos anteriormente respecto de la denominación de estos derechos económicos sociales y culturales por “derechos elementales de carácter estatal obligatorio”. Es que el precedente “Quisberth Castro” marcó un hito jurisprudencial en lo que se refiere al acceso a derechos fundamentales, modificando el paradigma de gestión estatal al respecto.

Lejos de poder considerarse su implementación dentro de las denominadas “cuestiones políticas no judiciales”,⁶ prima su carácter de derecho fundamental para obligar a los Estados al desarrollo de políticas públicas tendientes a su satisfacción.

Pobreza multidimensional. Resulta exigible otra propuesta estatal. ¿Cuál es el rol del Poder Judicial?

En su informe, UNICEF realiza un análisis de privaciones no monetarias y toma en cuenta distintas dimensiones que vulneran los derechos en la infancia y adolescencia y determinan situaciones de pobreza: educación, protección social, vivienda adecuada, saneamiento básico, acceso al agua segura y un hábitat seguro. *Los datos revelan que la pobreza entre las personas menores de 18 años alcanza un valor de 48% y se sitúa 10 puntos por encima de la población en general (38%): esto es 6,3 millones de niñas y niños que ven vulnerado el ejercicio efectivo de sus derechos.*⁷

Frente a este panorama, corresponde preguntarnos ¿por qué existiendo un bloque normativo que garantiza estos derechos la realidad se evidencia tan diferente?

5 CSJN “Q.C.SY c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”.

6 Bidart Campos criticó este concepto de “cuestiones políticas no judiciales” señalándolas como un límite al control judicial en materia de política pública que importa una violación al acceso a la justicia de la parte afectada. Ver (1986). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino: tomo II*. Buenos Aires: Ediar, pp. 371-372.

7 <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/el-48-de-los-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes-en-argentina-es-pobre>

Lo que podemos intuir es que, como mínimo, existe un deficiente diseño de las políticas públicas que entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo se deben adoptar teniendo en cuenta dos principios rectores: la cláusula del progreso vigente en nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 23) y el principio de no regresividad que rige en materia de derechos humanos.

Así, dentro del marco discrecional del ejercicio de la administración pública, existen reglas que delimitan hacia dónde debe orientarse esa política pública. Ha dicho la CSJN al respecto que

Hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir una amenaza grave para la existencia de la persona.⁸

Si una política pública atenta contra estos derechos fundamentales, si la ausencia o la ineficiencia de política pública atenta contra la existencia misma de la persona, entonces se vuelve irrazonable.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad...⁹

Esto se profundiza aún más cuando se trata de la niñez y la adolescencia. Es que, a especial protección por parte del legislador, principal afectación cuando las políticas públicas no responden al diseño constitucional.

En efecto, el propio informe señala que

Vivir en pobreza durante la infancia significa no asistir a la escuela ni aprender, saltar una de las comidas o ir a dormir con hambre, no tener zapatos o vestimenta digna, estar privado de atención médica y estar expuesto a enfermedades, vivir en un hogar sin agua potable, electricidad, en espacios inseguros y en condiciones de hacinamiento o enfrentarse a muchas otras carencias. Estas realidades tienen consecuencias negativas, al igual que la posibilidad de que se reproduzca en la siguiente generación, y comprometan el presente y futuro de las niñas y los niños que la viven, así como, el desarrollo económico y bienestar social del país...¹⁰

8 CSJN. "Q.C.S.Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" Cons. 18.

9 CSJN. "Q.C.S.Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" Cons. 18.

10 <https://www.unicef.org/argentina/media/4156/file>

No se trata solo de una pobreza monetaria, sino tal como se afirma en el informe, es una pobreza multidimensional que deja mucho más expuesta la política pública estatal y el incumplimiento del Estado nacional de las obligaciones comprometidas en Tratados Internacionales de derechos humanos.

