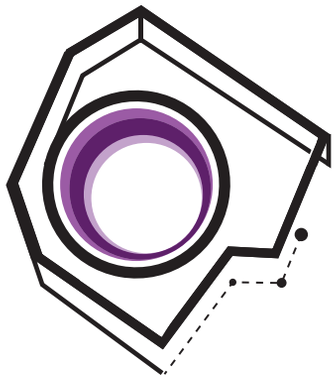
El **Ministerio Público Tutelar** es un órgano del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Su misión principal es la de controlar y exigir la justa aplicación de la ley, la legalidad de los procedimientos y el debido funcionamiento de las agencias del Estado, y de llevar adelante acciones orientadas a garantizar el cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y de las personas afectadas en su salud mental.



Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

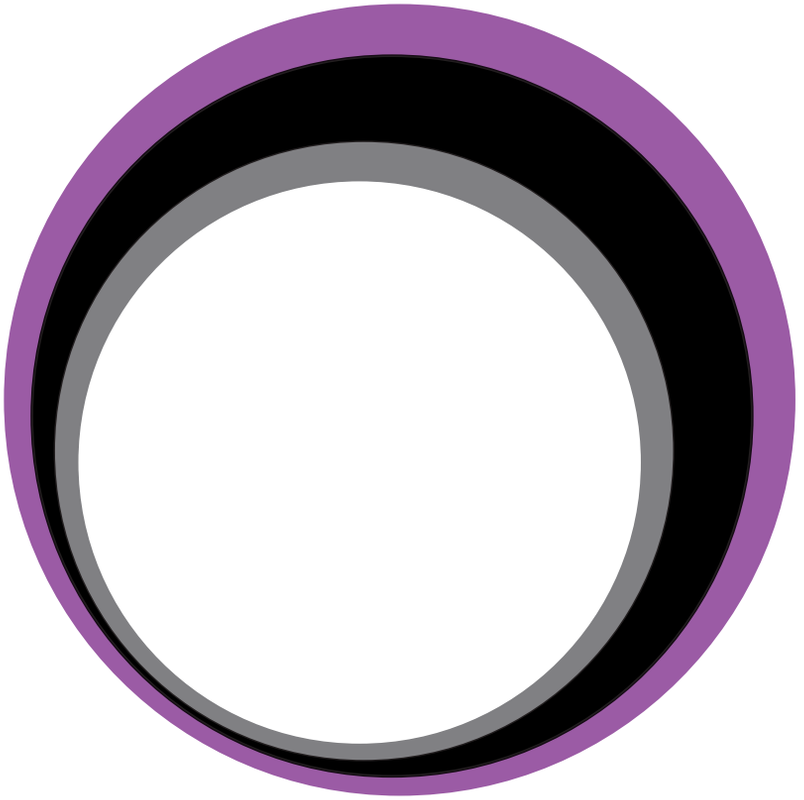
PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y SALUD MENTAL
EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Experiencias, avances y desafíos.

Informe de gestión del **Ministerio Público Tutelar**.

Periodo 2008 · 2009.



Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y SALUD MENTAL
EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Experiencias, avances y desafíos.

Informe de gestión del **Ministerio Público Tutelar**.

Periodo 2008 · 2009.

Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Asesora General Tutelar
Dra. Laura Musa
Combate de los Pozos 155, piso 7.
Tel.: 4011-1414
agt@jusbaires.gov.ar

Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces
Dra. Magdalena Giavarino
Florida 19, piso 7.
Tel.: 5274-1881
mgiavarino@jusbaires.gov.ar

Asesora General Tutelar Adjunta de Menores
Dra. María de los Ángeles Baliero de Burundarena
Combate de los Pozos 155, piso 6.
Tel.: 4011-1416
aburundarena@jusbaires.gov.ar

Secretaría General de Coordinación Administrativa
Dr. Rodolfo Medina
Combate de los Pozos 155, piso 3.
Tel.: 4011-1431
rmedina@jusbaires.gov.ar

Secretaría General de Gestión
Dra. Mabel López Oliva
Combate de los Pozos 155, piso 7.
Tel.: 4011-1484
mlopezoliva@jusbaires.gov.ar

Secretaría General de Política Institucional
Dr. Ernesto Blanck
Combate de los Pozos 155, piso 7.
Tel.: 4011-1414
eblanck@jusbaires.gov.ar

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

Asesor Tutelar CAyT Nº 1
Dr. Gustavo Moreno
Diagonal Roque Sáenz Peña 636, entrepiso.
Tel.: 4346-1112
atcayt1@jusbaires.gov.ar

Asesor Tutelar CAyT Nº 2
Dr. Juan Carlos Toselli
Diagonal Roque Sáenz Peña 636, entrepiso.
Tel.: 4346-1118
atcayt2@jusbaires.gov.ar

Asesor Tutelar CAyT Nº 3
Dr. Jorge Luis Bullorini
Florida 19, piso 7.
Tel.: 5274-1882
atcayt3@jusbaires.gov.ar

Fuero Penal, Contravencional y de Faltas

Asesor Tutelar PCyF Nº 1
Dr. Carlos Bigalli
cbigalli@jusbaires.gov.ar
Florida 19, piso 7
Tel.: 5274-1872

http://ministerio.jusbaires.gov.ar
www.asesoria.jusbaires.gov.ar

(Actualizado en el mes de julio 2009)

9 Presentación

13 Introducción

Capítulo 1: Las intervenciones de la MPT en materia contravencional y penal juvenil.

19 Índice Temático

21 1.1. Intervenciones en los expedientes judiciales

1.1.1. Intervenciones vinculadas al rol de los asesores tutelares

1.1.2. Intervenciones vinculadas al respeto de derechos y garantías de las personas menores de edad imputadas de delitos o contravenciones

1.1.3. Intervención respecto a personas menores de edad víctimas y/o testigos

1.1.4. Intervención respecto de las personas con padecimientos en su salud mental

32 1.2. Acciones de incidencia en la política criminal de la Ciudad de Bs As

1.2.1. La privación de Libertad de los niños en la Ciudad

1.2.2. Privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes en institutos penales con sede en la Ciudad

1.2.3. Resabios tutelaristas en la normativa local

1.2.4. Difusión, reflexión y análisis crítico

Capítulo 2: El sistema de protección integral de derechos local: la política de alojamiento o internación en instituciones de albergue.

43 Índice Temático

46 2.1. Niños, niñas y adolescentes en instituciones de albergues bajo la responsabilidad del GCBA

2.1.1. Los casos: el crecimiento de las institucionalizaciones y el desapego a la ley

2.1.1.1. La institucionalización de la pobreza en la Ciudad

2.1.1.2. La ausencia de un debido proceso

2.1.1.3. Derecho a ser oído y participación del niño, niña y adolescente

2.1.1.4. Abogado del niño, niña y adolescente

2.1.1.5. El Consejo y el abordaje de la población infantil derivada del EX CONNAF: una muestra de retroceso

2.1.1.6. Una propuesta de abordaje global

60 2.2. Las instituciones de albergue

2.2.1. Las intervenciones de la AGT

2.2.2. Acceso a la vinculación familiar, vida en familia y autovalimiento

2.2.2.1. Principales situaciones detectadas

2.2.2.2. Obstáculos

2.2.3. Acceso a la salud

2.2.3.1. Principales situaciones detectadas

2.2.3.2. Obstáculos

2.2.4. Acceso a la educación

2.2.4.1. Principales situaciones detectadas

2.2.4.2. Obstáculos

2.2.5. Intervenciones de incidencia legislativa

Capítulo 3: Derechos económicos, sociales y culturales: control sobre los programas e intervenciones sociales

75 Índice Temático

78 3.1. El trabajo en los casos de reclamo individual por el acceso a programas sociales y a la asistencia adecuada

84 3.2. Las intervenciones colectivas y de incidencia estructural respecto de la política pública

3.2.1. Intervención transversal a todos los derechos sociales: el seguimiento del presupuesto de la Ciudad

3.2.1.1. Modificaciones en los diseños presupuestarios y en la presentación de las metas físicas

3.2.1.2. Las deficiencias del sistema de Protección Integral de Derechos de Infancia

3.2.2. El retroceso del Gobierno de la Ciudad en el cumplimiento de los derechos

3.2.3. Acciones de incidencia estructural en materia de vivienda

3.2.3.1. Acciones colectivas; El caso "El Cartón"

3.2.3.2. Intervenciones de incidencia en la normativa que regula programas sociales

· El decreto 960/08

3.2.3.3. Actividades de relevamiento y difusión

3.2.4. Proyecto de descentralización de la atención de la AGT.

Capítulo 4: Salud Mental y Derechos Humanos

99 Índice Temático

101 4.1. Acciones de incidencia estructural

4.1.1. El monitoreo del cumplimiento de la ley 448 de salud mental

4.1.2. El control de las instituciones de albergue terapéutico y tratamiento de la salud mental

4.1.2.1 El Control de las instituciones que albergan niños

4.1.2.2 El control de las instituciones que albergan adultos mayores

4.1.3. Participación de la AGT en encuentros y reuniones con otros actores sociales

4.1.4. Intervenciones de incidencia en el tratamiento de los casos individuales

4.1.4.1. Intervenciones de la AGT en casos de internaciones psiquiátricas de niños y en las comunidades terapéuticas.

111 Anexos

Presentación

Resulta paradójico para una agencia judicial que la principal tarea desplegada desde el inicio de la gestión haya sido, y continúe siendo, la de establecer estrategias para exigir el cumplimiento del debido proceso por parte de los organismos estatales, sean administrativos o judiciales. Enfrentar cotidianamente la enorme resistencia a cumplir con esta garantía básica de procedimiento democrático[1] nos ha permitido comprender, cada vez más profundamente, la confusión estructural que deliberadamente se construyó, y se mantiene entre la gestión y el acceso a las políticas sociales y el Poder Judicial.

La lectura de un informe de actividades como el presente debería, razonablemente, poner el énfasis en el cumplimiento de las obligaciones y objetivos que tiene asignado el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad. Sin embargo, el presente informe no lo hará exclusivamente, sino que se focalizará en reflejar la tarea desplegada, siempre tendiente a lograr la imprescindible legalidad de los procedimientos.

Este informe de trabajo ha sido rigurosamente producido por los equipos que integran el Ministerio Público Tutelar. En él se ha plasmado un trabajo cotidiano orientado siempre a desarraigar una cultura aún vigente no sólo en nuestra sociedad, sino también en los organismos del Estado, que aún continúan adheridos a la derogada Ley de Patronato de Menores.

Todas estas intervenciones y acciones desplegadas tienen como norte aquello que, justamente, no ha sido tarea fácil ni naturalmente aceptada: la exigibilidad de que cada intervención estatal cumpla rigurosamente con el procedimiento legal establecido.

Un análisis complejo del trabajo desarrollado desde las distintas áreas e instancias del organismo permitirá dar cuenta de nuestra actuación en tanto agencia judicial en lugares de internación de niños y adolescentes (los mal llamados ''hogares''), en centros de privación de libertad y en el marco de expedientes judiciales, controlando el cumplimiento de los derechos de las personas menores de edad y de los adultos con afectación en su salud mental.

1 Un indicador de esta resistencia es el hecho de que, habiendo comenzado el control de los procedimientos iniciados con la gestión en el año 2007, los primeros resultados recién se visualizaron en el curso del año 2008.

La normativa nacional e internacional vigente en materia de infancia y salud mental da lugar a que se confunda la debida y eficaz prestación de las políticas sociales para menores de edad o personas afectadas en su salud mental, con la difundida práctica que indica que esa prestación puede ser realizada sin garantía alguna. Es así como nuestra exigencia de cumplir con las reglas de debido proceso en su ejecución es, para muchos sectores, un ''prurito leguleyo'' o una facultad de la administración. Es aún más grave cuando esta aseveración forma parte de dictámenes de los funcionarios responsables de las direcciones legales y técnicas.

En consecuencia, el núcleo central de cada uno de los proyectos y tareas que llevamos adelante ha sido desterrar estas prácticas discrecionales que, por una lado, no le otorgan mayor eficacia a las políticas públicas y, por otro, impiden la apropiada intervención legal de los sujetos que esas políticas deben proteger.

La posición que las fundamenta pone el acento en considerar a las personas menores de edad y a aquellas afectadas en su salud mental como sujetos de derechos, destinatarios de políticas públicas integrales y de procedimientos garantistas. Es por este tipo de prácticas que desde el Ministerio Público Tutelar nos planteamos, como prioridad irrenunciable, la protección de cada uno de los derechos, tanto de aquellos cuyos derechos están siendo dirimidos en un expediente judicial o administrativo como de quienes requieren de políticas sociales.

Nuestra concepción de un Estado de Derecho respetuoso de las garantías de procedimiento y de la obligación estatal de proporcionar la información debida en tiempo y forma, así como el esfuerzo por dar cumplimiento a nuestra misión, orientada a controlar y exigir este comportamiento democrático a todos los organismos, no tienen más límite que aquel que imponen las leyes y la Constitución.

Ningún pragmatismo pseudo protector de la infancia y de las personas afectadas en su salud mental podrá ser revestido como una solución ''rápida y extrajudicial'' lesionando derechos.

La Ciudad de Buenos Aires cuenta con amplios recursos humanos y presupuestarios, con legislación y organismos adecuados que deben, necesariamente, conducir a un acceso universal, tanto a las políticas sociales como al servicio de justicia. En este sentido, direccionamos nuestra tarea cotidiana y celebramos los logros parciales que pueden reflejarse en el presente informe de gestión; logros que no le corresponden al organismo en sí, sino a la infancia, adolescencia y a las

personas afectadas en su salud mental cuyos derechos comienzan a ser definitivamente protegidos y respetados.

Insistimos, y seguiremos haciéndolo, con la incorporación imperiosa del debido proceso en cada una de las instancias, procedimientos y modalidades de intervención que puedan afectar a los niños, niñas y adolescentes y a las personas afectadas en su salud mental. Estamos convencidos de que este paso es fundamental para asumir seriamente el tan declamado cambio exigido a partir de la normativa de protección de derechos humanos.

Introducción

Este informe recoge la experiencia de trabajo durante el año 2008 del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante MPT). Las líneas de acción presentadas y los análisis realizados son consecuencia de un año de generación de novedosas[1] intervenciones, pensadas en el marco de una misión institucional acorde con la normativa de protección de Derechos Humanos.

Durante gran parte del primer año de la actual gestión del Ministerio Público Tutelar, a cargo de la Dra. Laura Musa, se realizó un trabajo tanto de fortalecimiento institucional como de planificación, creación y fortalecimiento de acciones y procedimientos, con la intención de unificar y dotar de coherencia a todas las intervenciones.

En este camino, se profundizó en la implementación de estrategias dirigidas a controlar el funcionamiento de la política pública de infancia y salud mental de la Ciudad de Buenos Aires, tanto en el marco de los expedientes judiciales como en el escenario de planificación, diseño y gestión de las políticas estructurales.

Esta presentación refleja gran parte de la tarea abordada. La dinámica de exposición se realiza a través de cuatro ejes temáticos que se resumen, cada uno, en un capítulo propio: la cuestión penal y contravencional, el sistema de protección integral de derechos, los derechos económicos, sociales y culturales y la política de salud mental en la Ciudad de Buenos Aires.

El capítulo 1, referido a la cuestión penal y contravencional, expone los cambios asumidos por el Ministerio Público Tutelar respecto de su rol y funciones. En este sentido, se presentan las modificaciones operadas en los expedientes judiciales en las distintas hipótesis de intervención. También se da cuenta de los logros alcanzados en los casos individuales, así como de las estrategias estructurales desarrolladas con la intención de incidir en la política criminal de la Ciudad. En este aspecto, entre otros, se incorpora la experiencia del MPT en el campo de la privación de libertad de los niños en comisarías, apartado donde se presenta la estrategia de trabajo y los logros alcanzados.

1 Decimos novedosas, en tanto se trata de líneas y modalidades de acción que se distinguen, en su etiología, objetivos y modalidades, de la función que cumplieron (y en algunos casos, siguen cumpliendo), los asesores de menores e incapaces en el marco de ''patronato de menores''. Las pautas que distinguen nuestra intervención implican asumir una misión de control, con la intención de que se garantice el respeto, la protección y la realización de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y las personas afectadas en su salud mental. Para abundar en esta línea, ver el Informe Anual 2007, disponible en *http://ministerio.jusbaires.gov.ar/ministerio_publico/ministerio_publico_tutelar*

Con relación al sistema de protección integral de derechos, en el capítulo 2 damos cuenta de la sitación de la política de ''institucionalización de niños'' del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En este sentido, se realiza un recorrido por el estado actual de la cuestión institucional y normativa, al tiempo que se incorpora un análisis crítico del sistema en la Ciudad. En primer término, se realiza una aproximación cuantitativa del alcance de la institucionalización. Luego presentamos las distintas líneas de intervención que el MPT ha desplegado, para profundizar el control del escenario institucional y procedimental en el que se produce cada internación de un niño, y los mecanismos desplegados para garantizar el acceso a la convivencia familiar o a la generación de un proyecto de vida autónoma. A continuación, se ofrece un análisis de los problemas que presenta la gestión de este dispositivo de atención, tanto en lo que se refiere a la réplica de prácticas propias del patronato, como a los ''problemas'' que se presentan en las instituciones de alojamiento de niños. En este último aspecto, se identifican las dificultades de funcionamiento de las instituciones. Asimismo, describimos los obstáculos que los propios actores identifican respecto del cumplimiento de los derechos a la educación, salud, recreación, vinculación familiar y autovalimiento. Por último, también presentamos las líneas de intervención realizadas desde la AGT para incidir en forma más estructural respecto de este dispositivo de encierro.

En el capítulos 3 abordamos las actividades, intervenciones, logros y desafíos en materia de acceso a los derechos económicos, socales y culturales. En este sentido, se relatan las modalidades de trabajo en los casos judiciales tanto individuales como colectivos. Asimismo, se presentan la experiencia de trabajo en los casos urgentes y las líneas de acción vinculadas al escenario de definición de la política social.

Por último, en el capítulo 4 abordamos el trabajo que la Asesoría General Tutelar ha realizado en el campo de la salud mental. Aquí exponemos las distintas estrategias y acciones desplegadas, tanto en los casos individuales como en instancias de definición de la política de salud mental, con la intención de incidir en el respeto del debido proceso y el cumplimiento de estándares mínimos de abordaje, conforme las pautas establecidas por la normativa de protección de Derechos Humanos.

Capítulo 1

LAS INTERVENCIONES DEL **MPT** EN MATERIA CONTRAVENCIONAL Y PENAL JUVENIL.

Capítulo 1
Las intervenciones del MPT en materia contravencional y penal juvenil.

Intervenciones en los expedientes judiciales

- Modificaciones sustanciales en la misión del MPT y en el rol de los asesores: descripción, historia, nuevas concepciones, nuevas perspectivas.
- Metas del MPT en materia penal y contravencional.
- Acciones realizadas durante el año 2008: logros alcanzados y obstáculos o problemas identificados.
- Intervenciones en los expedientes judiciales: repercusiones del cambio del rol del MPT en los expedientes que involucran contravenciones o delitos: la legalidad del procedimiento y el debido funcionamiento de las instituciones como misiones principales.
- El niño, niña y adolescente como objeto de control o como sujeto de derecho · El lugar del MPT ante la disyuntiva.
- Intervenciones vinculadas al respeto de derechos y garantías de las personas menores de edad imputadas de delitos o contravenciones.
- Intervención respecto de las personas con padecimientos en su salud mental: El MPT y su revisión crítica del concepto de ''incapaz'' · Genealogía de dicho concepto · El asesor tutelar y su nuevo rol en lo referente a personas con padecimientos en su salud mental.

Acciones de incidencia en la política criminal de la Ciudad de Bs As

- Privación de Libertad de los niños en la Ciudad · Diagnóstico de la situación · El MPT interviene ante la privación de la libertad de niños en comisarías: Hábeas corpus · La sentencia · Logros y balance.
- Sobre la privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes en institutos penales con sede en la Ciudad: Legislación vigente en la materia y funciones específicas del MPT · Ingreso de funcionarios del MPT en los Centros de detención · El MPT y los derechos humanos de los recluso/as y detenidos/as en lugares ubicados en la C.A.B.A.
- Resabios ''tutelaristas'' en la normativa local: nuestras estrategias para incidir en el funcionamiento de la justicia penal.

Capítulo 1
Las intervenciones del MPT en materia contravencional y penal juvenil.

La competencia penal de la justicia de la Ciudad es reciente y aún marginal, a la luz de los delitos que aún no han sido transferidos por la Nación. Sin embargo, a partir del mes de junio del año 2008 el ámbito penal de la Ciudad creció considerablemente en comparación con el año 2007, en tanto comenzaron a tramitarse en la justicia local causas relativas a las conductas tipificadas en el Código Penal por los artículos 95 y 96 (lesiones en riña), 106 y 107 (abandono de personas), 108 (omisión de auxilio), 128 y 129 (exhibiciones obscenas), 134 a 137 (matrimonios ilegales), 149 bis, primer párrafo (amenazas), 150 (violación de domicilio), 181 (usurpación), 183 y 184 (daños), 208 (ejercicio ilegal de la medicina) y los delitos tipificados en las Leyes Nº 13.944, 14.346 y art. 3º de la ley 23.592.[1]

Esta segunda etapa de la transferencia, en lo que vincula a imputados, víctimas o testigos niños, le ofrece a la Ciudad una oportunidad para inaugurar un sistema de intervención que no replique las prácticas de la clásica justicia de menores.[2]

La Ciudad cuenta con leyes que recogen los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño en materia penal juvenil. Asimismo, cuenta con una administración de justicia propia y joven que puede generar un salto cualitativo en las intervenciones penales, alejándose de las prácticas tutelares, tantas veces denunciadas por su avasallamiento a las garantías constitucionales.

Esta oportunidad constituye un enorme desafío, pues a poco de indagar en el contexto nacional se evidencia la vigencia de normas nacionales (decreto ley 22.278) que, herencia de la última dictadura militar, permiten prácticas intolerables en un sistema democrático de derecho.

Asimismo, en la Ciudad, la administración de justicia resulta aún muy incipiente, y no ha sido constituido el fuero penal juvenil. Ello también ofrece una oportunidad para incidir en la conformación de un sistema de justicia especializado, ajeno a la impronta tutelar-represiva construida a la luz de la ley 10.903 de patronato de menores y del ''régimen penal de la minoridad'' (decreto ley 22.278).

En este contexto, el Ministerio Público Tutelar puede contribuir con la intención de no reeditar subsistemas incompatibles con el modelo normativo del Estado Constitucional de Derecho. Para ello, nuestro primer compromiso fue revisar críticamente nuestra propia modalidad de funcionamiento y redefinirla, con la intención de des-

1 Con la sanción de la ley nacional 26.357 y la ley local 2.257, se ratifica el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, firmado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el señor Presidente de la Nación y el señor Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Convenio 14/04)

2 Estas prácticas son aquellas que forman parte de lo que se ha dado en llamar ''la doctrina o el modelo de la situación irregular'', propias de las leyes pre Convención sobre los Derechos del Niños.

terrar aquellas prácticas cómplices de un sistema que se caracterizó por la criminalización de los hijos de los pobres y por el desconocimiento del debido proceso legal.

Durante el año 2008 se puso en funcionamiento la primera Asesoría de Primera Instancia Penal y Contravencional, a cargo del Dr. Carlos Bigalli. **La Asesoría Penal y Contravencional y la AGT, a partir de un común entendimiento sobre el sentido del MPT, y orientados por el principio de coherencia y la unidad de acción, han iniciado un trabajo mancomunado para articular las intervenciones.**

El abandono de la histórica función del asesor de menores como órgano habilitador de espacios punitivos encubiertos y la adecuación del rol del Ministerio Público Tutelar a la normativa de protección de los derechos humanos de los niños y de las personas con padecimientos en su salud mental, impactan de lleno en la agenda de este Ministerio, comprometiéndonos a redefinir las actividades de incidencia en la agenda pública, como así también las modalidades de intervención en cada caso en particular.

Vale recordar que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la Constitución de la Nación, la Constitución de la Ciudad, la ley 26.061, la ley 114 y la ley 2.451 de ''Régimen Procesal Penal Juvenil'' y la ley 448 Salud Mental constituyen la fuente normativa que define la impronta del Ministerio Público Tutelar como un organismo que controla y reclama el debido proceso y la aplicación de los principios del derecho penal de mínima intervención, ya sea en las instancias donde se discute y planifica la política criminal, como en cada caso judicial en el que un niño o persona con padecimientos en su salud mental resulta imputada, testigo o víctima de un delito.

En este sentido, no podemos dejar de señalar que la ley local 2.451 recoge la postura institucional expuesta en el informe anual 2007 y de esta forma en su art. 4º establece que **''el asesor tutelar deberá intervenir en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años de edad. Éste debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que asisten a la persona menor de dieciocho (18) años''.**

En base a esta misión, el MPT asume las siguientes metas en cada una de sus intervenciones en materia penal y contravencional:

- limitar en cada caso particular el poder punitivo, exigiendo el cumplimiento de los derechos y garantías de los niños y las personas con padecimientos en su salud mental;
- realizar un control general del funcionamiento de las instituciones que administran coerción material en la ciudad;
- controlar y exigir que cada actor que converge en el tratamiento de un ''caso penal'' cumpla su deber e intervenga respetando el límite de su competencia;
- visibilizar la cuestión penal juvenil desde una perspectiva de derechos humanos;
- incidir en la estructura y agenda de la política criminal de la Ciudad.

Este camino de cambios y transformaciones tuvo su primer período durante el año 2007, año en el que se comenzó a perfilar, tanto al interior del Ministerio Público Tutelar como en el marco de la relación con los demás actores judiciales, un nuevo posicionamiento del asesor con competencia en materia contravencional y penal. Esta primera etapa requirió de un trabajo de formación de equipo, puesta en funcionamiento de la primera asesoría tutelar ante el fuero Contravencional y Penal[3] y ejecución de las primeras acciones y actividades que explicitaran el rol del asesor y los objetivos por las que litigará en cada caso o situación donde estuvieran comprometidos los derechos o las garantías de las personas menores de edad o con padecimientos en su salud mental.

En lo que sigue presentaremos las acciones realizadas durante el año 2008, los logros alcanzados y los obstáculos o problemas identificados.

1.1. Intervenciones en los expedientes judiciales

1.1.1. Intervenciones vinculadas al rol de los asesores

A partir de la redefinición del rol del Ministerio Público Tutelar, las intervenciones del MPT en los expedientes que involucran contravenciones o delitos se modificaron.

En este sentido, se fortaleció una misión estrictamente jurídica. La legalidad del procedimiento y el debido funcionamiento de todas las instituciones que convergen en el desarrollo del proceso judicial se constituyen en el sentido y finalidad de la actuación del Ministerio Público Tutelar en cada instancia donde interviene.

Para ello fue preciso abandonar las intervenciones propias de la representación promiscua y del tratamiento de los niños y las personas con padecimientos en su salud mental como ''incapaces'' y, por el contrario, posicionarse en cada caso como órgano de control del debido proceso. Ello tuvo como consecuencia que en cada expediente el MPT rechazara las funciones asistenciales y de control social pretendidas por los actores que intervienen en los casos penales y asumiera las funciones legales antes señaladas.

3 Durante gran parte del año 2008, la Asesoría General ejercía las funciones del Ministerio Público Tutelar en todas las instancias del fuero penal y contravencional porque aún no se contaba con una asesoría de primera instancia. La Asesoría de Primera Instancia recién se puso en funcionamiento en el mes de septiembre de 2008.

Esta modalidad de intervención fue sorpresiva pero, a poco de sostenerla y fundarla en la normativa vigente, fue reconocida y aceptada, incluso por las instancias superiores.

Este segundo año de trabajo ha sido fructífero en lo que hace a la conformación del rol de los asesores en materia penal, en tanto ya se encuentran instaladas en las representaciones y decisiones de los actores judiciales y no judiciales los alcances y pretensiones de esta parte.[4]

Para dar cuenta de la recepción de nuestra postura en la justicia, vale traer la jurisprudencia sentada en el fallo ''G., L. O. s/ inf. Art. 189 bis C.P. –Legajo de prisión preventiva- (Causa № 5815-01-00/08)'' de la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero, de fecha 6 de mayo de 2008.

En este precedente, un juez de la Ciudad, en un caso de una persona menor de edad acusada de haber cometido el delito de portación de arma de fuego de uso civil, luego de haber resuelto no aplicar una prisión preventiva por carecer la Ciudad de lugares para materializar la prisión durante el proceso, **dispuso que el adolescente quedara bajo la vigilancia de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.** Dicha decisión fue apelada por este MPT.

El caso representó un vano intento por resucitar las funciones que históricamente fueron asumidas por los asesores de menores. Subyacía en el fallo de primera instancia la aprehensión de dos conceptos ligados al más puro tutelarismo: a) la idea del niño imputado como un sujeto incapaz y peligroso y b) la idea de un Ministerio Tutelar cómplice con esta construcción, y por lo tanto responsable del control ''social'' y seguimiento de ''su representado''.

Para revertir esta postura, el MPT argumentó en dos sentidos: explicando el impacto que las normas de protección de DDHH tiene sobre el cuándo, porqué y cómo se persigue y juzga a las personas menores de 18 años de edad imputadas de la comisión de un delito; y haciendo explícita la misión asumida por esta gestión.

A tales fines, se mostró cómo las pretensiones del juez resultaban una rémora de las viejas funciones promiscuas de los asesores de menores, propias de los sistemas tutelares. Se argumentó sobre la incompatibilidad de la funciones de vigilancia con la misión institucional que le cabe al MPT, señalando que ello implica asumir al joven imputado como un ser incapaz, objeto de control y seguimiento y reproducir, al mismo tiempo, prácticas del modelo de patronato. Asimismo, se

4 Durante el año 2008, desde la asesoría de primera instancia se han realizado 533 intervenciones en expedientes judiciales y 109 intervenciones mediante el turno judicial, que reflejan, en cada caso, esta forma de entender nuestra misión institucional.

mostró la desnaturalización que el fallo hacía sobre la misión del Ministerio Público Tutelar como órgano de control.

Los argumentos del MPT fueron tomados por el fallo de Cámara, y de este modo **el caso se constituyó en un hito fundacional de una nueva forma de concepción respecto de la política criminal en materia de responsabilidad penal juvenil y de los roles de los distintos actores.**

El fallo de Cámara no reproduce ni un ápice la lógica del patronato en la que se sustentaba la decisión del Juez de primera instancia. Por el contrario, la Cámara asume definiciones claras sobre los principios básicos para la futura construcción de un fuero local penal juvenil, y sobre las funciones que el nuevo andamiaje normativo impone al asesor.

Entre los argumentos puede leerse: ''con la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la comunidad jurídica internacional **eliminó la base jurídica en la que se sustentaba la doctrina de la llamada ''situación irregular'', consistente en la aplicación de un sistema ''protector'', a niños y adolescentes que se encontraran en alguno de los supuestos de ''riesgo'', mediante la represión y la negación sistemática de sus derechos, utilizando para ello el sistema penal. Se concebía la protección en términos casi exclusivamente segregativos.** El cambio de paradigma operó entonces mediante este hito de trascendental importancia para el conjunto de los ciudadanos, **a pesar de que su innovadora letra aún continúa sin recibir el definitivo reconocimiento práctico de algunos tribunales competentes en asuntos de minoridad''**[5].

Asimismo y respecto del rol que le cabe al MPT, en la sentencia se señala: ''tal tarea de contralor la ejerce sobre las agencias que intervienen sobre el niño para corroborar su accionar en orden a la normativa aplicable. El control sobre el niño mismo en este caso excede sus obligaciones legales y competencias conferidas, las que en líneas generales se involucran con el control de legalidad mismo de las medidas, la urgencia de su implementación, su proporcionalidad, la actuación de organismos responsables de su aplicación y las condiciones de internación en general [...]. Por todo lo cual considero que dado que la Asesoría General controla agencias de gobierno y no niños en estado de desprotección familiar, la función encomendada excede su obligación legal''[6].

Por último, y como claro ejemplo del rechazo a la vigencia de una concepción tutelarista, el fallo dice ''de ello se colige que la imposición de una medida de con-

5 Véase el fallo ''G., L. O. s/ inf. Art. 189 bis C.P. –Legajo de prisión preventiva- (Causa № 5815-01-00/08)'' de la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero, de fecha 6 de mayo de 2008.

6 Op. cit.

trol como la ordenada por el magistrado de grado, contraría el espíritu de esta nueva concepción, volviendo a la idea de Estado paternalista que, con el afán de brindar protección al menor, limita sus derechos y lo transforma en un objeto de control''[7].

1.1.2. Intervenciones vinculadas al respeto de derechos y garantías de las personas menores de edad imputadas de delitos o contravenciones.

En los casos de personas menores de 18 años de edad imputadas de delitos y contravenciones, las intervenciones del MPT se orientaron a exigir la efectividad de sus derechos y garantías específicos, haciendo especial hincapié en los siguientes principios:

- de mínima intervención
- de exclusión de la respuesta punitiva (art. 12, RPPJ)
- de *ultima ratio* de la privación de libertad (art. 27, RPPJ; art. 37, b) CDN;
- de desjudicialización (Instituto de la remisión – arts. 40, 3. b) CDN; arts. 38.b y 75, RPPJ, y Regla 11.1 y ss. de las Reglas de Beijing).

Se realizaron diversas presentaciones destinadas a hacer cesar la actuación del organismo de persecución penal respecto de personas menores de edad no punibles (art. 12, RPPJ), ante situaciones de privación de libertad ordenadas por los fiscales durante los actos iniciales del proceso.

Las pretensiones del MPT en estos casos se sustentan en el siguiente razonamiento: si el Estado ha renunciado a la persecución penal de personas menores de dieciocho años -en razón de la edad o por el tipo y monto de la pena conminada por el delito atribuido- entonces las agencias penales carecen de todo poder de intervención y deben desvincular, en forma inmediata, a la persona de la imputación, en razón de que lo ampara una causa de exclusión de la punibilidad.

Todas las presentaciones estuvieron destinadas a que se dé por terminada la persecución penal, se disponga la libertad del niño y se limite cualquier tipo de intervención por parte de la agencia penal, implicando ello la imposibilidad de avanzar con medidas de coerción material, cualquiera sea el nombre que se les asignen.[8]

7 op. cit.

8 A título de ejemplo, expondremos el caso del adolescente F.J.R., de 16 años de edad, imputado de los delitos de amenazas (art. 149 bis, C.P.) y de daño (art. 183, C.P.). Sin perjuicio de la debida acreditación de la minoría de edad del imputado durante la investigación preparatoria, se lo citó ''bajo apercibimiento'', se dictó el decreto de determinación de los hechos objeto del procedimiento, se le intimó el hecho, se lo invitó ''a manifestar cuanto tenga por conveniente en su descargo'', y se consultó a la pretensa víctima acerca de la posibilidad de una mediación. Frente a ello, la Asesoría Tutelar manifestó que se había obrado en flagrante violación de la prohibición establecida en el art. 12 de la ley 2451, que la actuación implicaba una ilegal intrusión en la vida privada del niño (art. 19, CN; 16, CDN y 13, CCABA); y solicitó el archivo de las actuaciones (arts. 2, 4, in fine y 12, Ley 2.451; art. 199, inc. c), CPP). Asimismo, El adolescente D.A.M.L. fue privado de su libertad en una dependencia policial, por resultar imputado de la contravención prevista en el art. 85 del Código Contravencional. La Asesoría Tutelar solicitó a la Fiscalía actuante el archivo inmediato de las actuaciones, manifestando, a su vez, que la privación de libertad en una dependencia policial que padeció el adolescente imputado resultaba ostensiblemente contra legem; y señalando que no se dio oportuna intervención a la Asesoría Tutelar, a la Defensa Oficial, y al órgano jurisdiccional en turno.

Así también, se planteó la imposibilidad de participar en procesos de mediación, convocados por los fiscales de primera instancia, con niños o adolescentes imputados amparados por una condición personal de exclusión de la punibilidad.[9]

Por otro lado, en muchos casos[10] se acompañaron propuestas de la defensa oficial referidas a la aplicación del instituto de la remisión con resultado positivo, logrando así la efectivización de los principios de mínima intervención y desjudicialización.

9 Ilustran este cambio en la intervención del MPT los siguientes casos: 1) Se inicia una investigación preparatoria por el delito de amenazas contra el adolescente F.E.C., de 17 años de edad, y otras tres personas mayores de 18 años de edad. Durante el trámite de la causa se convoca a una audiencia de mediación entre las partes, habiendo previamente mantenido entrevistas con profesionales de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, y manifestado su voluntad de someterse al proceso de mediación. La Asesoría Tutelar solicitó la suspensión de la audiencia de mediación convocada y el inmediato archivo de las actuaciones respecto del adolescente imputado (arts. 12, 37 y ccdtes., RPPJ); se advirtió que las entrevistas que mantuviera F.E.C. con los profesionales de la Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos se efectuaron en violación al art. 12, RPPJ y se requirió que se adopten las medidas necesarias para evitar la reiteración de este tipo de actos irregulares. 2) La Asesoría Tutelar se presentó en una causa solicitando: (a) la suspensión de una audiencia de mediación donde fuera convocada una persona menor de edad imputada de un hecho contravencional; (b) que se dé intervención a la Defensoría Oficial y (c) que se proceda al archivo de las actuaciones contravencionales (arts. 12, 37 y ccdtes., RPPJ y art. 6 de la ley 12).

10 Por ejemplo, la defensa oficial, con la conformidad del Asesor Tutelar, solicitó la aplicación del instituto de la remisión en la causa seguida al adolescente S.R.C., de 17 años de edad, en orden al delito de portación de armas de uso civil sin autorización legal (art. 189 bis, CP). Dicha propuesta tuvo acogida favorable, y se declaró extinguida la acción, remitiéndose al adolescente a un programa dependiente de la Subsecretaría de Inclusión Escolar del Área de Educación y Actividades Extra Programáticas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, la defensa oficial, con la conformidad de la Asesoría Tutelar, solicitó la aplicación del instituto de la remisión en la causa seguida al adolescente L.F.E., de 17 años de edad, por el delito de portación de armas de uso civil sin autorización legal (art. 189 bis, CP). El juez resolvió, previo escuchar a las partes en audiencia, declarar procedente la remisión y extinguir la acción penal.

En todos los casos, se cuidó que la intervención no implicara el ejercicio de una defensa técnica, respetando el rol que le cabe a la defensa pública, sin perjuicio de controlar en cada caso que, efectivamente, los niños, niñas y adolescentes accedieran a la defensa técnica. En los supuestos concretos en que las intervenciones fueron colisionantes entre defensa y asesoría, se respetó la decisión de los imputados asistidos por la defensa técnica.

1.1.3. Intervención respecto a personas menores de edad víctimas y/o testigos

La legislación local ha receptado los estándares mínimos de protección de derechos elaborados a nivel internacional, estableciendo la obligación de observar los principios emanados de las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social (E/2005/20).

En el reconocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran el niño o adolescente víctima o testigo, y la consecuente necesidad de *"protección especial, asistencia y apoyo apropiados para su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales a fin de evitar que su participación en el proceso de justicia penal les cause perjuicios y traumas adicionales", las directrices referidas disponen, en lo pertinente, que: (a) "la privacidad de los niños víctimas y testigos se debe proteger como asunto de fundamental importancia"; (b) "toda información relativa a la participación del niño en el proceso de justicia debe ser protegida"; (c) "se deben tomar medidas para excluir al público y a los medios de información de la sala de audiencia mientras el niño presta su testimonio"; (d) "los profesionales deben tomar medidas para evitar que se causen perjuicios a los niños víctimas y testigos de delitos durante los procesos de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y dignidad; [para ello deberán] utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño solo comparezca ante el tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño. Además, los profesionales deben aplicar medidas para [...] Limitar el número de entrevistas: deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente,*

todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, grabaciones de video; [...] Velar por que los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas; [...] Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos, así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología".

El Título V de la ley 2.451 –de indudable aplicación a todo proceso judicial- ha previsto, a la vez, criterios específicos que deben regir la actuación de la autoridad judicial con el objeto de efectivizar los derechos de las personas menores de edad víctimas o testigos en el marco del proceso (art. 42). En resguardo del derecho a la privacidad e integridad de la persona menor de edad, regula en forma estricta (art. 43[11]) el procedimiento mediante el cual se le recibirá declaración al niño o adolescente, con el claro propósito de evitar o mitigar, de esta forma, los perjuicios que genera la exposición reiterada de los hechos, su reproducción ante diferentes instancias y personas, y el encuentro de la víctima o testigo con la persona imputada; procurando evitar los sufrimientos adicionales que la exposición al proceso penal pudiera acarrearles.

11 Art. 43. DECLARACIÓN

Las declaraciones de personas menores de dieciocho (18) años de edad deben estar relacionadas con la investigación de delitos penales, y llevarse a cabo según el siguiente procedimiento:

En la etapa del debate, la persona menor de dieciocho (18) años, sólo será entrevistada por un/a psicólogo/a especialista en niños, niñas y/o adolescentes, designado/a por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes.

El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor.

En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arribe.

Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. El tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima o testigo.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, será acompañado/a por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el/la imputado/a.

El efectivo goce de los derechos y las garantías propios de las personas menores de dieciocho (18) años de edad, en su carácter de víctimas o testigos, de ninguna manera puede conllevar una inobservancia de las garantías constitucionales del imputado. Es que si esta desestimación de las garantías del imputado ocurriera, las medidas especiales de protección vinculadas a las declaraciones en el proceso de los primeros en forma paradójicamente contraria al fin buscado con ellas podrían implicar, declaración de nulidad mediante, la victimizante reiteración de ese acto viciado.

Por ello la Asesoría Tutelar, armonizando los intereses en pugna, ha peticionado que, cuando la declaración de niños, niñas o adolescentes víctimas o testigos deba ser prestada durante la investigación preparatoria, su recepción sea del modo normado por el art. 43 de la ley 2.451 y se le imprima el trámite de los actos definitivos e irreproducibles (arts. 46[12] de la ley 2.451 y 98 y cctes. de la ley 2.303).

A su vez, con el objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la víctima en el proceso, su contención y protección, el MPT ha procurado que se informe a las personas menores de dieciocho años y a sus padres o persona adulta de referencia los servicios que presta la Oficina de Asistencia a la Víctima y Testigos dependiente de la Fiscalía General.

Desde la concepción que entiende al niño y al adolescente como sujeto de derechos activo y posicionado, que actúa e interpreta reflexivamente sus experiencias cotidianas, asume un lugar preponderante en el proceso judicial su derecho a ser oído y a expresar su opinión en los asuntos que lo involucran, para cuyo ejercicio deben ser tenidas en cuenta su edad y madurez (art. 12, Convención de los Derechos del Niño; art. 17, ley 114; arts. 3, inc. b), y 27, ley 26.061 y art. 42, inc. a) y b), ley 2451). Es por ello que el MPT ha mantenido contacto directo con ellos y/o sus padres o adultos de referencia, a fines de perfilar su intervención en el proceso judicial.

Respecto de personas menores de edad víctimas, se solicitó en diversos casos la adopción de las medidas de protección dispuestas en el art. 37, inc. c[13], del Código Procesal Penal y la intervención de la Oficina de Asistencia a la Víctima de la Fiscalía General, y de un abogado para el niño conforme lo ordena el art. 27 de la ley 26.061.

Finalmente, en relación a la situación de niños, niñas o adolescentes cuyos derechos económicos y sociales se vieron afectados durante la tramitación de un proceso por el delito de usurpación seguido contra miembros de su grupo familiar, la intervención del Asesor Tutelar estuvo encaminada a exigir la efectividad de los derechos económicos y sociales de las personas menores de edad, realizando los planteos correspondientes en los expedientes concretos y solicitando la inmediata intervención de los organismos administrativos competentes, y la designación del abogado del niño ante el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes[14].

1.1.4. Intervención respecto de las personas con padecimientos en su salud mental

La normativa de protección de derechos humanos, y específicamente aquella referida a la protección de las personas con discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -Ley 26.378- y Ley de Salud Mental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -ley 448-), constituyen el criterio rector para la actuación de las agencias estatales que intervienen frente al conflicto jurídico en el que resulta involucrada una persona con padecimiento mental.

La construcción de una categoría de (no)sujeto ''incapaz'' desde el discurso jurídico-psiquiátrico y la falaz asociación necesaria entre enfermedad mental y ''peligrosidad'' (propia del pensamiento positivista), han dado lugar a la institucionalización de prácticas de control y segregación de personas afectadas en su salud mental que repugnan a un Estado Constitucional de Derecho.

12 Art. 46.- ACTOS DEFINITIVOS E IRREPRODUCIBLES. NOTIFICACIÓN.
Antes de realizarse actos definitivos e irreproducibles, excepto los registros domiciliarios, deberán citarse a la Querella y a la Defensa si el/la imputado/a estuviese identificado/a. La incomparecencia de las partes debidamente notificadas no impedirá la realización del acto, que tendrá valor para todos sus efectos.
En ningún caso se podrán realizar los actos precedentes sin la debida notificación, bajo pena de nulidad.
A pedido de la Defensa, el/la Juez podrá establecer las condiciones de realización del acto para asegurar el control de las partes sobre su producción.

13 Art. 37. Derechos de la víctima y testigos.
Se garantizará a las víctimas del delito y a los/las testigos los siguientes derechos:
c) a requerir medidas conducentes, de protección física y moral y toda otra que sea necesaria para la seguridad propia, de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes.