Acceso a la Justicia. El Rol del Poder Judicial. Control de razonabilidad

Una de las características de estos derechos es, como afirmamos, que consagran la obligación de hacer del Estado nacional, y con ello se encuentran sujetos al control de razonabilidad (art. 28 CN) a cargo del Poder Judicial.¹¹

¿Que implica esta afirmación? Que los sectores vulnerables precisan de un rol activo por parte del Poder Judicial en el control de razonabilidad de la política pública cuando se trata del acceso a los derechos fundamentales; y con ese rol activo, el consecuente acceso a la justicia con una amplia legitimación en materia exigibilidad de estos derechos.

El citado fallo “Quisberth Castro” resulta también paradigmático en lo que a control de razonabilidad refiere. Allí el Poder Judicial (la Corte Suprema) realiza un análisis de los instrumentos con los que contaba el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (subsidios habitacionales, programas de alojamiento en paradores y hoteles, créditos hipotecarios) y señaló que

el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S.Y.Q.C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la Ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias..

Es que no se trata solo de que existan recursos y políticas, ni siquiera tampoco se trata de su *quantum*, sino que nos encontramos ante un diseño ineficaz e irrazonable y, con ello, inconstitucional (al no

¹¹ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido variada respecto al análisis de la razonabilidad. Ha exigido la idoneidad de los medios en base a los resultados Así en el conocido precedente “Cine Callao” (CS 247:121) señaló: “A esta Corte sólo le está permitido analizar la razonabilidad de los medios previstos por el legislador, o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines cuya realización procura”. También se ha dispuesto a analizar la “proporcionalidad” expresando, por ejemplo, que “la norma es razonable en tanto guarda proporción con sus fines, adecuada a las peculiaridades de la materia económica y el derecho que la rige, y no afecta el principio de igualdad ante la ley” (CS 313:1513, “Peralta”). Más reciente encontramos el precedente “Blanco” (CS, “Blanco, Lucio O. c. ANSeS s/ reajustes varios”, 18/12/2019) donde, en base al criterio de razonabilidad, el máximo tribunal realiza el control de constitucionalidad de oficio de las normas previsionales declarando la inconstitucionalidad de las resoluciones 56/2018 de ANSeS y 1/2018 de la Secretaría de Seguridad Social, además se dispuso la comunicación al Congreso de la Nación del contenido de la sentencia, para que, dentro de un plazo razonable, proceda a fijar el indicador para la actualización de los salarios computables a los fines del cálculo del haber inicial en el período analizado.

responder con los estándares internacionales y constitucionales). No se trata solo de discutir montos presupuestarios asignados a la efectivización de tales derechos, sino que también corresponde al poder judicial realizar el control de legalidad de los actos de gobierno.

Resultan claras al respecto las prescripciones de la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en tanto reconoce que los derechos asegurados a la infancia están protegidos por su máxima exigibilidad (art. 1°).

En el plano de derechos económicos, sociales y culturales, tiene claros ejemplos de que un efectivo control de razonabilidad coadyuva al cumplimiento estatal de obligaciones asumidas, por ejemplo: el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo a través del precedente “Mendoza”; la construcción de jardines y establecimientos escolares en la causa vinculada a la construcción del centro comercial Dot en el barrio de Saavedra; los amparos iniciados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires relativos al acceso a la educación pública, el cual tiene una barrera “de facto” mediante la insuficiencia de vacantes en la Ciudad demostrada a través de sistema de inscripción *on line*.¹² O la construcción de una unidad de terapia intensiva pediátrica en el Hospital de Quemados de la Ciudad de Buenos Aires.¹³

Otro ícono jurisprudencial ha sido la reurbanización de la Villa 20 y el saneamiento del predio Papa Francisco donde antes funcionaba un cementerio de autos. Allí se generó a través de un amparo iniciado por el Ministerio Público Tutelar, el saneamiento total del predio (frente a casos de niños, niñas y adolescentes que presentaban plomo en sangre) y la construcción de viviendas.¹⁴

Salud, medio ambiente, vivienda y educación son derechos tan elementales que frente a su vulneración, difícilmente exista el resguardo de la “cuestión política no justiciable”. En definitiva, nos encontramos ante derechos cuyo cumplimiento efectivo ha implicado un compromiso internacional por parte del Estado argentino, y es responsabilidad también del Poder Judicial, en el marco de sus competencias, controlar las políticas impulsadas por el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

No se trata de que el Poder Judicial diseñe política pública o realice asignaciones particulares por fuera de su jurisdicción, sino que nos encontramos frente a garantías elementales que ponen en riesgo la vida misma de las personas, su dignidad, el cumplimiento de sus derechos más elementales.