14 Así, por ejemplo, en una audiencia prevista en el art. 177 del CPPCABA, a fin de resolver la solicitud de allanamiento para restitución de un inmueble, formulada por el fiscal, el Asesor Tutelar manifestó su oposición a dicha solicitud, en razón de que no había personas a las que se hubiera intimado el hecho y, además, fundó su posición en los derechos reconocidos en los arts. 2 y 19 CADH, art. 11, primer párrafo, PDESC y arts. 2, 3, 27 párr. 1 y 3 CDN. Entre otras cosas, el art. 3 CDN establece que en caso de colisión de intereses, deben prevalecer los de las personas menores de dieciocho años. A su vez, manifestó que la Observación General 7 del Comité de la ONU para el PDESC estableció que los desalojos forzosos son prima facie contrarios al Pacto en cuestión. La Sra. Jueza resolvió no hacer lugar al allanamiento promovido por el Ministerio Público Fiscal.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la intervención del Asesor Tutelar en aquellos procesos penales donde se encuentren involucradas -en calidad de imputados, víctimas o testigos- personas que por el particular estado de su salud psíquica se encuentran en una situación de desigualdad real, se encaminó a generar, por un lado, una equiparación de oportunidades para la efectivización de sus derechos en el proceso y, por el otro, la evitación de cualquier acto de carácter intrusivo en la vida privada de esas mismas personas (v. gr., informes socio-ambientales, psicológicos, psiquiátricos) que no tengan relación estricta con el objeto del proceso.

En ese mismo sentido, debe conceptualizarse el tratamiento y la atención de las necesidades médicas del imputado que no haya podido comprender la criminalidad de sus actos o, en su caso, adecuar su conducta a esa comprensión, o entender los actos del procedimiento penal (arts. 34, inc. 1º, del CP; 11 b) de la ley 1.472 y 34 del CPP) como parte integrante de su derecho a la salud. Por ello, el Asesor Tutelar, encaminó su actuación a impedir, en general, cualquier instancia de habilitación de ejercicio del poder punitivo respecto de las personas afectadas en su salud mental y, en particular, toda intervención judicial que, en el contexto de un proceso penal, contravencional o de faltas, disponga en forma coactiva un tratamiento psiquiátrico o psicológico.

Es que, entre otras razones, las medidas restrictivas de la libertad ambulatoria de la persona afectada en su salud mental (art. 482 del Código Civil) son de la competencia de la justicia nacional ordinaria.

1.2. Acciones de incidencia en la política criminal de la Ciudad de Bs As

1.2.1. La privación de Libertad de los niños en la Ciudad de Bs As

Con la transferencia de competencia ocurrida en el año 2008, se produjo un aumento de casos penales. En ellos pudo advertirse que, sistemáticamente, los niños y jóvenes aprehendidos por la autoridad policial y con la aceptación del Ministerio Público Fiscal, eran alojados provisionalmente en dependencias policiales.

Esta situación, definida como privación de libertad en el punto 11.b[15] de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad,

15 II. Alcance y aplicación de las Reglas
11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:
b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como la internación en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

se practicaba al margen de las disposiciones legales sobre derechos humanos de los niños.

En este entendimiento, el 1 de diciembre de 2008, la Asesoría General Tutelar y la Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas 1, interpusieron una acción de *hábeas corpus* (Véase Anexo 1) con el objeto de que la justicia de la Ciudad disponga el cese de las privaciones de libertad en dependencias policiales de niñas, niños y adolescentes imputados en causas en que interviene la justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ser violatorias de la Constitución de la Nación, de la normativa específica de protección de los derechos de los niños y de la ley 2.451.

En el marco del proceso se constató que efectivamente los niños eran alojados cotidianamente en comisarías, y que las condiciones de las sedes policiales no satisfacen los estándares legales.

Durante la sustanciación del proceso y una vez producida la prueba, la Fiscalía General propuso la suspensión del curso del proceso a los fines de constituir una mesa de diálogo entre las partes y otros actores involucrados en la materia. El juez de la causa –ante la oposición a la suspensión del trámite del proceso planteada por la Asesoría- resolvió constituir una mesa de diálogo y no hacer lugar a la suspensión del proceso. De esta forma, se comenzó a llevar adelante una mesa de diálogo en la cual participaron (y continúan participando) el propio juez de la causa, así como también representantes de la Asesoría General Tutelar, de la Defensoría General, de la Fiscalía General, del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, del Consejo de la Magistratura de la Ciudad, de la Secretaría de Justicia y Seguridad, entre otros organismos.

El día 29 de diciembre de 2008, el Juez actuante dictó sentencia (véase Anexo 2), mediante la cual **ordenó el cese de la restricción de la libertad en sede policial de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires respecto de los delitos y contravenciones en que fuere competente el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por resultar lesiva de los derechos de la niñez y juventud.** Ordenó asimismo que las detenciones se lleven a cabo en pleno respeto de la normativa interna e internacional que rige la materia. Dispuso también la continuidad de la mesa de diálogo, a los fines de que en el plazo de sesenta días resuelva una sede definitiva para el alojamiento o espera de los niños, niñas y adolescentes, la autoridad que estaría a cargo y la asignación de los recursos necesarios a tales fines. Asimismo, determinó aquellas dependencias policiales en las cuales transitoriamente podrían alojarse las personas menores de edad.

De esta manera, toda privación de la libertad de una persona menor de edad, en virtud de alguno de los delitos transferidos a la Ciudad, deberá llevarse a cabo en un sitio acorde a lo ordenado por la normativa interna e internacional de protección de los derechos humanos. Esta decisión constituye, sin duda, un avance significativo en el proceso de ejecución de los mandatos legales para el efectivo cumplimiento de derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

A partir del fallo, la mesa de diálogo avanzó en el proceso de ejecución de la sentencia. En este marco, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires asumió la responsabilidad de administrar un centro especial de alojamiento para la identificación de los niños acorde con los estándares legales de privación de libertad; el Consejo de la Magistratura cedió el espacio edilicio necesario para realizar la debida construcción y el Ministerio Público en su conjunto se encuentra colaborando en las obras necesarias para cumplir con este fin.

La acción del MPT resulta un hito más en la construcción del sistema penal juvenil de la Ciudad, en tanto devino en la efectividad de un estándar legal básico para el tratamiento de los jóvenes imputados de delito, conforme a la normativa de protección de los derechos de la niñez. En otros términos, en la Ciudad de Buenos Aires, como resultado de un *hábeas corpus* colectivo, se logró desterrar una práctica heredada de la antecesora justicia de menores.

Ello constituye un logro indiscutible y al mismo tiempo una alarma sistemática para revisar lo que ocurre en esta misma Ciudad, pero en el marco de otra jurisdicción. En este sentido, no puede dejar de advertirse la paradójica situación que acaece en esta Ciudad, en la que confluyen dos justicias que producen distintos estándares de protección de los derechos de los niños imputados de la comisión de delitos, según qué jurisdicción intervenga. En este sentido, adviértase que en caso de tratarse de personas menores de edad imputadas por delitos con competencia de esta Ciudad, la privación de libertad no puede producirse en comisarías, mientras que cuando se trata de delitos que aún están en la órbita nacional, el alojamiento en comisarías sigue constituyendo una práctica habitual.

Esta absoluta desigualdad de trato se produce, en parte, por la esquizofrénica situación jurídica y organizacional en la que se encuentra la Ciudad de Buenos Aires, en relación a la transferencia ''progresiva'' de competencia, especialmente respecto de las cuestiones que involucran derechos y garantías del universo infantil. Esta paradójica realidad, da cuenta de que el proceso del traspaso de la justicia debe ser una prioridad en la agenda del Gobierno, y que aquellos delitos que involucran mayormente a las personas menores de edad deben ser privilegiados a la hora de definir las fechas del próximo traspaso.

1.2.2. Privación de la libertad de niños, niñas y adolescentes en institutos penales con sede en la Ciudad de Bs As

La ley 1.903 establece que es función del Ministerio Público velar por la observancia de los derechos humanos en los establecimientos y lugares de detención de personas, a fin de que los/las reclusos/as y detenidos/as sean tratados con el debido respeto hacia su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resultaren necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones pertinentes cuando se verificare su violación (art. 17, inc. 4º). La ley referida establece también que corresponde a los asesores y asesoras tutelares en las instancias y fueros en que actúen inspeccionar periódicamente los establecimientos de internación, guarda, tratamiento y reeducación, sean públicos o privados (art. 49, inc. 9º).

A partir de este mandato y de que la Constitución de la Ciudad refiere al concepto de habitante en su sentido más amplio, entendimos que resulta obligación de este MPT controlar las condiciones de habitabilidad y funcionamiento de las instituciones penales que estén en esta Ciudad donde se priva de libertad a sus habitantes menores de edad. En este marco, se constituyen como objetivo de control e inspección los institutos penales que existen en esta Ciudad[16], sin perjuicio de que dependan y sean administrados por la jurisdicción nacional.

Por ello, en septiembre de 2007 notificamos a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) nuestra intención de comenzar una ronda de inspecciones a los centros de privación de libertad bajo su órbita.

En octubre de 2007, funcionarios de la AGT se presentaron en el ''Instituto San Martín'' para comenzar la recorrida institucional. La directora del establecimiento nos manifestó que, por orden de la Dirección Nacional, no podíamos realizar la visita institucional, ni mantener una entrevista personal con ella. Asimismo, nos hizo entrega de un fax con un dictamen de la Dirección General Nº 34/07 en donde el Dpto. de Asistencia Jurídica manifestó que ''la órbita nacional queda transitoriamente excluida de las funciones atribuidas por los Asesores Tutelares'' de la C.A.B.A.

En Noviembre de 2007, personal de esta AGT se presentó por segunda vez en el mismo instituto y, nuevamente, se negó el ingreso.

A más de un año de numerosas conversaciones, reuniones, realización de dictámenes y presentación de pronto despacho, vale destacar que la Defensoría

16 Ursula Llona de Inchausti, ''Gral José de San Martin, Doctor Manuel Rocca, Gral. Manuel Belgrano, y Dr. Luis Agote

General de la Nación se pronunció ratificando la pertinencia de las visitas institucionales de la AGT.

Finalmente, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, en fecha 23 de octubre de 2008 – mediante resolución interna de la SENNAF № 1564, autorizó el ingreso de los funcionarios de esta Asesoría General Tutelar a los centros de detención de régimen cerrado dependientes de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, con la condición de que dicho ingreso se efectúe en forma articulada en el marco de las visitas que realizan periódicamente los funcionarios de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación[17].

1.2.3. Resabios tutelaristas en la normativa local

Otra de las estrategias que elaboramos para incidir en forma estructural y colectiva en el funcionamiento de la justicia penal, es la revisión y cuestionamiento de las normas locales que reproducen patrones propios de patronato. Ello con dos objetivos:

a) poner en la agenda de la justicia el control de legalidad y razonabilidad de las normas que habilitan el poder punitivo encubierto en la vida de los niños,

b) incidir en el sistema de justicia local para que desactiven todos aquellos dispositivos legales que puedan constituir un obstáculo para el fortalecimiento de un fuero especializado, conforme los principios de un sistema penal juvenil.

Así, el 30 de octubre de 2007, la Asesoría General Tutelar presentó una acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia, cuestionando la validez constitucional del art. 27 de la Ley de Procedimiento Contravencional, en virtud de la cual se faculta a una intervención ilimitada en la vida de los niños, niñas y adolescentes incursos en una contravención. Este artículo guarda

17 La autorización a realizar las visitas se dispuso bajo la condición de que se realicen con la Defensoría General de la Nación, en tanto se desconoció la legitimidad del MPT de la Ciudad para realizarlas en forma independiente.

Sin perjuicio de ello, en opinión de la Secretaria Nacional de Niñez, la Lic. Marcela Paola Vessvessian, ''desde el punto de vista estrictamente normativo no le asiste razón a la Sra. Asesora General Tutelar''. Asimismo, la Lic. sostiene que nuestras visitas podrían generar que se impartan indicaciones, recomendaciones u órdenes contradictorias. Resulta alarmante tal apreciación, ya que cualquier funcionario (local o nacional) que visite un establecimiento de privación de libertad, no podría hacerlo con otro fin que el de velar por el cumplimiento de los derechos contemplados en el bloque de constitucionalidad federal, más específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, CADH, y en la normativa especifica (ley 114, ley 26.061). En este sentido, no se advierte cuándo podría suscitarse tal contradicción. Menos aún, cual es la ''situación de incertidumbre jurídica'' alegada.

claros resabios del patronato, toda vez que prevé que el Fiscal o la autoridad preventora que considere que la persona menor de edad incursa en una contravención (conductas por las que resultan no punibles) pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, podrá ponerlo a disposición del organismo previsto por el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad, esto es el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Con esta acción se pretende que quede fuera de vigencia una norma local que habilita el poder coactivo en la vida de los niños en virtud de categorías imprecisas y vagas, propias de un sistema penal de autor, tales como ''riesgo para sí o para terceros''. Este tipo de categorías y de facultades omnímodas del Poder Judicial y las fuerzas de seguridad son características en las leyes pre Convención, cuya inconstitucionalidad ya no resiste el menor análisis.

En el marco de la acción judicial, una vez declarada admisible la acción, se corrió traslado a la parte demandada (Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y se dio vista al Consejo de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. El Gobierno de la CABA pidió que se rechace la acción declarativa de constitucionalidad, mientras que el Consejo de Derechos presentó prueba documental y solicitó la declaración de la pérdida de validez constitucional del artículo en cuestión. El Fiscal General, por su parte, entendió que corresponde el rechazo de la acción planteada.

Durante el año 2008 se presentaron, como amicus curiae en la causa, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia. Ambas organizaciones resaltaron, en sus respectivas presentaciones, los resabios tutelares del artículo cuestionado, y solicitaron que se declare la pérdida de vigencia de la norma, por resultar contraria a la legislación interna e internacional.

El Tribunal Superior ordenó producción de prueba a distintos organismos y convocó a una audiencia pública para el mes de noviembre. De la misma participaron la Asesora General Tutelar, el Fiscal General, la Procuración del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los *amicus curiae*. Es preciso destacar que el Consejo de Derechos del Niño, que en su contestación del traslado había adherido a la presentación del MPT, no concurrió a la audiencia a defender esta postura. Esta circunstancia resulta llamativa, a la vez que preocupante, en tanto el Consejo es el órgano rector en materia de política pública de infancia en la Ciudad y el principal responsable en la exigencia del cese de prácticas como las cuestionadas.

Tanto el CELS como el Colectivo expusieron sus razones para fundar la inconstitucionalidad de la norma y brindaron extensas explicaciones sobre la pertinencia de la pérdida de vigencia de la normas aludiendo a la etiología de esta práctica, la normativa vigente y jurisprudencia internacional aplicable al caso.

Por su parte la Procuración de la Ciudad realizó una defensa de la norma cuestionada apelando al clásico discurso del patronato y la justicia de menores.

El expediente se encuentra actualmente a la espera de la resolución del Tribunal, que dictará sentencia en los próximos meses.

1.2.4. Difusión, reflexión y análisis crítico

Otra de las intervenciones estratégicas para incidir en la agenda de Gobierno y en la construcción de un sistema de justicia penal respetuoso de los derechos de la infancia, es la realización y participación de actividades de difusión y capacitación.

Durante el año 2008, desde la AGT se organizaron las siguientes actividades dirigidas al Poder Judicial, legisladores, efectores que trabajan en infancia y al periodismo. En todos las encuentros se contó con la participación de destacados referentes en el tema.

- Seminario: ''Niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en la Ciudad de Bs.As.''
- Jornada: ''Procedimiento, Garantías y Penas en los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil. Experiencias Latinoamericanas Comparadas.''
- Mesa Redonda de Periodistas y Especialistas en Infancia y Justicia.

Capítulo 2

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS LOCAL.

La política de alojamiento o internación en instituciones de albergue

Capítulo 2
El sistema de protección integral de derechos local.
La política de alojamiento o internación en instituciones de albergue

· El sistema de protección integral de derechos de la Ciudad · Viejas modalidades de intervención: el sistema de patronato de menores · El control del alojamiento en hogares como una de las prioridades del MPT · Nuestras estrategias de intervención.

Niños, niñas y adolescentes en instituciones de albergues bajo la responsabilidad del GCBA

· La consagración de la política de institucionalización como forma principal de intervención para un universo de la infancia · Los casos · Datos preocupantes · Irregularidades en las institucionalizaciones instrumentadas por el GCBA.

· La institucionalización de la pobreza en la Ciudad: cuando la pobreza se transforma en el indicador exclusivo que motiva la implementación de las institucionalizaciones · La posición del MPT ante la judicialización de la pobreza · El GCBA como continuador de la tarea que históricamente desempeñó el patronato.

· Sobre el bajo nivel de acatamiento por parte de los órganos administrativos de la legislación vigente en materia de infancia y adolescencia · Vulneración del principio de excepcionalidad y transitoriedad de las institucionalizaciones de niños.

· El MPT y una propuesta de abordaje global en materia de medidas de protección de derechos.

Las instituciones de albergue

· Las intervenciones del MPT: control de las condiciones de habitabilidad y funcionamiento de dichas instituciones · identificación de problemas - Diagnóstico.

· Sobre las posibilidades de revinculación familiar, fortalecimiento familiar, autovalimiento y egreso de los albergues, el acceso a la salud y a la educación: obstáculos y perspectivas.

· Intervenciones de incidencia legislativa y líneas de reclamo del MPT: la política de albergue como excepcional.

45
2. El sistema de protección integral de derechos local: la política de alojamiento o internación en instituciones de albergue
2.1. Niños, niñas y adolescentes en instituciones de albergues bajo la responsabilidad del GCBA

Capítulo 2
El sistema de protección integral de derechos local. La política de alojamiento o internación en instituciones de albergue

El sistema de protección integral de derechos de la Ciudad, cuyo marco normativo es la ley 114 y la ley 26061[1], a pesar de su nueva arquitectura institucional y de reconocidos logros en la modalidad de trabajo e intervención en materia de infancia, aún contempla una forma de intervención heredada del viejo patronato de menores: los programas de internación y alojamiento de niños, niñas y adolescentes en instituciones que prestan servicios de albergue convivencial y terapéutico.

El Gobierno de la Ciudad, a través del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante el Consejo) y de la Dirección General de Niñez (en adelante DGN) dispone el alojamiento de niños en hogares, a través de medidas de protección de derechos, especiales y excepcionales.[2] El Consejo es quien dicta las medidas de alojamiento o internación en las instituciones y la DGN es quien brinda el recurso a través de la institución de albergue correspondiente en cada caso.

El alojamiento en dispositivos institucionales, en tanto resabio del patronato, se ha constituido en una de las prioridades de la agenda de este Ministerio Público Tutelar. En este aspecto, desde la Asesoría General se despliegan dos estrategias de intervención: a) el seguimiento y control del comportamiento del GCBA en cada caso particular, tanto respecto al porqué y a cómo se dispone el ingreso de un niño a un hogar; como sobre las estrategias que el GCBA dispone para efectivizar el acceso a la educación, salud, vivienda, alimentación, vinculación o revinculación familiar y generación de un plan de vida autónomo, y b) el control de la condiciones de habitabilidad y funcionamiento de las instituciones que albergan niños.

El primero de los objetivos se realiza a través de las intervenciones que esta AGT realiza desde el momento en que toma conocimiento del ingreso de un niño en una institución. En este aspecto, la AGT, como órgano de control, promueve la legalidad del procedimiento que deviene en una medida, con la intención de que se respete el debido proceso legal y la razonabilidad de la intervención del GCBA, a los efectos de que el GCBA asuma la responsabilidad de satisfacer los derechos

1 La ley 26.061, de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada por el Congreso Nacional el 28 de septiembre de 2005, plantea un salto cualitativo en las políticas públicas dirigidas a la infancia y a la adolescencia, en tanto impone como regla principal la generación de políticas universales que devengan en mayor inclusión social. Asimismo, la ley establece reglas en la intervención asistencial y focalizada, que deben ser transitorias, y especialmente regula en forma explícita la excepcionalidad, brevedad y último recurso de medidas que impliquen la institucionalización de niños por cuestiones sociales. De esta forma, la nueva ley marca una clara diferencia con el modelo anterior de patronato, por medio del cual, el poder judicial disponía la institucionalización de niñas, niños y adolescentes por causas netamente asistenciales.

2 Para ver como funciona el sistema, sus actores y ámbitos de competencia ver el informe anual de esta AGT correspondiente al año 2007, disponible en: *http://ministerio.jusbaires.gov.ar/ministerio_publico/ministerio_publico_tutelar*

sociales de los niños, respetando el principio de brevedad y excepcionalidad de la internación y se garantice la vinculación familiar y la posibilidad de generación de un plan de vida autónomo, en los casos que se requiera.[3]

El segundo de los objetivos se realiza a través de visitas e inspecciones a las instituciones de albergue y del seguimiento sistemático de la gestión del programa de atención a la niñez y adolescencia en situación de vulnerabilidad social de la DGNA, de donde dependen las instituciones de albergue de la Ciudad, conocidas como hogares infantiles.

Durante el año 2008, en comparación con el 2007[4], se advierte un aumento importante de la utilización del recurso de institucionalización por parte del GCBA, así como un claro retroceso en materia de legalidad del procedimiento que concluye con el ingreso de un niño a un dispositivo de albergue, así como del cumplimiento de los principios de excepcionalidad, brevedad, vinculación familiar y elaboración de un plan de vida autónomo. Este desalentador panorama es acompañado de un escenario de desarticulación y desencuentros institucionales entre organismos del propio Gobierno (el Consejo y la DGN), que redunda en perjuicio de los niños asistidos.

2.1. Niños, niñas y adolescentes en instituciones de albergues bajo la responsabilidad del GCBA

2.1.1. Los casos[5]: el crecimiento de las institucionalizaciones y el desapego a la ley

En la AGT se ha consolidado un sistema de relevamiento y sistematización de información a partir de una base de datos propia donde se registran datos cuantitativos y cualitativos sobre alojamientos de niños, niñas y adolescentes en hogares de la Ciudad o con Convenio con el Gobierno de la Ciudad. **Esta ha sido una de las tareas estructurales en la agenda programática de la AGT, en tanto uno de las características de los sistemas tutelaristas es la falta de registro sistemático y pertinente de la información, lo que históricamente resultó un obstáculo para dar a conocer datos precisos indispensables para la evaluación y revisión crítica de la política social.**

Durante el año 2008, la AGT procedió a abrir 1723 actuaciones vinculadas a niñas, niños y adolescentes institucionalizados en la Ciudad de Buenos Aires.

Del universo total de actuaciones, **739 (42,9%) se vinculan con casos de institucionalizaciones dispuestas por el GCBA,** mientras que aproximadamente 239 corresponden a niños, niñas y adolescentes institucionalizados/as por el CONNAF[6] y posteriormente transferidos a la Ciudad, lo que representa poco más del 13,8% de los expedientes. El resto constituyen notificaciones de egresos de los niños (que permanecieron poco tiempo en un hogar[7]), chicos mayores de edad en hogares y ajenos a la competencia de la AGT (34%) e institucionalizaciones dispuestas por otros (9%).

En todos los casos pertinentes se requirió al Consejo de Derechos la remisión del acto administrativo respaldatorio del ingreso al hogar, la asignación de abogado y se realizó un constante seguimiento del caso.

El siguiente gráfico permite comparar los porcentajes de niñas, niños y adolescentes institucionalizados de los que la AGT tiene constancia: *ver Gráfico 1.*

Cabe señalar que, de la información de la base de la AGT, se evidencia la irregularidad de la mayoría de las institucionalizaciones instrumentadas por el GCBA. De los 739 casos, sólo poco más de un tercio de los niños y niñas ha sido institucionalizado como consecuencia del dictado de una medida de protección especial o excepcional de derechos.

Más precisamente, de la base de la AGT puede deducirse que del universo de 739 casos de institucionalizaciones instrumentadas en la Ciudad, poco más del

3 Para profundizar sobre la modalidad de trabajo de la AGT en cada caso, ver Res. AGT 59/07 e informe AGT 2007, disponibles en: *http://ministerio.jusbaires.gov.ar/ministerio_publico/ministerio_publico_tutelar*

4 Ver nudos crítico 2007 en AGT, informe anual 2007.

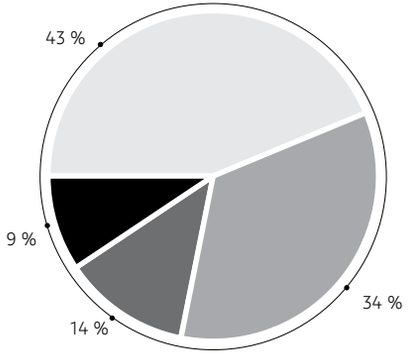
5 Todos los datos cuantitativos a los que aludimos en este apartado surgen de la base de datos construida en la AGT, a partir de la apertura de actuaciones por cada notificación del ingreso de un niño a un hogar durante el año 2008. En estas actuaciones se adjunta la información brindada por el GCBA, que contiene los actos administrativos con las medidas que respaldan los ingresos a los hogares, los informes de trabajo de la DGN y toda la información enviada por el GCBA.

Los datos no son totales debido a que sólo se refieren a aquellos casos de ingresos a hogares notificados a la AGT o que fueron detectados en las visitas a hogares a través de la entrega de los listados pertinentes. Es probable que en muchos casos las instituciones de albergue o el propio Consejo no haya realizado la debida notificación.

6 Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el cual funcionaba como brazo ejecutor del Poder Judicial para llevar adelante las institucionalizaciones dispuestas en el marco de la aplicación de la ley 10.903, de Patronato de Menores, actualmente derogada por la ley 26061.

7 Se trata de 473 casos de los que la AGT recibe la notificación del egreso del niño sin haber tomado oportunamente conocimiento de su ingreso. En estos casos, se conoce que esto ocurre porque los niños permanecen poco tiempo en la institución.

Gráfico 1. Niñas, Niños y Adolescentes institucionalizados



[43 %] Institucionalizaciones CABA (incluye falta de respuesta de la Administración)
[34 %] Otros (notificación egreso, mayoría edad)
[14 %] SENNAF (transferidos)
[9 %] Institucionalización dispuesta por otro

Fuente: Base de Actuaciones AGT 2008

16% (123) cuenta con una medida excepcional, y un porcentaje similar (138 casos[8]) está abarcado por una medida de protección especial. Si consideramos también aquellos casos en los que la AGT no cuenta con copia de la medida de protección -por no haberle sido suministrada por el Consejo de Derechos pero cuya existencia se presume- se puede concluir que, en la hipótesis más favorable posible, solo poco más de un tercio (36,4%) de los niños y niñas ha sido alojado en hogares como consecuencia del dictado de alguna medida de diversa índole, tal y como lo prevé la normativa vigente. El resto, es decir, **478 institucionalizaciones de la Ciudad, carece de encuadre jurídico apropiado,** en tanto el órgano de aplicación local omitió, sistemáticamente y en reiteradas oportunidades, enviar las constancias respaldatorias a la AGT, **con lo cual es viable presumir que las medidas de protección nunca fueron dictadas.**

En la mayoría de los casos con medidas de protección especial (75,4%), se observa que el acto administrativo se dicta por el plazo de 90 días establecido por la ley. En el 22,9%, en cambio, la medida no explicita plazo. Las medidas prorrogadas alcanzan los 42 casos (35,6%), detectándose que en un mínimo porcentaje (tres supuestos) la medida se tornó excepcional. De los 67 supuestos cuya medida de protección se encuentra vencida (56,7%), aproximadamente el 37,3% (25 institucionalizaciones) no cuenta aún con acto administrativo de prórroga.

Los datos resultan sumamente preocupantes en tanto dan cuenta de:
a) Un importante caudal de institucionalizaciones instrumentadas por la Ciudad en un solo año. Véase que, según nuestros registros, la Ciudad podría contar con más institucionalizaciones propias para el año 2008 que el universo de niños que fueron transferidos para su atención por el ex CONNAF (menos de 600).
b) La absoluta discrecionalidad de la administración, en tanto instrumenta y sostiene institucionalizaciones de niños en sus dispositivos, sin garantizar un debido proceso y sin el dictado de un acto administrativo que contenga la medida.
c) La irregularidad de institucionalizaciones que carecen de encuadre jurídico, pues no son respaldadas por un acto administrativo que contenga la medida o, al menos, su prórroga, una vez vencido el plazo de 90 días.
d) La consagración de la política de institucionalización como forma principal de intervención para un universo de la infancia, ya sea por ausencia de pro-

8 Dentro de estos 138 se cuenta 20 casos donde a la AGT ha sido remitida la copia de la prórroga de la medida de institucionalización, pero nunca la primer medida que dispuso el primer ingreso al hogar del niño, niña o adolescente.

gramas de vinculación familiar o de autovalimiento o por desidia de la propia administración.

2.1.1.1. La institucionalización de la pobreza en la Ciudad

Uno de los datos alarmantes, en tanto reproducen patrones propios del tutelarismo, se advierte de la lectura de las ''causas'' de la institucionalización expuestas en las medidas de protección remitidas a la AGT.

De los actos administrativos se puede advertir que la pobreza es la variable común y a veces el indicador exclusivo que motiva la implementación de las institucionalizaciones. En otros casos, la violencia, el abuso, los problemas de adicciones y los problemas familiares (según la clasificación de la propia administración) se convierte en el ''síntoma'' emergente que justifica la institucionalización, cuando aquellos se producen en el marco de familias pobres.

Es sabido que el abuso y la violencia, así como las adicciones y los conflictos familiares, trascienden a todas las clases sociales; sin embargo, sólo cuando estas problemáticas se producen en el escenario de las familias pobres, se convierten en el antecedente ideal para la institucionalización de los niños. Cabría entonces indagar si la institucionalización aparece como la mejor forma de abordaje del problema o si se recurre a ella por ser la única oferta para este universo de la población infantil.

Si nos centramos en la lectura del universo poblacional propio del GCBA, respecto del cual el CDNNYA dictó medida de protección especial de derechos en los términos del art. 44 de la ley 114, se advierte que, de los datos relevados en relación a las causales de institucionalización obrantes en los actos administrativos que las disponen, las situaciones de violencia y abuso -consideradas conjuntamente- representan poco menos de la mitad (42,4%) de las causas de institucionalización referidas en las medidas de protección especial dictadas.[9] **Le siguen en importancia los problemas socioeconómicos -en especial, de carácter habitacional- que representan el 38,1% de los casos.**[10]

Esta última situación es, por excelencia, la testigo de que, para algunos casos, el GCBA responde con la institucionalización de la pobreza en los mismos términos en que históricamente lo hizo el patronato. Además, este tipo de prácticas contravienen lo normado por la Ley 114 en su artículo № 33, en el que se estipula

9 En este sentido, se han relevado 40 situaciones de violencia y 10 de abuso en las medidas de protección especial remitidas a la AGT.

10 Se registraron 34 situaciones de índole habitacional y 11 netamente económicas.

que la falta de recursos materiales de las familias de los niños no autoriza su institucionalización. También quebranta lo dispuesto en el Artículo № 37 de la norma precitada, como así también el Artículo 4º de la Ley 26.061, en los que se establece la necesidad de implementación de políticas públicas tendientes a fortalecer la situación social del grupo familiar como formas de intervención alternativas a la institucionalización y eventual judicialización de la pobreza.

En orden de prelación, al déficit habitacional le siguen los alojamientos originados en problemáticas de adicciones, patologías psiquiátricas o enfermedades en general que suman el 25,4% de los casos,[11] alcanzados por conflictivas familiares y crisis de la autoridad parental, equivalentes al 18,6%[12] y causales relativas a la ''falta de interés en maternar'' y el ''abandono'', representativas del 16,1%.[13]

De la misma muestra se observa que, en más del 50 % de los casos, la administración no justifica debidamente la institucionalización, en tanto no da pautas de haber arbitrado otros mecanismos para restablecer el derecho vulnerado del niño.

En este sentido, sólo en el 45,8% de los casos (54) consta la existencia de intervenciones previas a la institucionalización a cargo de la Defensoría Zonal, dictadas con el objeto de evitarla, en cuya mayoría los actos administrativos correspondientes explicitan las características de la intervención realizada. Así pues, el alto porcentaje de ausencia de medidas previas (64 casos, equivalentes al 54,2%) da cuenta, una vez más, del bajo nivel de acatamiento por parte de los órganos administrativos de los principios jurídicos rectores que orientan la legislación vigente en materia de infancia y adolescencia, relativos a la necesidad de implementación de políticas públicas alternativas a la institucionalización de niños/as en hogares y la excepcionalidad de estas medidas.

En esta misma línea, puede afirmarse que el Consejo no ha desarrollado una práctica de interpelación formal y vehemente a las demás autoridades de gobierno cuando, por omisión de éstas, no se accede a un recurso necesario para efectivizar un derecho. En otros términos, se percibe que el Consejo no utiliza todos los

11 Adicciones: 12, patologías psiquiátricas: 4, razones de salud: 14.

12 Así sucedió en 22 casos.

13 En 7 y 12 supuestos respectivamente. Al respecto cabe aclarar que las categorías utilizadas son tomadas de los propios actos emitidos por la administración.

recursos a su alcance; entre ellos, la interposición de medidas de exigibilidad o la acción judicial de amparo para lograr la remoción de los obstáculos que impiden el cumplimiento de los derechos.

Las medidas de exigibilidad de derechos son aquellas que adopta el CDNNyA a través de la Dirección General Legal, Técnica y Administrativa mediante un acto administrativo firmado por el Presidente o Vicepresidente de dicho organismo; y se dictan a requerimiento de los servicios de atención del CDNNyA (Defensorías Zonales o la Guardia de Abogados) frente a la falta de respuesta o la negativa de la asignación de un recurso solicitado a la Administración Pública de la CABA, en el marco e la intervención de estos servicios para hacer cesar la vulneración de derechos del niño, niña o adolescente involucrado. Estas medidas constituyen una herramienta formal de interpelación e intimación a las agencias de gobierno responsables de la gestión de los servicios sociales, de salud, eduación, vivienda, etc. y se encuentran reguladas en Art. 15 del Manual de Procedimientos y Circuitos del CDNNyA - Resolución 309/CDNNyA/07.

Hemos tomado conocimiento de que en el transcurso de tiempo del período 2007-2008 el Consejo ha dictado sólo 8 medidas de exigibilidad, y no tenemos registro de que hayan iniciado una sola acción de amparo dirigida a obligar las prestaciones necesarias por parte de los distintos efectos de gobiernos, cuando se trata de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La existencia de un Consejo que no ejerce un control horizontal hacia las otras agencias de gobierno responsables de la gestión de las políticas públicas, opera directamente en el aumento de las institucionalizaciones de niños.

Por último, la vulneración del principio de excepcionalidad y transitoriedad de las institucionalizaciones de niños también deja observarse, a poco de ahondar, en la baja incidencia de los egresos. Véase que, de nuestra base, la cifra de egresos para el año 2008 alcanza el 14,2%, lo que equivale a tan sólo 105 de los 739 casos. De esos 105 casos, sólo las dos terceras partes de las personas menores de edad egresadas abandonaron el hogar con su familia (egreso con familia sin consenso del equipo 13,3% y egreso con familia y con consenso del equipo 53,3%), mientras que casi el 25% lo hizo sin el acuerdo ni del grupo familiar ni de los equipos técnicos, ya sea del hogar o de la Defensoría Zonal.

2.1.1.2. La ausencia de un debido proceso

Una de las críticas al modelo tutelarista instrumentado por la justicia nacional (de menores y de familia), fue su desconocimiento del debido proceso. Subyacía en el entendimiento del patronato la idea de que la garantía del debido proceso, en tanto reguladora del poder del Estado, no vinculaba la actuación asistencial de los jueces que actuaban como ''buenos padres de familia'' en busca del bien de los ''menores protegidos''.

Esta característica de las leyes pre Convención fue reveladora del desconocimiento de la Constitución de la Nación y una de las causas que motivó, en toda Latinoamérica, la revisión y posterior derogación de la legislación propia de la situación irregular.

Con estos antecedentes, las nuevas leyes de protección integral, en nuestro caso la ley 26061 en su art. 27[14], contemplan expresamente las garantías mínimas que todo procedimiento administrativo y judicial debe observar a la hora de incidir en los derechos de un niño, niña o adolescente, sobre todo cuando se trata de medidas que disponen la institucionalización.

La finalidad de las leyes post Convención no se agota en revestir de competencia al Poder Ejecutivo en materia de asistencia y política social, ni en derogar la normativa que habilitaba la intervención de la Justicia. La nuevas leyes de protección integral establecen, principalmente, un cambio radical en las prácticas, exigiéndole al Ejecutivo gestionar los programas e intervenciones sociales en el marco de procedimientos democráticos.

14 Art 27. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

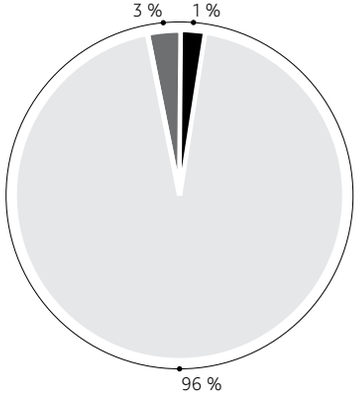
b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Gráfico 2. Distribución porcentual de las actuaciones tramitadas en la AGT con medida de protección según notificación de la medida.



[96 %] A ninguno
[3 %] Al abogado
[1 %] Al niño y al abogado

Fuente: Base de Actuaciones AGT 2008

En esta lógica, en todos los casos informados a esta AGT, se solicitaron constancias referidas a la escucha y participación del niño en el procedimiento, así como asignación de abogado.

A pesar de ello, la experiencia del año 2008 da cuenta de que la Ciudad corre el riesgo de replicar, en este aspecto, el modelo de patronato abolido normativamente. Ello pues, del universo de medidas e información remitidas durante el año 2008 a esta AGT, se observa la ausencia de un procedimiento acorde con las garantías mínimas.

2.1.1.3. Derecho a ser oído y participación del niño/a

En el 36,5% de los casos no existen evidencias respecto del cumplimiento del derecho a ser oído en ocasión de la adopción de la medida de protección especial de derechos, tal como lo establecen el Artículo № 17 de la Ley 114 y el № 27 de la ley 26.061. Por otra parte, en la casi totalidad de los casos (96,6%) dicha medida no fue notificada ni al niño/a ni a su abogado. Dicha situación queda ilustrada en el siguiente gráfico: *ver Gráfico 2.*

En cuanto a la conformidad con la medida dictada, si bien las actuaciones develan mayor participación de los niños y sus representantes (de modo que en el 29,7% de los casos hay constancias de la expresión de conformidad por parte del niño, solo o con su representante) en un 27,1% no hay expresión de conformidad alguna, mientras que un número algo superior de actuaciones registra expresiones de acuerdo a cargo del representante legal en forma exclusiva (29,7%).

Cabe advertir que la conformidad prestada actúa como variable decisoria al momento de adoptar uno u otro tipo de medida (especial o excepcional). Consecuentemente, puede entenderse que, de contarse con la conformidad, el órgano administrativo instrumenta una medida de protección especial.

2.1.1.4. Abogado del niño/a

Cabe aclarar que el art. 27 de la ley 26061 explícitamente regula sobre las garantías de procedimiento administrativo y judicial, y en este marco incluye la figura del abogado del niño. Es así que esta AGT parte del entendimiento de que la figura del abogado del niño es una manifestación mínima de la garantía de defensa en juicio, entendida en un sentido más amplio. Por eso, dicha garantía se erige como un límite infranqueable para el Estado, principalmente cuando se trata de

procedimientos o situaciones que importan la institucionalización de los niños. En estos casos, entendemos que el acceso a un abogado resulta un elemento insoslayable equiparable a la defensa técnica en una causa penal. El abogado del niño, en caso de internaciones de niños en instituciones, debe ser entendido con los mismos alcances que la defensa penal. No se trata de un servicio filantrópico que el Estado puede ofrecer en cada caso, así como tampoco constituye un recurso al que pueda renunciar el niño. La garantía de defensa en juicio impone al Estado el deber ineludible de brindar el acceso a un abogado en el caso de que el niño no acceda a un abogado particular. Si este requisito no se cumple, entonces el Estado no puede avanzar sobre la vida de las personas sin recaer en procedimientos y medidas nulas.

La información del año 2008 muestra que el Consejo no concibe el mandato del art. 27 de la ley 26.061 como un límite a sus propias intervenciones. Ello, por dos motivos:

a) el Consejo no asigna abogados en todos los casos y decide discrecionalmente a quién y cuándo garantiza el acceso a un abogado,

b) el sistema al que apela el Consejo para asignar abogados, en los pocos casos que así lo decide, es cuestionable, en tanto se trata de servicios que financia el propio Consejo a través de una tercerización que realiza con profesionales de organizaciones no gubernamentales. No parece muy auspiciosa esta modalidad de implementación del art. 27, en tanto no es esperable que un profesional, que depende financieramente del Consejo, litigue libremente para cuestionar, en caso de ser necesario, el procedimiento o las medidas tomadas por su propio órgano financiador.

Respecto de la designación de abogado del niño/a, se ha reunido evidencia que confirma la designación del abogado en sólo 104 casos, siempre a través de las ONGs convenidas a tales fines (13%). Su nombramiento siempre tuvo lugar después del dictado de la medida de protección, cuando debiera ser una garantía desde el inicio del procedimiento administrativo que lo afecta.

2.1.1.5. El Consejo y el abordaje de la población infantil derivada del ex CONNAF: una muestra de retroceso

El abordaje que el Consejo realiza respecto de los niños y adolescentes trasferidos de la ex CONNAF pone en evidencia los límites de la autoridad de aplicación local para ejercer sus funciones, conforme el nuevo modelo de intervención.

Al respecto, recordemos que al momento del dictado de la ley 26.061, el ex-Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia administraba y ejecutaba recursos y programas para la atención directa de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires, superponiéndose con las funciones propias del GCBA. Por ello, en el mes de septiembre de 2006, y con el fin dar cumplimiento al mandato legislativo contenido en la ley 26.061, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscribieron el ''Acta Acuerdo para la Transferencia de Servicios de Atención Directa de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en los términos del art. 70 de la ley 26.061 - Acuerdo sobre Competencias para la Adopción de Medidas de Protección Integral de Derechos y las Medidas Excepcionales dispuestas por la ley 26.061 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires'' y posteriormente (en febrero de 2007) el Acta Complementaria.

En virtud de dicha Acta-Acuerdo, se designó al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como el organismo encargado de adoptar las medidas individuales de protección establecidas en la legislación vigente, por sí o a través de las defensorías zonales; e identificó al ex-Ministerio de Derechos Humanos, hoy Ministerio de Desarrollo Social, como la autoridad de ejecución programática de las políticas sociales de infancia y adolescencia, y en consecuencia, el área de gobierno responsable de organizar y brindar las prestaciones necesarias para dar respuesta a los derechos sociales demandados.[15]

Después de una lucha histórica, se concretó el proceso de transferencia por el cual el GCBA asume las políticas sociales y la competencia para la adopción de las medidas de protección integral de derechos.

Así, a partir del Acta Acuerdo para la Transferencia de Servicios de atención directa firmado el 6 de septiembre de 2006 se inició un paulatino proceso para la transferencia a la órbita de responsabilidad del GCBA de aproximadamente 50 hogares y 590 becas a chicos, el cual se concretó a fines del año 2007.

Particular es la situación de niñas, niños y adolescentes que fueron institucionalizados por disposición de juzgados nacionales en el marco de expedientes sobre protección de persona, figura ya derogada por la ley 26061.

En relación a este grupo, según la información brindada por el Consejo, el abordaje de la autoridad de aplicación local se realiza, a partir de la división en

15 Cláusulas sexta y séptima del Acta Acuerdo para la Transferencia de Servicios de Atención Directa de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en los términos del art. 70 de la ley 26.061 - Acuerdo sobre Competencias para la Adopción de Medidas de Protección Integral de Derechos y las Medidas Excepcionales dispuestas por la ley 26.061 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires'' y posteriormente (en febrero de 2007) el Acta Complementaria.

dos grandes grupos, en función del lugar en el cual se encuentren los referentes afectivos o lazos comunitarios.[16]

En cuanto a la situación de niños, niñas y adolescentes que tienen su grupo familiar (directo o ampliado), referente afectivo o lazo comunitario, en la Provincia de Buenos Aires, se trabaja de la siguiente forma:

a) Los casos identificados como correspondientes a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires son remitidos por el Consejo de Derechos a la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito provincial, en base a lo dispuesto por el Decreto 415/06 reglamentario de la ley 26.061. El Consejo también articulará con los Servicios Zonales que deben intervenir.

b) En los casos derivados a Provincia, pero con causas judiciales por protección de persona en trámite por ante juzgados de jurisdicción nacional, la tramitación y cierre de cada una de ellas queda a cargo de profesionales dependientes del Consejo de Derechos, en atención a la falta de matriculación de los abogados de los organismos provinciales para actuar ante la justicia nacional en la CABA.

c) Mientras los Servicios Zonales Provinciales no tomen la intervención que les compete, la Dirección General de Niñez y Adolescencia continuará haciéndose cargo del pago de las becas de albergue; y asimismo, a través del área de Supervisión y Monitoreo de Hogares del Programa de Atención a la Niñez y Adolescencia en Situación de Vulnerabilidad Social, continuará trabajando con los equipos técnicos de los Hogares en estrategias de egreso, pudiendo, de considerarlo necesario, articular con el Servicio Zonal provincial.

16 El Consejo argumenta que el abordaje de este universo no reviste las mismas características que aquellos niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales comenzó la intervención, tomando en primer término medidas de protección integral o medidas sociales de protección, y posteriormente medidas de protección excepcional, según la terminología utilizada por las leyes 114 y 26.061; dado que la situación de este universo es diversa desde el punto de vista fáctico y jurídico.

Desde el punto de vista fáctico, sostiene que se trata de niños, niñas y adolescentes que han pasado diferentes lapsos temporales en establecimientos de albergue que desde el inicio nunca fueron planteados como una situación excepcional o temporalmente acotada, por lo cual cada caso debe ser abordado desde la individualidad de cada historia, tanto personal, familiar, comunitaria como institucional, la cual se ha construido a partir de una orden judicial que debe ser respetada tanto por el Consejo de Derechos como por el resto de los actores intervinientes. Al respecto, plantea la responsabilidad del Consejo de garantizar que las intervenciones respeten cada historia personal, sin generar intervenciones que, originadas en la intención de cumplir los mandatos de la ley nacional de protección integral, terminen ocasionando la vulneración del respeto y la dignidad de aquellos.