12 Vale destacar un precedente de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Allí, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resultó condenado en primera instancia por la falta de vacantes en educación inicial. Se lo condenó a otorgar los fondos suficientes para cubrir los gastos de un jardín maternal de gestión privada. Para así hacerlo el Magistrado sostuvo: “*la afectación de fondos públicos resulta exclusiva para el caso y se pondera que, frente a los derechos amenazados y el interés superior del niño el interés público no se encuentra comprometido, no sólo por el monto del embargo que se dispone, sino también porque no puede haber interés público mayor que el de garantizar los derechos humanos, aun el marco de un proceso cautelar, en donde esos derechos lucen verosímiles. [...] Tal como señaló la Corte Suprema de Justicia, los niños -máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo- además de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda*”. “Z. D. N. y otros contra GCBA y otros sobre amparo - Educación - Vacante” Expte. J01-00003063-1/2017-0 sentencia del 1 de marzo de 2017.

13 Expte. 34987/0 “Asesoría Tutelar N° 4 ante la justicia CAYT contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)” Juzgado N° 12 Secretaría N° 24 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

14 Expte. 12975/5 “Asesoría Tutelar c/ GCBA s/ otros procesos incidentales” Juzgado N° 4 Secretaría Ad Hoc del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Pero para que exista dicho control debe existir un amplio acceso a la justicia de la niñez y la adolescencia. Los estrictos criterios en materia de legitimación deben ceder frente a la naturaleza de los derechos vulnerados.

La sanción y vigencia de las leyes de protección integral de la infancia, tanto a nivel provincial como a nivel nacional (ley 26.061), también ha modificado el paradigma de actuación del Poder Judicial, dejando de lado las medidas cautelares de “protección de personas” que imponían soluciones coactivas sobre las personas de los niños, niñas y adolescentes en los casos de familias a las cuales se les vulneraron derechos sociales (p. ej., medicamentos, habitación, vacantes escolares, etc.), para transformar la actividad judicial en un verdadero examen de razonabilidad de tales políticas en cada caso concreto, verificando el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas del Estado en garantizar las prestaciones establecidas en los programas sociales de vivienda, alimentación, educación, salud, etc.¹⁵

Los sistemas procesales han sido pensados para la defensa de la propiedad, de la libertad ambulatoria, y de las libertades civiles y políticas. En este último tiempo se ha desarrollado, a través de la jurisprudencia de la Corte, reglas tendientes a regular las acciones colectivas. No obstante, resulta necesario repensar la defensa de los derechos fundamentales. Como afirmamos, una legitimación amplia puede ser el primer paso y ese se encuentra a mano de la interpretación jurisdiccional.

En materia de niñez y adolescencia queda aún mucho camino por recorrer institucionalmente. En primer término, resulta inaudito que a la fecha el Estado nacional no cuente con un/a defensor del niño, tal como ordena la Ley N° 26061; luego, se debe exhortar a tribunales superiores de justicia y cortes provinciales y operadores jurídicos a realizar interpretaciones amplias que permitan y no restrinjan el acceso a la justicia en materia de derechos fundamentales de la niñez y la infancia.

Que uno de cada dos niños, niñas y adolescentes sea pobre en nuestro país no es responsabilidad exclusiva ni del Poder Ejecutivo, ni del Poder Legislativo, ni del Poder Judicial. Cada uno en los ámbitos de su competencia debe adoptar las políticas públicas tendientes a revertir esta situación y controlar su razonabilidad. La responsabilidad es del Estado argentino, y ese Estado somos todos y nuestras instituciones.

15 Moreno, G. D. (2012). Medidas procesales urgentes para la exigibilidad de los derechos sociales de la infancia. AP/DOC/1580/2012