Desde el punto de vista jurídico, señala que la situación de cada uno de los casos no tuvo origen en una medida excepcional dictada por la autoridad administrativa, sino que fue originada por una decisión jurisdiccional, y que ningún caso es asimilable a una situación propia de la institucionalización por medio de un medida excepcional de protección de derechos (arts. 39 y 40, ley 26.061)

En cuanto al universo de niños, niñas y adolescentes cuyo grupo familiar, referente afectivo o lazo comunitario se encuentre en la CABA, el Consejo refirió que no puede aplicar la medida excepcional establecida en la ley 26.061 (conforme Acta Acuerdo para la transferencia de servicios de atención directa de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en los términos del art. 70 de la ley 26.061), y propuso la intervención de la Defensoría Zonal que corresponda según el domicilio en los términos del art. 70 inc. g) de la ley 114, es decir, a través del patrocinio del niño, niña o adolescente en el expediente judicial donde se ordenó su institucionalización.

Respecto a este último grupo la AGT no comparte el criterio del Consejo, en tanto entiende que la decisión de no intervenir como autoridad de aplicación, constituye un retroceso en el marco de la lucha por construcción del sistema de protección de derechos local. Los antecedentes del caso, en tanto herencia del patronato, son, por el contrario, motivo suficiente para que la autoridad local intervenga en su función de autoridad de aplicación para comenzar un proceso de trabajo con las pautas y condiciones impuestas por la nueva ley. Asimismo, el hecho de que se trate de historias de larga institucionalización, dispuestas por otra autoridad, con criterios propios del tutelarismo, no quita la posibilidad de que se pueda establecer un encuadre jurídico en el marco de la ley 26.061.

Por otra parte, negar la aplicación de las disposiciones de la ley 26.061 a este grupo determinado de niños, niñas y adolescentes, importa el desconocimiento del principio constitucional de igualdad ante la ley, lo que se puede traducir en la práctica en serios y concretos perjuicios en la vida de aquellos, pues se les estaría vedando la aplicación de una legislación más benigna, en tanto es la que respeta los estándares de derechos humanos que incorpora el derecho internacional de los derechos del niño.

Por ello, la propuesta del Consejo de Derechos importaría un retroceso en el proceso de conquista del reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, dado que habilitaría el retorno a prácticas institucionales que la ley 26.061 privó de sustento jurídico.

2.1.1.6. Una propuesta de abordaje global

Con la intención de superar la falta de cultura jurídica que subyace en los débiles procedimientos que anteceden a las medidas del Consejo, además de las peticiones realizadas en cada caso, la AGT presentó en la Legislatura, el 5 de noviembre de 2008, un proyecto de ley que regula el procedimiento administrativo (ver anexo 3) para la adopción de medidas de protección de derechos. El proyecto

fue expuesto en la Comisión de Mujer, Infancia, Adolescencia y Juventud de la Legislatura.

Con este instrumento se pretende regular los diferentes actos preparatorios de la voluntad administrativa indispensables para otorgar legalidad a las medidas adoptadas por el poder administrador.

Las intenciones de esta propuesta eran, por un lado, poner en la agenda de los actores del Poder Legislativo y Ejecutivo la importancia del debido proceso legal en sede administrativa; y por otro, jerarquizar el tratamiento de la cuestión en lo atinente a la infancia más vulnerable, garantizándoles por ley un procedimiento reglado, así como también brindar mayor seguridad jurídica a los niños afectados, cuando se resuelve una institucionalización, detallando las condiciones en las que el Poder Ejecutivo puede actuar validamente.

Lamentablemente el proyecto no fue tomado por ningún legislador, y en la presentación en la Comisión de infancia de la Legislatura se advirtieron resistencias a la generación de cambios. Mas allá de ello, seguiremos insistiendo durante el año 2009, porque creemos que una ley como la propuesta por la AGT resulta necesaria a los fines de garantizar un debido (justo) procedimiento, que comprenda y respete el derecho a ser oído del niño, niña, adolescente involucrado, de ser parte; a ser informado y notificado de las resoluciones adoptadas, de contar con abogado que defienda sus intereses, a ofrecer y producir prueba y de recurrir el acto por medio del cual se deciden cuestiones fundamentales de su vida.

También estamos convencidos de que esta regulación aportará al mejoramiento del sistema de protección de derecho local, garantizando así los mayores niveles de control de la administración en la adopción de medidas que implican la internación de niños en instituciones.

2.2. Las instituciones de albergue

2.2.1. Las intervenciones del MPT

Como ya hemos referido, por aplicación del Art. 49 inciso 9 de la Ley 1903 se realizan visitas institucionales a los lugares que prestan un servicio de albergue a niños, niñas y jóvenes de la Ciudad de Buenos Aires. La finalidad de estas intervenciones es controlar las condiciones de habitabilidad y funcionamiento de dichas instituciones.

Esta actividad, iniciada durante el año 2007, tuvo continuidad durante el 2008, habiéndose efectuado en este último año un total de cuarenta y nueve (49) visitas.

Durante el año 2009 se continuarán las visitas institucionales en forma planificada con las Asesorías ante la Primera Instancia, privilegiando una perspectiva común y un cronograma de actividades en esta materia que posibilite la optimización de la tarea conjunta.

Advertimos que estas visitas institucionales constituyen fuentes de información que dan cuenta del escenario que presenta la política desarrollada por el Estado Local para los niños, niñas y adolescentes, y permiten medir el estado de avance del cumplimiento de los mandatos constitucionales, así como identificar los obstáculos y problemas que presenta este programa de intervención.

Es preciso recordar que el Estado local cuenta con instituciones propias para el alojamiento de niños, niñas y adolescentes y con dispositivos conveniados (fundaciones, asociaciones civiles, sociedades de responsabilidad limitada) a tales fines.

A partir del mes de julio de 2008, y en función de la experiencia desarrollada durante la implementación de las visitas institucionales, se evaluó la necesidad de establecer mecanismos e instrumentos para favorecer la organización, jerarquización, procesamiento y análisis de la información. En este marco se planificó una modalidad de relevamiento institucional, a modo de prueba piloto, con el objeto de conocer y analizar el estado de situación de las instituciones de albergue conveniadas con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA). A tales efectos, se construyó una muestra con diecisiete (17) instituciones a partir de la implementación de los siguientes criterios:

a) la modalidad de atención según la categorización que realiza la Dirección General de Niñez y Adolescencia (DGN)[17]. Esta tipología se conforma por Hogares Convivenciales y de adolescentes madres (en adelante de **"atención convivencial"**) y Hogares de atención especializada (ex terapéuticas), atención integral en salud mental, niños y adolescentes con necesidades especiales (en adelante de **"atención especial"**),

b) cantidad de niños, niñas y adolescentes con intervención del Sistema de Protección Integral de Derechos de la Ciudad de Buenos Aires,

c) regiones geográficas de intervención de las instituciones,

d) tiempo de inicio del proyecto institucional de albergue.

17 Quedaron excluidos de esta muestra los dispositivos institucionales de albergue propios de la Ciudad de Buenos Aires y los dedicados a la atención del "circuito de calle" (paradores, Centro de Atención Integral de la Niñez y la Adolescencia).

El instrumento utilizado para la recolección de datos consistió en una entrevista semiestructurada realizada a los responsables institucionales e integrantes de los equipos técnicos[18].

Las entrevistas realizadas relevaron información acerca de los siguientes ejes temáticos:

- caracterización institucional,
- capacidad institucional de las organizaciones que prestan albergue,
- estrategias de trabajo y sistema de relaciones interinstitucionales,
- supervisión institucional.

En término, la muestra referida corrobora aquellos nudos críticos detectados y publicados en el Informe Anual 2007 que se perpetúan lamentablemente en el tiempo. Este intenso desacople entre los principios que estipulan las leyes vigentes en materia de Protección Integral de Derechos y "lo Real", configura un estado de situación que tiende a instalarse como escenario estructural.

Según la perspectiva de los actores entrevistados, el trabajo entre los organismos del Estado Local y los dispositivos de albergue asume las siguientes características:

- articulación deficiente,
- superposición e inconexidad de actores,
- problemas de coordinación para viabilizar las estrategias de trabajo,
- frágil comunicación interinstitucional,
- intervenciones a destiempo

En este sentido, la tendencia marca que el abordaje de cada caso ha sido prácticamente delegado en las instituciones de albergue, en contraposición con la idea cogestiva de gestión.

Por otra parte, la muestra arroja otros datos significativos en torno a los problemas y obstáculos detectados en el abordaje de los hogares para el acceso a la vinculación familiar, vida en familia y autovalimiento, a la salud, y educación de los niños que viven en instituciones de albergue.

18 Cabe aclarar que el universo de las instituciones no es homogéneo, y que su diversidad trasciende las tipologías preestablecidas.

2.2.2. Acceso a la vinculación familiar, vida en familia y autovalimiento

2.2.2.1. Principales situaciones detectadas

Se observó que las instituciones ponen en funcionamiento un esquema combinado para el desarrollo de las visitas familiares que incluyen encuentros tanto fuera de la institución (en algún caso hasta con lugares pautados) como dentro de las mismas.[19]

Se visualizó que, en general, la singularidad de cada caso se constituye en el criterio que rige las frecuencias de las visitas.

Acerca de las problemáticas que afectan a las familias de los niños, niñas y jóvenes reconocidas por los actores entrevistados, las mismas se vinculan tanto a las condiciones de vida de las familias, como a contingencias que afectan las posibilidades adultas de ejercer funciones de cuidado y protección, por múltiples motivos.

Cabe destacar que las problemáticas que se mencionan a continuación son visualizadas por los actores entrevistados como las más recurrentes y entendidas, como interdependientes y ensambladas:

- abandono,
- violencia y abuso,
- pobreza e indigencia,
- dificultades para el ejercicio de las funciones de cuidado y crianza,
- adicciones,
- problemas psiquiátricos de los adultos responsables.

En este aspecto, encontramos coincidencia con las causales identificadas por el Consejo en el universo de casos donde se remitió a la AGT la medida de protección. Por ello, cabe aquí también preguntarse si la pobreza, común en todo los casos de niños albergados, es la variable determinante de la oferta programática institucionalizadora, en virtud de la ausencia de otros dispositivos para abordar temas de violencia, adicciones y otros, ocurridos en el seno de familias inmersas en situaciones de absoluta vulnerabilidad social y económica.

En este sentido, se relevó que **el déficit de programas sociales orientados al fortalecimiento de vínculos se constituye en un problema nodal.**

Las percepciones de los actores entrevistados resultan corroboradas si observamos que el Programa de Fortalecimiento de Vínculos de la Dirección General de la Niñez y la Adolescencia, en vistas al año 2009, representa sólo el 5% del presu-

19 Los encuentros familiares fuera de la institución encuentran la excepción en los dispositivos de comunidades terapéuticas relevados, durante las fases iniciales de tratamiento, en las cuales las salidas están acotadas y/o prohibidas.

puesto. En este marco, es posible vislumbrar que, **aquellas líneas programáticas de gobierno que debieran consolidarse como pilares para efectivizar los principios legales de transitoriedad, excepcionalidad y brevedad de la medida de internación; se presentan como desprovistas de recursos humanos y económicos.**

En materia de posibilitar el **egreso y el autovalimiento,** los entrevistados advirtieron que los logros se visualizan ''caso a caso'' y sólo en algunas oportunidades, y coincidieron en remarcar la **inexistencia de circuitos establecidos con el sistema administrativo, capaces de generar condiciones que favorezcan el egreso y la elaboración de proyectos autónomos de los/las jóvenes.**

2.2.2.2. Obstáculos

Las instituciones reconocen, en el terreno de las políticas públicas, los siguientes obstáculos, a saber:

- la falta de políticas públicas orientadas al fortalecimiento familiar y social
- la fragilidad en las redes familiares y sociales,
- el abordaje y acompañamiento de las familias es sostenido básicamente por la institución de albergue,
- los niños/as y jóvenes siguen siendo ''mirados'' como objetos,
- la falta de espacios terapéuticos efectivos para el abordaje vincular,
- las distancias geográficas entre el centro de vida de los niños, niñas y jóvenes y la institución de albergue,
- la escasa información acerca del niño y su historia al momento del ingreso a la institución,
- la permanencia prolongada en la institución, que dificulta el sostenimiento del contacto familiar,
- el elevado porcentaje de familiares que residen en la Pcia. de Buenos Aires, lo cual dificulta las posibilidades de trabajo vincular y de los contactos interinstitucionales, según la perspectiva de los referentes de las instituciones de albergue ubicada en la CABA.

En relación a las posibilidades de egreso y autovalimiento, los obstáculos identificados son:

- la falta de programas en la esfera pública orientados a la supervisión y acompañamiento familiar con perspectiva de egreso,
- la soledad institucional en la gestión de recursos para el egreso,
- la falta de programas de asistencia habitacionales,

- la falta de redes para la implementación de alternativas de acogimiento familiar,
- la falta de recursos económicos de las familias,
- la falta de dispositivos orientados a la capacitación para el trabajo de los/as jóvenes,
- las dificultades del sistema público para garantizar la inclusión y permanencia en ámbitos de tratamiento ambulatorio para el tratamiento de las adicciones (inclusive para los jóvenes desinstitucionalizados),
- el bajo nivel educacional de los jóvenes alojados en hogares, que opera como limitante para la inclusión laboral,
- la dilatación del tiempo de los expedientes (en caso de las adopciones)
- el trabajo desarticulado del sistema administrativo,
- la demora en el otorgamiento de recursos y de inclusión a los programas de asistencia de la CABA,
- la demora en la entrega de las becas para el egreso.

2.2.3. Acceso a la salud

2.2.3.1. Principales situaciones detectadas

Se observó que el nivel de medicalización de niños, niñas y jóvenes alojados en los dispositivos de ''atención convivencial'' es significativo **(40%).**

Es de destacar que, en el caso de estos dispositivos, los lineamientos de la Dirección General de la Niñez y Adolescencia, respecto de la conformación del equipo profesional, no establece como requerimiento la presencia de un profesional psiquiatra.

Asimismo, se observó que existe una clara coexistencia del sistema público y privado para la atención de la salud de los niños/as y adolescentes alojados en este tipo de hogares.

En cuanto a las prestaciones requeridas por estas instituciones de ''atención convivencial'' para la atención de la **salud mental,** se observó que se mantiene la tendencia de utilización combinada del sistema público y privado.

Sin embargo, se visualizaron algunas **características distintivas** entre los comportamientos institucionales frente a la atención de la salud mental, a saber:

- La atención provista únicamente desde el sistema privado y/o atendido exclusivamente por los profesionales de las instituciones de ''atención convivencial'', crece significativamente. Asimismo, disminuye la opción pública exclusiva para la atención de la salud mental.

· El déficit en el sistema público se incrementa en materia de atención de la salud mental.

2.2.3.2. Obstáculos

En términos de identificar dificultades para la efectivización del derecho a la salud, se detallan las ideas más sobresalientes:

· inexistencia de información consolidada acerca de la situación de salud de los niños, previo al ingreso al hogar (inclusive acerca de datos básicos como calendario de vacunación),
· saturación del sistema hospitalario,
· dificultad para la obtención de turnos y demoras para la atención efectiva,
· falta de respuesta para tratamientos de ortodoncia,
· falta de respuesta para la obtención de anteojos,
· falta de acompañantes hospitalarios,
· problemas para acceder a medicamentos en forma regular,
· los efectores públicos para la atención de la salud mental no cuentan con posibilidades de acompañamiento preventivo ni de respuestas sostenidas para tratamiento,
· alternancia de profesionales en el sistema público que obstaculiza la calidad de los tratamientos de atención de la salud mental,
· se atiende ''caso a caso'' careciendo de circuitos organizados con el órgano administrativo previsto como sistema de protección integral de derechos.

Asimismo, las **instituciones de ''atención especial''** ponen de manifiesto los **siguientes obstáculos:**

· graves deficiencias en el circuito SAME, lo cual obstaculiza la atención y resolución de las emergencias psiquiátricas,
· falta de camas en los hospitales de atención psiquiátrica,
· la salud mental no es entendida como un proceso integral,
· falta de respuestas preventivas,
· falta de continuidad en el tratamiento.

En la totalidad de los casos aparecen acciones propias de las instituciones para intentar ''resolver'' estos obstáculos; tales como recurrir a redes sociales y/o apelar a vínculos interpersonales; con resultados variables en términos de la resolución de los conflictos mencionados.

2.2.4. Acceso a la educación

2.2.4.1. Principales situaciones detectadas

Se observó que para la atención educativa, las instituciones relevadas **utilizan en un 83% a los efectores públicos,** en contraste con el abordaje de la salud que, como se mencionó en el punto anterior, prevalece la combinatoria del sistema público y privado.

En términos de escolarización de niños/as y jóvenes, se observó que el 42 % de las instituciones sostiene que la totalidad de niños/as y jóvenes albergados en edad escolar están escolarizados, en tanto **el 58% de las mismas manifestó contar con algún niño/a y/o joven en edad escolar, sin escolaridad al momento del relevamiento.**

Esta situación de no escolarización se suscita en las distintas modalidades institucionales de albergue.

Según los entrevistados, los motivos de la no escolaridad obedecen a las siguientes situaciones:

· El ingreso al hogar se produce ya iniciado el ciclo lectivo.
· Déficit de vacantes.

2.2.4.2. Obstáculos

Las siguientes contingencias son reconocidas institucionalmente como obstaculizadoras del derecho a la educación:

· falta de vacantes,
· falta de vacantes en jardines maternales,
· problemas de discriminación por la pertenencia a un hogar,
· problemas para efectivizar la inscripción en la escuela por falta de DNI,
· dificultades para logar la incorporación al sistema escolar, según la época del año en la cual se produce el ingreso a la institución,
· intentos de las escuelas de reducir la jornada escolar,
· resistencia de las escuelas para aceptar chicos con experiencia de vida en calle,
· desconocimiento por parte de las autoridades educativas acerca de la normativa vigente (ley 114, ley 26.061),
· deserción escolar de las adolescentes.

Si advertimos que la institucionalidad prevista por el Sistema de Protección Integral de Derechos de la Infancia de la CABA, creado a instancias de la Ley 114,

presenta los problemas críticos que mencionamos anteriormente, veremos que los mismos se constituyen en alertas insoslayables, que deben ser atendidas por el Estado local en forma inminente.

En este sentido, es preciso no perder de vista que las acciones encaradas por el Estado y las ONGs para la atención de la niñez y la juventud deben plantearse necesariamente en un marco de gestión corresponsable. Y es que la gestión, por definición, supone generar las condiciones técnicas, políticas e institucionales para dar respuestas, en este caso, a las problemáticas que afectan a la infancia y la adolescencia. El modo corresponsable implica, entonces, desarrollar e integrar una unidad de visión y acción, con clara direccionalidad, y supone, a su vez, la necesidad de plantear miradas estratégicas en las que prevención, tratamiento y evaluación de las acciones formen parte de un mismo proceso.

Podemos vislumbrar, a partir de los datos que surgen del relevamiento que, en la práctica, estos procesos devienen en ''partes'' inconexas y atomizadas, con una política pública que responde de manera imprecisa, desarticulada y deficitaria, frente a problemas múltiples y complejos.

2.2.5. Intervenciones de incidencia legislativa

Durante el año 2008 tuvo tratamiento parlamentario en la Legislatura porteña un proyecto de Ley sobre Condiciones de Habilitación y Funcionamiento de los Establecimientos u Organismos de Atención para el Cuidado de Niñas, Niños y Adolescentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El proyecto de ley establecía modificaciones al Código de Habilitaciones y Verificaciones, al Código de Planeamiento Urbano, y al Código de Edificación, con el fin de incorporar el rubro ''Hogar Infantil'', introduciendo una nueva definición y previendo distintas modalidades de funcionamiento, las cuales también define y caracteriza como Hogar Convivencial para Niños, Niñas y Adolescentes; Parador para Niños, Niñas y Adolescentes; Hogar Convivencial para Adolescentes embarazadas y/o madres y sus hijos; Convivencial de atención especializada para el tratamiento de situaciones o patologías complejas.

En el Anexo 3 obran las modificaciones que corresponden del Código de Habilitaciones y Verificaciones, pero también en este Anexo se han introducido cuestiones relacionadas con los objetivos, criterios de actuación y líneas directrices de trabajo, que opinamos debían introducirse en el cuerpo principal de la ley.

Este marco fue propicio para hacerle llegar a los legisladores las observaciones que la AGT tiene respecto de la política de albergue institucional con la intención de incidir en la regulación de aspectos generales relativos al cumplimiento de estándares mínimos para el funcionamiento y trabajo de las instituciones que alojan niños. En este sentido, se presentó un dictamen (ver anexo 4) cuyo cuerpo principal desarrollaba dos aspectos esenciales para comprender la dimensión del problema:

a) Las instituciones de albergue como respuesta excepcional, residual y de última instancia

La política pública prioritaria que debe asumir el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe estar conformada por aquellos planes, proyectos, programas cuyo objetivo sea el fortalecimiento del rol de la familia para la crianza y educación de los niños, niñas y adolescentes que la componen. Es un imperativo legal, previsto en el art. 4 de la ley 26.061 que establece como pauta para la elaboración de las políticas públicas de la niñez y la adolescencia, el fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

En esta lógica, se insistió en que los programas que ofrezcan albergue en hogares sólo pueden constituirse como una política excepcional y residual, por un tiempo muy breve y como mecanismo intermedio para lograr la vida en familia o bien, un proyecto de auto - valimiento.

b) El funcionamiento de los Hogares en el actual marco normativo de protección de derechos del niño

El funcionamiento de las instituciones se desarrolló históricamente sin reglas claras sobre las condiciones y principios que deben respetar para poder ser habilitados, y los objetivos y criterios legales que deben cumplir para poder funcionar.

Para ello, se insistió sobre la necesidad de no agotar la reforma en la regulación de las condiciones de habilitación, que siendo necesarias, no son suficientes.

En este sentido, se señaló que la actividad que despliegan los hogares debe estar sometida a un riguroso marco legal que establezca sus derechos, obligaciones, sanciones, control y fiscalización. Es el Estado local el que debe fijar las reglas, y las instituciones –públicas y privadas– son las que deben adecuar su labor a las mismas, no al revés.

Hasta el presente, la práctica institucional muestra que el Estado aprueba proyectos institucionales sin un marco legal específico que limite su discrecionali-

dad y que garantice un mínimo de calidad de las prestaciones y asegure el cumplimiento de los estándares legales previstos en la normativa superior.

Lamentablemente, no se logró consenso para la modificación del proyecto original, y en el mes de diciembre se sancionó la ley 2881, en base al proyecto de ley ya comentado. Esta ley regula las condiciones de habilitación y funcionamiento de los establecimientos u organismos de atención en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

El MPT realizará un seguimiento de la implementación de la ley y continuará trabajando conforme a los objetivos antes referidos.

Capítulo 3

Derechos económicos, sociales y culturales:

CONTROL SOBRE LOS PROGRAMAS E INTERVENCIONES SOCIALES.

Capítulo 3
Derechos económicos, sociales y culturales: control sobre los programas e intervenciones sociales.

· Historia · Normativa · Sobre la discordancia entre la legislación vigente y el cumplimiento efectivo de dichos derechos · Los derechos económicos, sociales y culturales en la agenda del MPT · Diagnóstico · Objetivos · Estrategias de la AGT.

El trabajo en los casos de reclamo individual por el acceso a programas sociales y a la asistencia adecuada

· Tareas del MPT · Acciones de orientación, seguimiento, reclamo, articulación y contralor desplegadas desde la AGT.

Las intervenciones colectivas y de incidencia estructural respecto de la política pública

· Seguimiento y vigilancia por parte del MPT del proceso de elaboración, discusión, sanción y ejecución del presupuesto de la Ciudad · Análisis del grado de avance del Gobierno de la Ciudad en el cumplimiento de los derechos vinculados con la infancia y la salud mental.

· Análisis y observaciones sobre la asignación y ejecución del gasto de políticas implementadas durante el período 2005-2008.

· Sobre las deficiencias del sistema de Protección Integral de Derechos de Infancia. El análisis del MPT sobre el retroceso del Gobierno de la Ciudad en el cumplimiento de los derechos a la vivienda, la alimentación, el ingreso y la educación.

· Acciones de incidencia estructural en materia de vivienda: el acceso a una vivienda digna y la garantía de condiciones de habitabilidad adecuadas para los habitantes de la Ciudad como principales ejes del trabajo del MPT durante el año 2008.

· Acciones colectivas: El caso ''El Cartón'' · Historia · Acciones del MPT ante la violación a los derechos de los habitantes del asentamiento · Logros alcanzados en materia de escolarización, higiene y seguridad.

· Intervenciones de incidencia en la normativa que regula programas sociales - El programa implementado por el Gobierno de la Ciudad ''Atención para Familias en Situación de Calle'' · Estrategias de incidencia del MPT en materia de política habitacional · El déficit habitacional como una de las prioridades en la agenda 2008 del MPT.

· El MPT y su trabajo de promoción y articulación con los actores que convergen en materia de derecho a la vivienda en la Ciudad.

· La descentralización de los servicios del MPT.

Capítulo 3
Derechos económicos, sociales y culturales: control sobre los programas e intervenciones sociales.

Los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) están consagrados en la Constitución de la Nación y en los tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional desde el año 1994, en particular, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño. También se encuentran en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la normativa local.

A pesar de su consagración, la realidad muestra que muchas personas, incluyendo especialmente a los niños y niñas, ven vulnerados estos derechos. Es decir que, a pesar de la existencia de la normativa, se evidencia una falta de acceso al servicio de salud, alimentación, educación y vivienda que sufren las personas más desaventajadas de la sociedad.

La vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales implica además una violación a la autonomía de las personas, la libertad y la igualdad, en virtud de que ambos tipos de derechos están interrelacionados.

Dada la gravedad de esta situación, y tal como se destacó en el informe anual 2007, uno de los ejes centrales de esta gestión es trabajar por el debido respeto, la protección y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños y las personas afectadas en su salud mental.

En este sentido, desde el MPT se pretende visibilizar tanto en el ámbito interno del Ministerio Público como en la agenda pública en general estos problemas sociales como una violación de los derechos humanos más fundamentales, así como fomentar distintos modos de intervención para garantizar el ejercicio de estos derechos por parte de los habitantes de la Ciudad, incluyendo entre ellos la utilización de la herramienta judicial.

En este contexto, los objetivos del trabajo del MPT son:

- en los casos particulares, incidir en la remoción de los obstáculos que impidan el efectivo acceso a los derechos
- a nivel estructural, **incidir en la agenda pública y en la planificación, diseño y gestión de los programas sociales, desde una perspectiva de derechos.**

Para alcanzar estos objetivos, durante el año 2008 se trabajó en los siguientes niveles de intervención:

- En casos individuales:

  a) Desde las primeras instancias y la AGT se interviene en los casos individuales donde se evidencia la arbitraria gestión de los programas sociales en materia de alimentación, educación, vivienda y acceso a la salud.

  b) Desde la AGT y las primeras instancias, se interviene en los casos judiciales de incidencia colectiva donde se verifica que, por acciones u omisiones de la

Administración, se afecta a un colectivo de niños, niñas y adolescentes o personas afectadas en su salud mental.

c) Desde la AGT, a través de la Adjuntía de Menores, se trabaja en el abordaje de la ley 534.

· En aspectos de incidencia colectiva y estructural

a) seguimiento de los programas sociales y la elaboración del presupuesto de la Ciudad,

b) realizando un seguimiento de la normativa en materia de derechos económicos, sociales y culturales,

c) a través de actividades de investigación, relevamiento, difusión y articulación en temas vinculados a derechos sociales.

3.1. El trabajo en los casos de reclamo individual por el acceso a programas sociales y a la asistencia adecuada

Parte del universo de atención del MPT se relaciona con los casos individuales de familias que, por arbitrariedad de la administración, no acceden a un programa social en materia de alimentación, vivienda o salud, o bien, han sido suspendidos de la asistencia, a pesar de que la situación social y económica que determinó el acceso al programa persista en el tiempo.

De este modo, las primeras instancias del fuero Contencioso Administrativo y Tributario actúan frente al reclamo de los habitantes brindando asesoramiento y soluciones extrajudiciales (donde orientan, asesoran y reclaman a la administración) y, en su caso, inician las acciones judiciales correspondientes, o bien, dictaminan en acciones iniciadas por terceros, siempre instando el respeto y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Durante el año 2008, las Asesorías de primera instancia realizaron 2310 intervenciones en expedientes judiciales. Asimismo, iniciaron 3 acciones judiciales individuales y 3 amparos colectivos en materia de salud y vivienda.

Respecto de las intervenciones extrajudiciales, se registran en las primeras instancias un total de 700 actuaciones, que involucran las siguientes materias:

- Cuestiones vinculadas a programas habitacionales transitorios y temas de vivienda en general: 174
- Cuestiones vinculadas a la asistencia alimentaria: 242
- Cuestiones vinculadas al acceso a la salud: 26
- Cuestiones vinculadas al acceso a la educación: 20
- Cuestiones vinculadas a subsidios no habitacionales: 200
- Otros: 38

Por su parte, la Asesoría General Tutelar continúa con el servicio de turno en días y horas inhábiles.[1]

Durante el año 2008 las consultas receptadas por el Turno ascendieron a la suma de ochenta (80). Su atención y abordaje consistió básicamente en prestar asesoramiento, exigir recursos, ordenar y controlar la intervención de los órganos administrativos o judiciales (según correspondiera) con el objetivo de agilizar y efectivizar la restitución del derecho vulnerado.

Coincidentemente con el año 2007, las consultas recibidas involucraron demandas relativas a:

- falta de recursos médicos, tales como respirador, Unidad de Terapia Intensiva (UTI) pediátricas, necesidad de traslados urgentes,
- necesidad de plazas psiquiátricas o plazas en lugares específicos y atención hospitalaria,
- necesidad de acompañantes hospitalarios para niños que se encuentran solos en los hospitales, por carecer de acompañante adulto,
- necesidad de dispositivos para la externación de niños en situación de calle, con alta médica y sin responsable adulto,
- necesidad de centros adecuados para la problemática de las adicciones,
- solicitud de autorizaciones para efectuar prácticas médicas invasivas,
- solicitud de consignas policiales en hospitales,
- por discrepancias médicas,
- solicitud de orden para internación psiquiátrica,
- comunicación de pacientes que se retiran sin alta médica,
- comunicación de fugas de comisarías u hospitales,
- por cuestiones habitacionales.

En muchos de los casos pudo observarse las siguientes constantes, que constituyen obstáculos a la hora de facilitar los canales para el acceso a los recursos necesarios:

1 Una importante vía de intervención cotidiana a través de la realización de acciones dirigidas a la protección de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y de las personas mayores de edad afectadas en su salud mental consiste en el Turno de la AGT.

Mediante una línea telefónica habilitada los 365 días del año, las 24 horas diarias, se receptan las consultas y se despliegan diferentes acciones que, desde una perspectiva de derechos, instituye a la AGT como un órgano de inmediato reclamo e interpelación a los distintos responsables institucionales para que, en cada caso concreto, se remuevan los obstáculos y se garantice el acceso al derecho que se ve vulnerado.

- falta de respuesta ágil y adecuada por parte de la Guardia Permanete de Abogados del CDNNyA, ya sea por no dar respuesta al efector consultante o bien por dar intervención a la AGT sin haber agotado antes todas las posibilidades existentes en la propia administración
- falsa creencia en los efectores de salud, especialmente de salud mental, de la necesidad de requerir la intervención judicial para resolver más rápidamente la emergencia
- desinteligencias o desacuerdos entre los propios efectores de salud respecto del diagnóstico y tratamiento médico que requiere el caso.

La difusión y la publicidad de la existencia de este dispositivo de intervención han traído como consecuencia que durante el año 2008, y en relación al año anterior, el espectro de actores sociales que ha realizado las consultas receptadas se vea ampliado. En este sentido, no se comunicaron a la línea de atención solamente los propios efectores de salud y los profesionales del Consejo de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, a través de la Guardia Permanente de Abogados, sino que también lo hicieron los profesionales del SAME y de otras áreas del Consejo de Derechos. Asimismo, se recibieron consultas del personal de comisarías e inclusive de funcionarios de fiscalías de turno. Del mismo modo, se han comunicado miembros de ONGs y del Programa Puentes Educativos del Ministerio de Educación.

Cabe destacar que durante el año 2008 se han resuelto el 50% de los casos receptados mediante esta vía con la intervención directa de la Asesoría General Tutelar. A tales efectos, se desplegaron acciones de asesoramiento, seguimiento, exigencia, articulación, contralor e inclusive actuación urgente y presentación judicial, a los efectos de la remoción de obstáculos con la finalidad de lograr la restitución de derechos. Asimismo, **en el mes de junio de 2008 resultó indispensable iniciar una acción judicial de amparo para lograr el acceso a la atención de la salud de un niño de 12 años de edad que había sufrido un grave accidente**[2]**. Dicha acción judicial fue tramitada ante la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, debido al planteo efectuado por la Guardia del Consejo, obteniendo con ella un resultado restaurador de los derechos seriamente amenazados.**

El resto de los casos corresponden a llamadas erráticas, es decir, donde sólo medió orientación o derivación a otros operadores sociales, generalmente por la falta de competencia de la AGT para intervenir en dichos planteos.

2 ''Asesoría General Tutelar c/ GCABA s/ Medida Cautelar''.

Mediante el siguiente cuadro comparativo se pueden observar las consultas receptadas en ambos períodos de funcionamiento del Turno: *ver Tabla 3*.

Por último, la AGT, a través de la Adjuntía de Menores, interviene en el marco de la ley 534, a fin de remover los obstáculos para el oportuno y debido acceso a la salud del niño recién nacido.[3]

En el marco de la ley 534 y su modificatoria 1808 la adjuntía de menores de la AGT trabaja en forma extrajudicial para asegurar la concurrencia de los recién nacidos con sus madres o responsables al hospital público o maternidad en donde hubiere nacido el niño/a para la determinación de aquellas enfermedades metabólicas congénitas y la eventual inclusión en tratamiento del bebe de comprobarse la existencia de la enfermedad.

Debe destacarse que la modificación introducida por la ley 1808 amplió las obligaciones del GCBA: en lo que refiere al compromiso de la realización del diagnóstico y detección de las patologías neonatales, se suma la prestación del tratamiento médico necesario en forma gratuita.

La adjuntía de menores trabaja en forma articulada con el Consejo de Derechos para colaborar en un circuito externo al servicio de salud en la búsqueda de la recitación madre-hijo para su concurrencia al hospital, con la finalidad de hacer efectivo el objetivo de prevención establecido en la ley. El objetivo principal en esta estrategia articulada es concretar la posibilidad de que las madres de los recién nacidos concurran al hospital para realizar el estudio pertinente.

En el caso de la adjuntía se estableció un circuito mixto para la intervención, originándose en alguna de las búsquedas de la madre y su hijo recién nacido requerimientos formales al RENAPER, a la Dirección General del Registro Civil y Capacidad de las Personas, a la Cámara Nacional Electoral, al Padrón para Extranjeros del TSJ, a la Sección Seguridad y Enlace con el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires de la Policía Federal Argentina y otros requerimiento de carácter informal. El trabajo de la adjuntía se pone en marcha una vez que el Consejo de Derechos remite la búsqueda por haber obtenido un resultado infructuoso.

Durante el año 2008 la adjuntía intervino en 24 casos. En el trabajo realizado, ha podido observar la ausencia de datos útiles[4] que se vuelcan en los pedidos de-

3 La información sobre estas intervenciones surge del informe de trabajo remitido por la Dra. María de los Ángeles Baliero de Burundarena a la Asesora General Adjunta de Menores de la AGT.

4 Es sabido que la responsabilidad del llenado completo de los datos maternos y del recién nacido que exige la tarjeta de envío de la muestra de sangre extraída del talón del niño al nacer, a saber: nombre, apellido, documento, domicilio, edad, nacionalidad,(datos maternos) es del profesional que firma el certificado de nacimiento del recién nacido. Es infrecuente encontrar un pedido de búsqueda con estos

Tabla 3: consultas receptadas en ambos períodos de funcionamiento del Turno.

Solicitud	**2007**	**2008**
Traslados hospitalarios	10 (20, 83%)	2 (2,5%)
Plazas psiquiátricas	8, (16,6%)	19 (23, 75%)
Plazas en hospital específico	0	1 (1, 25%)
Acompañante hospitalarios	2 (4,1%)	5 (6, 25 %)
Comunicación de internación psiquiátrica	1 (2,08%)	2 (2, 5%)
Comunicación de egreso sin alta médica	0	3 (3,75%)
Discrepancias médicas	2 (6,25%)	1 (1, 25%)
Unidades Pediátricas de Terapia Intensiva	1 (2, 08%)	16 (20%)
Solicitud de atención hospitalaria	0	3 (3, 75%)
Autorización para realizar prácticas médicas	7 (14,58%)	13 (16, 25%).
Consigna policial	2 (6, 25%)	1 (1, 25 %)
Centro para Adicciones	1 (2,08%)	1 (indirectamente) (1, 25%)
Programa niños en calle	5 (10,41%)	0
Violaciones	3 (6,25%)	0
Fortalecimiento familiar	3 (4,1%)	0
Cuestiones habitacionales	0	7 (8, 75%)
Otras	0	7 (8, 75%)
Casos resueltos satisfactoriamente	**13 (27,8%)**	**40 (50%)**

rivados del Consejo. También es una preocupación del Consejo esta circunstancia por entender que los servicios de obstetricia no toman los datos necesarios de la madre del recién nacido para una eventual citación exigida por la ley 1808.

La experiencia en estas intervenciones permite definir los siguientes nudos como obstáculos a la hora de hacer efectivos el derecho al acceso, la protección de su salud de los niños recién nacidos, y la obligación del GCBA de cumplir con su rol preventivo y de asistencia, en los casos que así se requieran.

- **Deficiente toma de datos por parte de los Servicios de Obstetricia.**

La deficiente toma de datos dificulta en gran medida la posterior recitación para la ubicación de una familia. Consiguientemente, se pierde mucho tiempo en su recolección, si es que hay datos, por parte de los diferentes organismos, resultando en varias oportunidades imposible la localización debido a la nula información recabada en esta instancia.

- **Circuitos de intervención poco definidos y falta de comunicación entre las partes intervinientes.**

No resulta claro el circuito de intervención en el programa de pesquisa. En caso de resultar alto el índice de alguno de los estudios de la pesquisa, el laboratorio se debe comunicar con la familia. Si el grupo familiar no responde al primer llamado, se convoca al Servicio Social a través del formulario de Recitación Externa. Este inicia la recitación por medio de un Telefonograma, siendo el tiempo de respuesta tolerable apenas 7 días. Transcurrido dicho plazo, se da intervención al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Si no se logra la Recitación, se derivan los requerimientos a la Asesoría General Tutelar Adjunta de Menores[5].

Para evitar dichas superposiciones de tareas, desde la Asesoría General Adjunta de Menores, se libran oficios a los Hospitales intervinientes y/o se establecen visitas y/o comunicación telefónica con los laboratorios, dado que es mucho más rápida por su utilidad esta vía, a través de la cual se da aviso sobre la localización de la familia y la información que se le ha otorgado.

requisitos indispensables para luego ubicar a la madre para la devolución de resultados, en caso de incomparecencia al hospital.

5 Sin embargo, en la práctica, se superponen las acciones y medidas entre los Laboratorios, Servicios y la AGAM. A modo de ejemplo, hemos estado trabajando en la localización de un grupo familiar, y cuando lo hallamos, éste nos informa que ha estado concurriendo al Servicio Social y que estaba cumpliendo con el tratamiento indicado. El Servicio Social no nos había dado aviso de ello.

· **Falta de información a los profesionales médicos que asisten partos sobre la importancia de completar correctamente la tarjeta con la muestra hemática del bebé. Falta de información sobre el formulario de recitación.**

3.2. Las intervenciones colectivas y de incidencia estructural respecto de la política pública

3.2.1. Intervención transversal a todos los derechos sociales: el seguimiento del presupuesto de la Ciudad

El Presupuesto Público constituye la herramienta por excelencia para poder conocer y monitorear los criterios de diseño, planificación y ejecución de las políticas públicas de los Estados. El estado de avance de la política social y del cumplimiento de los derechos sociales no puede analizarse ni vigilarse al margen de la Ley de Presupuesto y las Cuentas de Inversión al finalizar cada año.

Los Presupuestos son una declaración de prioridades de una comunidad, y los medios que el Gobierno utiliza para proveer las necesidades básicas relacionadas con los Derechos Humanos. En este sentido, existen acuerdos que limitan a los gobiernos en la forma en que deben asignar recursos públicos. **Los gobiernos están obligados, por los Tratados Internacionales,**[6] **a avanzar progresivamente hacia el efectivo cumplimiento de los derechos económicos** (derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo y al ingreso), **sociales** (derecho a la seguridad social, a la salud física y mental) **y culturales** (derecho a la educación y los derechos de grupos minoritarios).

El cumplimiento de esta obligación concreta, que asumió el Estado Argentino, puede medirse, entre otros, por tres parámetros: a) la obligación de *no retroceder* en su cumplimiento, b) la obligación de *utilizar el máximo de los recursos disponibles* (la falta de recursos, por sí misma, no es justificación legal para no proveer las necesidades básicas), c) la obligación de *no violar derechos implícitamente* (cuando un número significativo de individuos de un Estado Miembro no tenga cubiertas sus necesidades esenciales, se considerará que el Estado está fallando con el

6 Entre los Acuerdos más importantes se destacan: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). El contenido de estos acuerdos ha sido desarrollado a través de comentarios emitidos por el Comité DESC, por el Comité de los Derechos del Niño y a través de sentencias judiciales.

cumplimiento de las obligaciones acordadas). Asimismo, el Estado asume la obligación de garantizar una especial protección a los grupos sociales más vulnerables, entre ellos, los niños y niñas; destinando mayores recursos para el resguardo y respeto de sus derechos.

En este entendimiento, la AGT se planteó como estrategia trasversal a todas sus áreas de competencia e incidencia, el seguimiento y vigilancia del proceso de elaboración, discusión, sanción y ejecución del presupuesto de la Ciudad. Ello, con el objetivo de analizar el grado de avance del Gobierno de la Ciudad en el cumplimiento de los derechos vinculados con la infancia y la salud mental (el derecho a la vivienda, el derecho a la alimentación, el derecho al ingreso y el derecho a la educación).

A partir del trabajo realizado durante el año 2008, la AGT llevó adelante un análisis sobre la asignación y ejecución del gasto de diversas políticas implementadas durante el período 2005-2008 y presentó un documento crítico (Ver Anexo 5) en la Legislatura de la Ciudad, antes de que se sancionara el presupuesto 2009, con la intención de incidir para lograr una asignación de recursos más propicios para la implementación de políticas que redunde en un mayor grado de protección de los derechos de los niños y personas con padecimiento en su salud mental.

3.2.1.1. Modificaciones en los diseños presupuestarios y en la presentación de las metas físicas

· Se observa en la mayor parte de los programas sociales analizados una modificación estructural del diseño presupuestario, especialmente a partir del año 2007, que transforma a los Programas en Actividades o Proyectos. La consecuencia directa de dicho diseño presupuestario es la ausencia de metas físicas identificables que resultan imprescindibles para evaluar el avance o retroceso del Estado en materia de derechos humanos. A su vez, las metas físicas que pueden identificarse en todo el período para determinadas políticas no presentan la misma forma de medición (algunas están calculadas para algunos años como promedio y para otros como suma).

· Por otro lado, las modificaciones introducidas sobre el diseño presupuestario a lo largo de los años también influyen en el análisis y seguimiento de las políticas públicas. La nomenclatura de los programas sufre variaciones, al igual que su ubicación dentro del presupuesto; hay una falta de continuidad de Unidades Ejecutoras y de los Programas, y algunas políticas directamente no pueden identificarse en el presupuesto por el bajo nivel de desagregación con el que se presentan.

3.2.1.2. Las deficiencias del sistema de Protección Integral de Derechos de Infancia

De la evaluación sobre las asignaciones presupuestarias a los órganos encargados de la Promoción de las políticas de Infancia en el marco de la Ley 114, se desprende la preocupación por la retracción de la cantidad de niños y niñas asistidas por el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a través de sus programas, y la falta de fundamentos y de definición de contenidos de las políticas de internación o alojamiento de niños en hogares y de privación de libertad de menores en conflicto con la Ley Penal. La ausencia de explicaciones sobre criterios de diseño y distribución de partidas a determinadas áreas de la Dirección de Niñez dificultan seriamente la evaluación sobre la definición de estrategias de intervención.

Sin perjuicio de ello, han podido observarse criterios de asignación del presupuesto que fortalecen una institucionalidad y planificación programática propia del patronato. A título de ejemplo, se observa una amplia diferencia en los montos asignados para cada Programa dentro de la Dirección de Niñez. Por un lado, aproximadamente el 50% del presupuesto general de la Dirección se destina al Programa Atención de Niñez y Adolescencia en Situación de Vulnerabilidad Social que consiste, en su mayor parte, en políticas de internación o alojamiento de niños en hogares propios o conveniados; y por otra parte, el Programa Fortalecimiento de Vínculos, que se encarga de la generación de estrategias para evitar la institucionalidad o posibilitar el egreso de instituciones, sólo participa de un 5% de la asignación total de la Dirección de Niñez.

Esta disparidad de atención presupuestaria no cuenta con ningún argumento que la fundamente y que explicite las razones de dar prioridad a las políticas que promueven el antiguo modelo de patronato, caracterizado por la separación de los niños en situación de vulnerabilidad social de sus familias para su internación en institutos o lugares que prestan servicios de albergue.

3.2.2. El retroceso del Gobierno de la Ciudad en el cumplimiento de los derechos

A través del análisis realizado puede observarse un retroceso del Estado en el efectivo cumplimiento de determinados derechos, que implica una clara violación a los compromisos constitucionales asumidos por la Ciudad.

- Se observa un retroceso del Estado en materia de **derecho a la vivienda** (tanto desde las políticas habitacionales transitorias como las definitivas). La disminución progresiva de la asignación presupuestaria destinada a paradores, a subsidios para familias en situación de calle, al programa de Emergencia Habitacional y especialmente a políticas de urbanización de villas implica una clara violación a los compromisos básicos asumidos en materia de derechos por la Ciudad. Esta falta de prioridad presupuestaria va en concordancia con la sanción de normas de carácter regresivo en materia de derecho a la vivienda, y con la falta de asignación presupuestaria para el cumplimiento de sentencias judiciales relativas al derecho a la vivienda.

- Se observa también el retroceso del Estado en el **derecho a la alimentación,** en tanto disminuye la cantidad de familias pobres asistidas por los programas de asistencia alimentaria. Esto sucede a pesar de que la Ciudad aumenta año tras año la asignación presupuestaria al Programa de Ciudadanía Porteña, que mantiene cerrada su inscripción desde el año 2006. A su vez, se observa una abrupta reducción del presupuesto destinado a los Comedores Comunitarios en el año 2008, a pesar de haber un incremento pronunciado del índice de precios.

- También en lo que respecta al **derecho al ingreso,** a través del Programa Nuestras Familias se comprueba una pronunciada reducción en la asignación presupuestaria a más de la mitad para el 2009 respecto del 2008.

- Finalmente, respecto al **derecho a la educación** se comprobó una histórica desigualdad en la distribución de recursos para infraestructura escolar hacia las zonas más pobres, que va en sentido contrario de la clara obligación que tiene la Ciudad de promover un trato privilegiado hacia los grupos más vulnerables.

3.2.3. Acciones de incidencia estructural en materia de vivienda

La precariedad o falta de vivienda adecuada es una de las manifestaciones más evidentes de la situación de exclusión social de los sectores más desaventajados, donde niños, niñas y adolescentes son siempre protagonistas.

Es por esta razón que, tanto la exigencia del derecho a acceder a una vivienda digna, como el reclamo por el respecto de condiciones de habitabilidad adecuadas para los habitantes de la Ciudad, se constituyeron en los principales eje de trabajo de la AGT durante el año 2008.

3.2.3.1. Acciones colectivas; El caso "El Cartón"

Los habitantes del asentamiento denominado "El Cartón", ubicado inicialmente en bajo la autopista AU 7, denunciaron, desde el año 2006, las pésimas condiciones de habitabilidad que padecían y la correspondiente vulneración a sus derechos más fundamentales. Ante estas denuncias, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, así como también la Asesoría del Primera Instancia Nº 1, tomaron intervención en el caso.

Frente a la vulneración de sus derechos, la Ley Nº 1987, que tiene como objeto satisfacer la demanda de viviendas sociales definitivas en general, establece la prioridad de entrega para la totalidad de las familias habitantes del Cartón.

En las condiciones de vulnerabilidad total que sufrían los habitantes del asentamiento, el 8 de febrero de 2007 acaeció un incendio que tuvo como consecuencia la destrucción casi total del establecimiento.

Como consecuencia de ello, en febrero de 2007 se sancionó el Decreto Nº 274/07 mediante el cual se creó el "Programa de Ayuda" destinado a la asistencia de personas y grupos familiares damnificados por el incendio, que prevé el otorgamiento de subsidios.

Además de ello, las familias damnificadas por el incendio fueron trasladadas a distintos centros de evacuados, y, en un primer momento, al predio del Parque de la Ciudad. Seguidamente se dispuso el traslado de los damnificados a las viviendas transitorias, ubicadas en el predio del Parque Roca.

El Centro de Evacuados tampoco cumple con las condiciones adecuadas de habitabilidad, por lo que la violación a los derechos de los habitantes del asentamiento siguió produciéndose aún en el lugar brindado por el propio Gobierno de la Ciudad para la auxilio de estas personas.

Como consecuencia de todo ello, y como ya hemos mencionado en el informe anual del 2007, el día 20 de julio de 2007 la AGT inició una acción de amparo junto con diversos actores que se presentaron con el patrocinio letrado del Defensor de primera instancia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, Fernando Lodeiro Martínez, y el Asesor de primera instancia del mismo fuero, Dr. Gustavo Moreno.

Esta acción se dirigió contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Instituto de la Vivienda, a los fines de obligar al Gobierno a cesar con su omisión de otorgar viviendas sociales definitivas a la totalidad de familias habitantes del ex Asentamiento AU 7, también denominado Villa "El Cartón", de conformidad con lo establecido en la Ley 1987. Este amparo tramita ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 de la Ciudad.

Como medida cautelar, se solicitó que mientras dure la tramitación de las actuaciones y hasta que se provean las viviendas definitivas contempladas en la Ley Nº 1987, se arbitren de manera urgente las medidas pertinentes para garantizar adecuadas condiciones de seguridad, higiene, infraestructura, educación, alimentación y salud de las personas, en especial aquellas menores de edad, que se encuentran allí alojadas.

Durante el transcurso del proceso judicial se dictaron numerosas resoluciones cautelares a los efectos de proteger los derechos más fundamentales de los habitantes del Centro de Evacuados. En este sentido, la Asesoría General, junto con la Asesoría de primera instancia y los restantes actores, impulsaron las medidas necesarias para lograr el cumplimiento de estas resoluciones a efectos de que se mantengan condiciones dignas de habitabilidad y respeto a los derechos fundamentales hasta tanto se otorguen las viviendas sociales definitivas. En este sentido, se consiguió la escolarización de la totalidad de los niños que habitan en el asentamiento y la instalación, cada vez que fue necesario, de servicios públicos básicos como el agua potable, higiene, seguridad, entre otros.

El incumplimiento de la atención médica permanente ha sido denunciado por la Asesoría General Tutelar y la de primera instancia, especialmente frente al hecho trágico acaecido el 14 de agosto, en el que falleció un niño de sólo cuatro meses. Ante este caso, se llevó a cabo, en el proceso judicial, una audiencia en la que la AGT participó junto a los restantes actores. Los funcionarios del Gobierno de la Ciudad no se presentaron a la audiencia y quienes participaron desde la Procuración General no brindaron explicación alguna sobre el hecho.

El 05 de mayo de 2008 el juez de la causa dictó sentencia haciendo lugar al amparo, ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que dé cumplimiento cabal a las prescripciones de la Ley 1.987 (modificada por la Ley 2.271), otorgando viviendas sociales definitivas a los núcleos familiares involucrados en dicha ley. La resolución también ratificó la vigencia de la medida cautelar dictada en el incidente caratulado "Martínez María Ester y otros contra Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros sobre Procesos incidentales" en tanto dispone la clausura del Centro de Evacuación y la puesta a disposición de los subsidios correspondientes.

El Gobierno de la Ciudad apeló la sentencia y la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario la confirmó en diciembre de 2008.

La sentencia definitiva ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a dar cumplimiento a las disposiciones de la ley 1987, y, en consecuencia, otorgar viviendas sociales definitivas a los núcleos familiares alcanzados por sus disposiciones.

Además, establece que se deberá realizar un acuerdo para la reubicación de los habitantes del asentamiento, estableciendo para ello la obligación de ofrecer hoteles u otros ámbitos que reúnan condiciones de habitabilidad, dignidad y seguridad adecuadas, o de poner a disposición un subsidio suficiente para satisfacer las necesidades básicas de vivienda.

Finalmente, la resolución ordena el cierre definitivo del centro de evacuados toda vez que no cumple con las condiciones mínimas de higiene, seguridad y habitabilidad.

Esta resolución no fue apelada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La Asesoría General Tutelar y la Asesoría de primera instancia, junto con los demás actores del proceso, impulsarán la ejecución de esta sentencia en el transcurso del año entrante.

El proceso de ejecución de la sentencia será sumamente complejo; respecto de las viviendas sociales definitivas, lo será por la dimensión de familias afectadas.

Además de ello, se presentan diversos obstáculos en razón de que la construcción de las viviendas aún no está concluida, y la demora es preocupante. La complejidad, en este sentido, se advierte dado que existen muchos organismos públicos y privados involucrados en este proceso de construcción, entre ellos, el Gobierno Nacional, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a través del Instituto de la Vivienda de la Ciudad, así como también la Fundación Madres de Plaza de Mayo.

Por su parte, el proceso de reubicación de las familias también será arduo, no sólo por la cantidad alcanzada, sino también, por la necesidad de determinar con precisión cuál será el modo adecuado para garantizar sus derechos. Esta complejidad ya fue advertida por la Cámara del fuero en tanto dispuso la necesidad de que se lleve adelante a través de un acuerdo entre los actores.

El proceso de ejecución se encuentra en pleno trámite, y será impulsado desde la Asesoría General Tutelar a través de una estrategia conjunta con los restantes actores que intervienen en la acción judicial.

3.2.3.2. Intervenciones de incidencia en la normativa que regula programas sociales – El decreto 960/08.

Frente a la crisis habitacional expresamente reconocida en la Ciudad de Buenos Aires, desde el Poder Ejecutivo se han implementado distintos programas de emergencia que incluyeron desde el alojamiento de las familias en hoteles hasta la entrega de subsidios habitacionales.

De esta forma, en el año 2006 el Gobierno de la Ciudad creó, mediante el Decreto 690/06, el programa ''Atención para Familias en Situación de Calle'', que consiste en la entrega de subsidios y la orientación a las familias en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.

La gestión de este programa ha resultado, en la práctica, sumamente ineficiente para dar respuesta al problema de emergencia habitacional. De hecho, numerosas familias debieron presentarse ante el Poder Judicial en reclamo de su derecho a la vivienda adecuada.

En este ámbito, los jueces han dictado reiteradas resoluciones que permitieron amparar este derecho más allá de los límites que en el Poder Ejecutivo imponía en la implementación. A modo de ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad dispuso la continuación del subsidio más allá de los plazos legales en los casos en que persiste la situación de emergencia y el Poder Ejecutivo no cumple con su obligación de orientar a las familias para obtener una solución definitiva al problema.

A pesar de la deficiente implementación del programa, y la necesidad de recurrir a la justicia en los casos concretos, lo cierto es que este programa habitacional, asistencial, focalizado y transitorio, es la única oferta existente para hacer frente a la emergencia habitacional.

En el marco del seguimiento de los programas habitacionales, se conoció que el Poder Ejecutivo sancionó el Decreto 960/08, modificatorio del decreto 690/06. Si bien, el nuevo decreto actualiza los montos de los subsidios, introduce diversas reformas que implican retrocesos en la política habitacional de emergencia, destinada a proteger el derecho a la vivienda adecuada y nivel de protección del acceso a la vivienda de los sectores más vulnerables.

Estas modificaciones resultan inconstitucionales en razón de vulnerar el principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos que está garantizado en la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución de la Ciudad.

Este decreto elimina el objetivo de brindar orientación a las familias en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional y limita su intervención a una atención parcial, más focalizada, y por ello, decididamente regresiva.

Además, reduce la población destinataria del subsidio, ya que requiere que la situación de calle sea efectiva y comprobable, y elimina el acceso al programa de quienes, por cualquier causal, se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle. De este modo, el Estado exige la producción del daño en lugar de actuar de manera preventiva tal como lo disponía la norma anterior.

También el Decreto 960/08 incluye mayores requisitos de accesibilidad al programa y restringe los posibles destinos del beneficio. Finalmente, algunas normas

otorgan un marco de discrecionalidad absoluta a la Administración, generando inseguridad jurídica de los potenciales asistidos y vulneración al debido proceso.

El Poder Judicial cuenta con atribuciones claras para declarar la inconstitucionalidad de las normas en cuestión a través del ejercicio de su función como órgano de contralor de la legalidad y razonabilidad del accionar del Poder Administrador. En este marco, la prohibición de regresividad de las leyes constituye uno de los criterios rectores que el Poder Judicial debe aplicar.

Si bien es cierto que el diseño de las políticas públicas excede el marco de su competencia, cuando a través de la ejecución de programas se vulneran los derechos de las personas, el Poder Judicial es el órgano encargado de controlar las medidas adoptadas y proteger los derechos que se encuentran en juego. Esto implica que, más allá de la oportunidad, mérito, o conveniencia que se haya tenido en cuenta para el dictado de las políticas, si éstas no son razonables, en tanto son regresivas, el Poder Judicial puede realizar un estudio de compatibilidad y declarar la inconstitucionalidad de las normas que se encuentren cuestionadas.

En consecuencia, el 26 de septiembre de 2008 la Asesoría General Tutelar presentó una Acción Declarativa de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ver Anexo 6), solicitando se declare la inconstitucionalidad de las normas mencionadas.

Esta acción constituye una estrategia de incidencia directa en la política habitacional, con la intención de que, mientras no existan soluciones más estructurales y estables, y se mantenga la crisis habitacional, el GCBA se abstenga de reducir su obligación de asistencia, poniendo a los afectados en peor situación que la actual.

La acción se encuentra en pleno trámite judicial. El Fiscal General, sin perjuicio de dejar a salvo su oposición respecto al fondo de la cuestión debatida, emitió dictamen a favor de la admisibilidad de la acción.

El 3 de diciembre de 2008, el Tribunal Superior de Justicia declaró admisible la Acción Declarativa de Inconstitucional interpuesta respecto de las normas impugnadas por regresivas en la protección del derecho a la vivienda.

Este proceso encuentra en pleno trámite, y será impulsado por la AGT en el año entrante.

3.2.4. Proyecto de descentralización de la atención de la AGT. La descentralización de los servicios de la AGT

A partir del trabajo realizado durante el año 2008, evaluamos como necesaria la construcción de mecanismos de descentralización de la intervención del MPT con la finalidad de fortalecer el constante seguimiento y monitoreo del funcionamiento de los programas sociales de la Ciudad. En este marco, la AGT se encuentra trabajando en un proyecto de descentralización de la atención con el propósito de llegar a las zonas con mayores índices de vulneración de los derechos sociales durante el año 2009.

3.2.3.3. Actividades de relevamiento y difusión

Luego de haber definido el déficit habitacional como una de las prioridades en la agenda 2008 del MPT, la AGT comenzó un proceso de relevamiento con la intención de actualizar el estado de la cuestión en términos de descripción de la problemática.

En este proceso, la Asesoría General Tutelar y el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de Estudios Legales y Sociales, articularon esfuerzos y realizaron un trabajo de investigación, que culminó con la elaboración de un documento denominado "Infantilización del déficit habitacional: una temática invisible". (ver anexo 5).

El objetivo principal de la confección de este documento fue *dar cuenta del "estado del arte" de la situación habitacional en la Ciudad, a partir del rastreo de fuentes secundarias –estadísticas e informes oficiales, estudios y resoluciones de organismos de control, análisis provenientes del ámbito académico, de los medios de comunicación y documentos provenientes de organizaciones de la sociedad civil–. En este sentido, los datos relevados no son exhaustivos respecto de la realidad de referencia, sino que sólo indican las líneas generales que caracterizan el fenómeno, agrupando en su interior datos de diversa actualidad, calidad, consolidación y representatividad.*

En el mes de diciembre de 2008, junto al CELS, se convocó a distintos actores que trabajan en la temática de vivienda de la Ciudad de Buenos Aires, a efectos de difundir los datos explorados, y con el objeto de iniciar un proceso que genere innovación de estrategias de mejor y mayor incidencia en la formulación y gestión de las políticas habitacionales de la Ciudad[7].

A estos fines, se plantearon como objetivos de la reunión los siguientes:

7 Participaron de este encuentro el CELS, la Asesoría General Tutelar, el Fiscal General, Germán Garavano; la Jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, Fabiana Scchafrik; los legisladores de la Ciudad Facundo Di Filippo y Martín Hourest; la Presidenta del Consejo de Derechos de Niños y Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Jessica Malegarie; la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y la encargada del Área de Derechos Sociales, Alicia Pierini y Silvina Penella, respectivamente; el Defensor Oficial en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Fernando Lodeiro Martínez; la responsable de la producción de los datos para el informe, Karina Kalpschtrej; y representantes del Programa Sueños Compartidos de la Fundación de las Madres de Plaza de Mayo, de la

- convocar a todos los actores que trabaja en el tema de vivienda de la Ciudad de Buenos Aires;
- promover la articulación de esfuerzo para incidir en la política habitacional. Analizar el impacto del déficit habitacional en la niñez.

A partir de este encuentro se propuso la continuación del espacio generado y la discusión de una agenda conjunta para avanzar en este tópico, a partir de diversos temas que surgieron del debate.

Como línea de acción inmediata y en virtud de la urgencia del caso, se acordó la presentación conjunta de una **nota dirigida al Jefe de Gobierno a los fines de solicitarle que no vete la emergencia habitacional recientemente sancionada por la Legislatura. En consecuencia, el 30 de diciembre de 2008 se remitió una nota al Jefe de Gobierno solicitando que evalúe y considere las consecuencias negativas que provocaría un eventual veto por parte del Poder Ejecutivo a la Ley 2.973,** norma que modifica la Ley 1408 de emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires. Asimismo, se le manifestó la preocupación a un proyecto de ley en discusión en la Legislatura, cuya aprobación puede tener como consecuencia una fragmentación de las políticas habitacionales para la Ciudad.

La nota fue suscripta por muchas de las organizaciones y representantes que participaron de esta jornada, incluidas la Asesoría General Tutelar, el CELS, CIBA, entre otros.

Las reuniones continuarán el año próximo, con el objeto de fijar una agenda común de trabajo entre los actores.

Sindicatura de la Ciudad de Buenos Aires, de la Coordinadora de Inquilinos de Buenos Aires, del MOI de la Central de Trabajadores de Argentina y del despacho del Legislador Cabandié, entre otros.

Capítulo 4

SALUD MENTAL Y DERECHOS HUMANOS.

Capítulo 4
Salud Mental y Derechos Humanos.

· El MPT y su abordaje de la salud mental desde una perspectiva de derechos humanos · Estrategias de intervención en la agenda del Gobierno de la Ciudad.

· Acciones de incidencia estructural

· El monitoreo del cumplimiento de la ley 448 · Sobre la importancia de viabilizar y sostener un proceso de desmanicomialización que provea alternativas a la internación.

· El control de las instituciones de albergue terapéutico y tratamiento de la salud mental durante el año 2008 · Visitas a hogares · Control de las condiciones de internación y del estado de los derechos de las personas menores de edad internadas.

· La AGT: relevamiento y análisis de la situación de las personas con padecimientos en su salud mental alojadas en instituciones de residencia (geriátricos) · Visitas institucionales.

· Participación de la AGT en encuentros y reuniones con otros actores sociales: el tratamiento de la salud mental desde una perspectiva de derechos.

· Intervenciones de incidencia en el tratamiento de los casos individuales: una prioridad para el MPT · La influencia de las condiciones socioeconómicas en la permanencia de menores en instituciones psiquiátricas · Intervenciones de la AGT en casos de internaciones psiquiátricas de niños · Seguimiento.

Capítulo 4
Salud Mental y Derechos Humanos.

El MPT aborda el tema de la salud mental desde una perspectiva de derechos humanos.[1] En este contexto, desde el año 2007, la AGT se planteó los siguientes objetivos en el marco de sus intervenciones:

- incidir en la agenda de Gobierno para que la política de salud mental sea pensada, diseñada planificada y gestionada desde una perspectiva de derechos.
- incidir para que, en el tratamiento de cada caso particular, se aprehendan y hagan aplicables los límites y fines del derecho de los derechos humanos que el caso merece.

Estos objetivos se persiguen a través de las siguientes estrategias de intervención.

a) Monitoreo y control de la política pública de salud mental en la Ciudad

b) Articulación e interpelación al GCBA en caso de detectarse obstáculos emergentes

c) En cada caso particular, realizar intervenciones dirigidas a exigir la legalidad de los procedimientos y el respeto de los derechos de las personas con padecimientos en su salud mental.[2]

4.1. Acciones de incidencia estructural

4.1.1. El monitoreo del cumplimiento de la ley 448

En la actualidad el G.C.B.A, presta servicios para la atención de la salud mental desde la órbita de dos de sus Ministerios:

a) Ministerio de Salud: a través de la Dirección Adjunta de Salud Mental (órgano de aplicación de la Ley 448), quien tiene a su cargo los cuatro hospitales monovalentes (Alvear, Borda, Moyano y Tobar García). Es importante mencionar que la situación de estos cuatro hospitales se encuentra judicializada en la Justicia local.

1 Su marco normativo de referencia lo constituyen: la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (Cf. Art. 75 inc. 22), como son la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros convenios en vigor para el Estado Nacional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280).

2 En este sentido, véase en este informe el apartado vinculado a las intervenciones penales, en lo que respecta a las modalidades de intervención cuando las personas imputados se encuentran afectadas en su salud mental.

b) Ministerio de Desarrollo Social: la Dirección General de Niñez presta servicios a través de recursos de alojamiento e internación. A su vez, cabe nombrar a la Unidad de Coordinación de Adicciones que depende directamente de la subsecretaría de Promoción Social, que también tiene en su dependencia convenios con instituciones de internación.

A pesar del tiempo transcurrido desde la sanción de la ley 448, sigue faltando un plan integral de políticas públicas en salud mental y la creación de los recursos que esta ley prevé para el tratamiento de la misma.

En abril del 2008, el jefe de Gobierno, Mauricio Macri, y el Ministro de Salud, Jorge Lemus, presentaron el nuevo Plan de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires. En el mes de mayo, esta Asesoría General realizó un estudio y evaluación, desde una perspectiva estrictamente jurídica, del Proyecto de reformulación del Sistema de Atención de la Salud Mental enviado por el Ministerio de Salud de la CABA. El documento que contiene la opinión de la AGT (Ver Anexo 7), ha sido remitido al Ministro de Salud, a diputados de la Legislatura de la CABA y al presidente y vicepresidente de la Comisión de Salud de la Legislatura.

Dicho documento intenta brindar una mirada crítica acerca del estado actual de la política pública destinada a la salud mental en la Ciudad y llevar a cabo un análisis pormenorizado del Proyecto, a la luz de la ley 448.

El cambio de modelo pretendido (desde lo declamativo) y el proceso de desmanicomialización que implica es complejo, ya que no se trata sólo de ''desarticular'' los grandes neuropsiquiátricos; se requiere, además, de una adecuada reinserción social de los pacientes, y el desarrollo de formas alternativas efectivas y eficaces de asistencia en la comunidad. No se puede intentar un discurso antimanicomial si no se crean, al mismo tiempo, estructuras sustitutivas adecuadas que se sostengan temporalmente. La deshospitalización no puede disponerse sin tener en cuenta la existencia de recursos humanos y materiales, como alternativas a la internación, que permitan atender psiquiátricamente, en el marco de condiciones dignas de vida.

Por otra parte, en el mes de septiembre, la Asesoría General ha manifestado su preocupación a todos los integrantes de la Comisión Especial de Seguimiento y Evaluación para el cumplimiento de la ley 448, en relación a la política de salud mental del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

4.1.2. El control de las instituciones de albergue terapéutico y tratamiento de la salud mental

4.1.2.1. El Control de las instituciones que albergan niños

Durante el transcurso del año 2008, la AGT ha realizado visitas institucionales a distintos establecimientos conveniados con la Dirección General de Niñez y Adolescencia (DGNyA) encargados de brindar albergue y tratamiento en salud mental a niños, niñas y adolescentes.

Se han realizado visitas a hogares de atención especializada, hogares para niñas, niños y adolescentes con necesidades especiales, hogares de atención integral de salud mental, comunidades terapéuticas y establecimientos públicos de salud mental.

En las visitas que se realizan se busca efectuar un control de las condiciones de internación y del estado de los derechos de las personas menores de edad internadas. Si bien se efectúa un control de la totalidad de las instituciones, durante el año 2008 esta Asesoría intervino activamente frente a denuncias de casos concretos en determinadas instituciones en los que no se abordaban las problemáticas de forma adecuada. En este sentido, se solicitó a la DGNyA que remita los informes de supervisión efectuados y se realizaron nuevas visitas que permitieron constatar los hechos denunciados. Esta situación fue comunicada a diversas agencias estatales con competencia en el tema.

4.1.2.2. El control de las instituciones que albergan adultos mayores[3]

La AGT, a través de la adjuntía de incapaces, durante el año 2008 comenzó un trabajo de relavamiento y análisis de la situación de las personas con padecimientos en su salud metal, alojadas en instituciones de residencia comúnmente denominadas geriátricos.

En este marco, se han realizado visitas institucionales a 39 instituciones de las 71 instituciones que hay en la Ciudad[4] donde se alojan adultos mayores con padecimientos en su salud mental. En estas visitas se realiza una entrevista, además de la identificación de establecimiento, sobre la base de las siguientes consignas:

3 Los datos referidos han sido extraídos del informe de noviembre de 2008 realizado por la Dra. Magdalena Giavarino, Asesora General Adjunta de Incapaces de la AGT.

4 Según la información brindada por la Unidad de Gestión de Control y Registro de Establecimientos Residenciales de la Dirección de Tercera Eddad del GCBA, hay 71 que incluyen la categoría ''D'' (es decir, que están habilitadas para recibir personas con padecimientos mentales).

- existencia de médico psiquiatra en la institución y su relación con la misma (profesional con asistencia regular o con guardia pasiva),
- existencia de áreas específicas para el alojamiento de personas con afecciones mentales,
- actividades terapéuticas específicas para patologías psiquiátricas,
- criterios instituidos frente a una emergencia psiquiátrica,
- cantidad de alojados con padecimientos mentales,
- cantidad de judicializados,
- consentimiento prestado por el residente a su ingreso,
- existencia de diagnóstico sobre el estado de salud mental al ingreso,
- persona que se hace responsable del residente, con indicación de su vinculación jurídica,
- existencia de beneficio jubilatorio y obra social del alojado,
- evolución de su historia clínica psiquiátrica, tratamientos y medicación,
- salidas institucionales,
- régimen de visitas.

Un análisis de la información relavada sobre la situación de los adultos mayores afectados en su salud mental y residentes de instituciones geriátricas permite sostener, en forma preliminar, que el universo bajo análisis se encuentra en situación de vulnerabilidad en lo que hace a sus derechos más elementales y es, al mismo tiempo, sostenido en ella por el propio sistema que tolera esa precariedad jurídica, en pos de la solución asistencial.

4.1.3. Participación de la AGT en encuentros y reuniones con otros actores sociales

Durante el año 2008, esta Asesoría Tutelar ha participado en forma sistemática de numerosos encuentros y reuniones, a fin de incidir en el tratamiento del la salud mental desde una perspectiva de derechos. Se pueden destacar:

- Reunión de Comisión de Salud Mental, dependiente del Plenario del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Reunión plenaria del Congreso General de Salud Mental (COGESAM) creado por la Ley 448.
- Reunión de la Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos.
- Reunión de la Mesa de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires.
- Reuniones mensuales con los Servicios Sociales y de Internación de los Hospitales Torcuato de Alvear y Carolina Tobar García.

4.1.4. Intervenciones de incidencia en el tratamiento de los casos individuales

Durante el año 2008 la AGT definió como una de las prioridades en su agenda, la intervención en casos individuales de niños internados en instituciones psiquiátricas con alta médica, pero sin posibilidades de externación por falta de recursos familiares y/o sociales.

En el marco de lo contemplado por la ley 448 y 114 y la Resolución 1956 del Ministerio de Salud, se consensuó y acordó, con la Dirección Adjunta de Salud Mental del GCBA, un circuito de comunicación institucional para que esta Asesoría sea notificada de cada internación y externación psiquiátrica de niños/as y, toda vez que se perpetúe una internación de un niño, pese a su alta médica.

Así es que, durante el año en curso, se ha establecido un circuito de comunicación de internación y externación psiquiátrica de niños, niñas y adolescentes. En este marco, el hospital comunica toda internación psiquiátrica a esta Asesoría, quien en forma inmediata y de acuerdo a la ley 448 y su decreto reglamentario, oficia inmediatamente al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a fin de solicitar que tome la debida intervención como el máximo órgano local de protección de derechos.

Es el mismo efector de salud quien, a través de un segundo formulario acordado, comunica a esta Asesoría General cuando un niño, niña o adolescente permanece internado en un hospital psiquiátrico con alta médica, pero sin posibilidades de externación por falta de políticas publicas adecuadas[5]. Esta situación no significa otra cosa que pobreza y ausencia plena de política pública que sostenga, promueva y acompañe esta externación. Así, cuando se recibe comunicación del alta médica y la permanencia de la internación por causas sociales, se oficia en forma inmediata al CDNNYA y a la Dirección General de Niñez y Adolescencia, a fin de que se otorgue el recurso adecuado y se garantice el pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños involucrados y se cese en forma inmediata la práctica de vulneración de derechos.

Asimismo, y con el objetivo de comenzar un proceso de implementación del art. 27 de la ley 26061 para los niños internados en instituciones psiquiátricas, la AGT requirió en reiteradas oportunidades la designación de un abogado para que

5 Esto significa que hay niños, niñas o adolescentes que, según los criterios médicos, se encuentran con posibilidades de externación, pero permanecen internados debido a su situación socioeconómica. Son personas menores de edad que, de ser externadas, no tendrían un lugar donde vivir, por lo que es imprescindible que el organismo estatal correspondiente se ocupe de brindar la política pública adecuada.

todo el proceso de internación y posterior externación se realice conforme la normativa vigente.

Cabe destacar que, pese a las reiteradas solicitudes para que se asigne un abogado de confianza que garantice el derecho de defensa de los niños internados, el Consejo, órgano local de protección de derechos, nunca cumplió con tal solicitud.

De esta forma, nos hallamos ante la irrisoria realidad que implica que una persona menor de edad, internada en un hospital psiquiátrico, no cuente con la debida defensa técnica en pos de resguardar sus derechos. Esta situación se vuelve aún más insostenible cuando nos encontramos con menores de edad que permanecen en instituciones psiquiátricas en virtud de sus condiciones socioeconómicas. En este sentido, resulta importante recordar que la Resolución 01/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considera que, entre otras, están privadas de libertad ''las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos...''[6], con lo cual, las personas menores de edad, institucionalizadas en hospitales de salud mental, deben contar con un abogado que resguarde sus derechos por su doble condición de personas menores de edad institucionalizadas y, a la vez, afectadas en su salud mental e internadas en hospitales.

Durante el año 2009 la AGT seguirá trabajando intensamente para incidir en el cumplimiento del art. 27 de la ley 26061, en especial respecto de niños privados de libertad.

4.1.4.1. Intervenciones de la AGT en casos de internaciones psiquiátricas de niños.

En materia de salud mental en la Ciudad, coexiste la normativa nacional (22.914) con la local (448).

6 La Resolución 01/08 de la CIDH, denominada ''Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas'', consagra que ''... se entiende por ''privación de libertad'': ''cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende en esta categoría de personas no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas''.

En este sentido, cada vez que se interna un niño, niña y adolescente en establecimiento psiquiátrico (público o privado) tiene que notificarse de ello al Juez Nacional con competencia en familia para que realice el debido control de internación.

La resolución 1956/02 del Ministerio de Salud[7] también dispone que toda internación en material de salud mental en el ámbito de la CABA, debe notificarse a la Asesoría General.

Teniendo en cuenta ello y las funciones que le caben a este MPT según la normativa constitucional vigente, el sentido de esta notificación realizada por los efectores de salud no es otro que el de velar por la legalidad del procedimiento y procurar que los efectores de la salud e infancia actúen en tiempo y forma adecuado frente a estas situaciones de extrema vulnerabilidad tal como son las internaciones psiquiátricas.

Tengamos presente que por aplicación de la ley 22.914, sigue interviniendo el Defensor Público de Menores e Incapaces que debe realizar el ''control de la internación''. Lo que advertimos a lo largo de nuestra experiencia es que los juzgados civiles y los Defensores continúan interviniendo del mismo modo que lo hacían con las ya derogadas ''protecciones de personas''. Sostenemos ello porque se vuelve a ''controlar''/interpelar únicamente la situación social y/o familiar del niño, y no se exige el correcto accionar de los programas de la política publica, que incluya al niño/a en la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentra. Entendemos esencial evaluar, en el marco de un control de internación constitu-

7 Resolución Nº 1956/GCABA/SSSS/06 (Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 09 de Noviembre 2006 (núm. 2562). Procedimientos para la denuncia y tratamiento integral de las situaciones donde se encuentren afectados los derechos de los niños/as y adolescentes que se atiendan en los efectores de salud dependientes del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

1. Los efectores de salud, al tomar conocimiento de alguna situación de amenaza o afectación de derechos de un niño, niña o adolescente, deben comunicar tal situación a la Guardia Permanente de Abogados del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes -CDNNYA- Éste es el organismo encargado y responsable de tomar las medidas de protección de derechos correspondiente a cada situación y de realizar la denuncia e investigación judicial pertinentes.

2. En aquellas situaciones específicas en las que se presuman o diagnostiquen casos de abusos infanto-juvenil, o de cualquier otra forma de violencia, el efector donde se encuentre el niño/a o adolescente permitirá el acceso inmediato de la Guardia Permanente de Abogados del CDNNYA, incluso cuando ésta concurra con un equipo interdisciplinario especializado en la materia.

3. De ser dispuesta una medida de protección de derechos por el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a través de la intervención de la Guardia Permanente de Abogados, el efector de salud en el que se encuentre el niño/a o adolescente deberá facilitar los mecanismos para efectivizar la misma.

4. Cuando se trate de internaciones en materia de salud mental de niños, niñas y adolescentes, deberá comunicarse en forma inmediata a la Asesoría General Tutelar Adjunta de Incapaces.

cional, variables tales como la medicación suministrada, el consentimiento informado, el tiempo de internación, las condiciones de habitabilidad del lugar en el que encuentra internado, la permanencia del niño/o en establecimientos psiquiátricos con alta medica, la instrumentación de medidas alternativas a las hospitalización, entre otras.

En este sentido nuestra intervención (simultánea con la de la Justicia Nacional) está destinada a requerir la debida actuación de los programas de la política pública local, tanto para asignar el recurso adecuado como para remover los obstáculos existentes al acceso a los servicios. Asimismo, en caso de adoptarse medidas de protección, esta Asesoría velará por la legalidad del procedimiento a través del cual se adoptará la mencionada medida.

A su vez, esta Asesoría realiza visitas periódicas a los establecimientos que internan niño, niña y adolescente en miras de evaluar las condiciones de habitabilidad de estos lugares. Luego de estas visitas, se interpela al organismo responsable y se notifica a las autoridades judiciales pertinentes.

ANEXOS

113 Anexo 1
Acción de hábeas corpus por la privación de libertad en dependencias policiales de personas menores de edad.

131 Anexo 2
Sentencia en la acción de hábeas corpus por la privación de libertad en dependencias policiales.

177 Anexo 3
Proyecto de ley. Procedimiento para la adopción de medidas especiales de protección de derechos.

187 Anexo 4
Ley 2881. Condiciones de habilitación y funcionamiento de los establecimientos y organismos de atención para el cuidado de niños, niñas y adolescentes.

203 Anexo 5
Observaciones para la discusión sobre el anteproyecto de Ley de presupuesto 2009.

231 Anexo 6
Acción declarativa de inconstitucionalidad relativa al decreto 960/08

275 Anexo 7
Análisis del plan sobre salud mental del GCBA

Anexo 1

ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS ,POR LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN DEPENDENCIAS POLICIALES DE PERSONAS MENORES DE EDAD.

Señor Juez:

LAURA MUSA, Asesora General Tutelar, y CARLOS BIGALLI, Asesor Tutelar, constituyendo domicilio procesal en la Asesoría Tutelar de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 1, sita en Florida 15, piso 7º, Ciudad de Buenos Aires, ante el señor Juez nos presentamos y decimos, que:

1. Venimos a interponer acción de habeas corpus con el fin de que ordene el cese de la ilegal práctica -perpetrada por integrantes del Ministerio Público Fiscal- de privar de la libertad en dependencias policiales, a niñas, niños y adolescentes, imputados en causas en que interviene la justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 7, 10 y ccdtes. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 1, 5, 7, 19 y ccdtes. de la Convención Americana de Derechos Humanos; arts. 11, 12, 13, 16 y ccdtes. de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; arts. 3, 4, 24.3, 37, 40 y ccdtes. de la Convención de los Derechos del Niño; arts. 18, 43, 75, inc. 22º y ccdtes. de la Constitución Nacional; arts. 13, 15 y ccdtes. de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; arts. 1, 2, 3, 9, y ccdtes. de la ley 23.098; reglas 12, 17, 28, 31, 32, 33, 34, 49, 50, 59, 65, 66, 67, 68, 76, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87 y ccdtes. de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad; arts. 58 y ccdtes. de las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; reglas 5.1, 13.5, 22.1 y ccdtes. de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores; arts. 8, 20, 28, 83, 85 y ccdtes. de la ley 2.451; arts. 2, 10, 12, 15, 18 y ccdtes. de la ley 114; arts. 1, 17, 49 y ccdtes. de la ley 1.903).

2. Es función del ministerio público tutelar (a) ''promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad''; (b) ''velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales''; (c) promover causas concernientes a la protección de los derechos de las personas menores de edad y requerir todas las medidas conducentes a tales propósitos; (d) entablar ''las acciones y recursos pertinentes'' en defensa de los derechos de las personas menores de edad; (e) intervenir en todos los procesos penales en que se halle imputada una persona menor de edad y velar por el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías; (f) requerir a la autoridad judicial la adopción de medidas tendientes a resolver la situación de las personas menores de edad que padezcan malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles las instituciones a cuyo cuidado se encontraren (arts. 1, 17 y 49, ley 1.903; art. 40, RPPJ).

3. Consideramos menester comenzar manifestando que la privación de libertad –con total independencia del *nomen* que se le asigne- se caracteriza por ser un acto de autoridad pública que implica la permanencia de una persona en un lugar –público o privado- donde no puede disponer de su libertad ambulatoria.

3.1. La legislatura local asignó a las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) el estatus normativo de ley (art. 12, ley 114) y la consideró parte integrante del conjunto de ''principios que deben observarse en la aplicación'' del sistema procesal penal juvenil (art. 8, ley 2.451).

Las Reglas de Beijing establecen que

> ''por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública'' (regla 11.b).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas- sostiene que la locución ''privación de libertad'' significa

> ''cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria'' (Disposición general).

4. La privación de libertad de personas menores de edad en dependencias policiales resulta palmariamente ilegal.

La ley 2.451 (Régimen Procesal Penal Juvenil) -receptando la normativa internacional- establece que:

a) ''la privación de libertad sólo puede cumplirse en establecimientos especialmente destinados a esos efectos'' (art. 28);

b) ''los centros especializados deben funcionar en locales adecuados, con personal capacitado [...] En ningún caso podrán estar a cargo de personal policial, penitenciario o de las fuerzas de seguridad'' (art. 85)

c) los ''centros especializados'' son los ''establecimientos destinados al alojamiento de las personas sujetos de esta ley, que cumplen como mínimo con las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad'' (art. 83).

La Asamblea General de las Naciones Unidas -en la Resolución 45/113, que aprobó las reglas referidas- expresó que se hallaba

> ''alarmada por las condiciones y circunstancias en que se procede en todo el mundo a privar a menores de su libertad. Consciente de que los menores privados de libertad son sumamente vulnerables a los malos tratos, a la victimización y a la violación de sus derechos [...] Reconoce que, debido a su gran vulnerabilidad, los menores privados de libertad requieren especial atención y protección y que deberán garantizarse sus derechos y bienestar durante el periodo en que están privados de su libertad''.

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad establecen que:

a) ''el sistema de justicia de menores deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental'' (Regla 1);

b) ''el objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad'' (Regla 2);

c) ''la privación de la libertad deberá efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores'' (Regla 11);

d) ''deberá garantizarse a los menores recluídos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembro de la sociedad '' (Regla 12);

e) ''las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de

inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores'' (Regla 18);

f) ''la detención de los menores se producirá en condiciones que tengan en cuenta plenamente sus necesidades y situaciones concretas y los requisitos especiales que exijan su edad, personalidad, sexo y tipo de delito, así como su salud física y mental, y que garanticen su protección contra influencias nocivas y situaciones de riesgo. El criterio principal para separar a los diversos grupos de menores privados de libertad deberá ser la prestación del tipo de asistencia que mejor se adapte a las necesidades concretas de los interesados y la protección de su bienestar e integridad físicos, mentales y morales'' (Regla 28);

g) ''los menores privados de libertad tendrán derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana'' (Regla 31);

h) ''el diseño de los centros de detención para menores y el medio físico deberá responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores en tratamiento de internado, teniéndose debidamente en cuenta la necesidad del menor de intimidad, de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades deportivas, ejercicios físicos y actividades de esparcimiento. El diseño y estructura de los centros de detención para menores deberán ser tales que reduzcan al mínimo el riesgo de incendio y garanticen una evacuación segura de los locales. Deberá haber un sistema eficaz de alarma en casos de incendio, así como procedimientos establecidos y debidamente ensayados que garanticen la seguridad de los menores. Los centros de detención no estarán situados en zonas de riesgo conocidos para la salud o donde existan otros peligros'' (Regla 32);

i) ''los locales para dormir deberán consistir normalmente en dormitorios para pequeños grupos o en dormitorios individuales, teniendo presentes las normas del lugar. Por las noches, todas las zonas destinadas a dormitorios, incluidas las habitaciones individuales y los dormitorios colectivos, deberán ser objeto de una vigilancia regular y discreta para asegurar la protección de todos los menores. Cada menor dispondrá, según los usos locales o nacionales, de ropa de cama individual suficiente, que deberá entregarse limpia, mantenerse en buen estado y mudarse con regularidad por razones de aseo'' (Regla 33);

j) ''las instalaciones sanitarias deberán ser de un nivel adecuado y estar situados de modo que el menor pueda satisfacer sus necesidades físicas en la intimidad y en forma aseada y decente'' (Regla 34);

k) ''la posesión de efectos personales es un elemento fundamental del derecho a la intimidad y es indispensable para el bienestar psicológico del menor. Deberá reconocerse y respetarse plenamente el derecho de todo menor a poseer efectos personales y a disponer de lugares seguros para guardarlos. Los efectos personales del menor que éste decida no conservar o que le sean confiscados deberán depositarse en lugar seguro. Se hará un inventario de dichos efectos que el menor firmará y se tomarán las medidas necesarias para que se conserven en buen estado. Todos estos artículos, así como el dinero, deberán restituirse al menor al ponerlo en libertad, salvo el dinero que se le haya remitido al exterior. Si el menor recibe medicamentos o se descubre que los posee, el médico deber decidir el uso que deber hacerse de ellos'' (Regla 35);

l) ''todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá el derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial'' (Regla 38);

m) ''todo centro de detención deberá facilitar el acceso a los menores a una biblioteca bien provista de libros y periódicos instructivos y recreativos que sean adecuados; se deberá estimular y permitir que utilicen al máximo los servicios de la biblioteca'' (Regla 41);

n) ''todo menor tendrá derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo'' (Regla 42);

o) ''todo menor deberá disponer diariamente del tiempo suficiente para practicar ejercicios físicos al aire libre si el tiempo lo permite, durante el cual se proporcionará normalmente una educación recreativa y física adecuada. Para estas actividades, se pondrán a su disposición terreno suficiente y las instalaciones y el equipo necesarios. Todo menor deberá disponer diariamente de tiempo adicional para actividades de esparcimiento, parte de las cuales deberán dedicarse, si el menor así lo desea, a desarrollar aptitudes en artes y oficios. El centro de detención deberá velar por que cada menor esté físicamente en condiciones de participar en los programas de educación física disponibles.

Deberá ofrecerse educación física correctiva y terapéutica, bajo supervisión medica, a los menores que lo necesiten'' (Regla 47);

p) ''todo menor deberá recibir atención médica adecuada, tanto preventiva como correctiva, incluída atención odontológica, oftalmológica, y de salud mental, así como los productos farmaceúticos y dietas especiales que hayan sido recetados por un médico. Normalmente, toda esta atención médica deberá prestarse cuando sea posible a los jóvenes reclusos por conducto de los servicios e instalaciones sanitarios apropiados de la comunidad en que esté situado el centro de detención, a fin de evitar que se estigmatice al menor y de promover su dignidad personal y su integración en la comunidad'' (Regla 49);

q) ''los centros de detención de menores deberán organizar programas de prevención del uso indebido de drogas y de rehabilitación administrados por personal calificado. Estos programas deberán adaptarse a la edad, al sexo y otras circunstancias de los menores interesados, y deberán ofrecerse servicios de desintoxicación dotados de personal calificado a los menores toxicómanos o alcohólicos'' (Regla 54);

r) ''se deberán utilizar todos los medios posibles para que los menores tengan una comunicación adecuada con el mundo exterior, pues ella es parte integrante del derecho a un tratamiento justo y humanitario y es indispensable para preparar la reinserción de los menores en la sociedad. Deberá autorizarse a los menores a comunicarse con sus familiares, sus amigos y otras personas o representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, a salir de los centros de detención para visitar a su hogar y su familia, y se darán permisos especiales para salir del establecimiento por motivos educativos, profesionales y otras razones de importancia'' (Regla 59);

s) ''todo menor tendrá derecho a comunicarse por escrito o por teléfono, al menos dos veces por semana, con la persona de su elección, salvo que se la haya prohibido legalmente hacer uso de este derecho, y deberá recibir la asistencia necesaria para que pueda ejercer eficazmente este derecho. Todo menor tendrá derecho a recibir correspondencia'' (Regla 61);

t) ''los menores deberán tener la oportunidad de informarse periódicamente de los acontecimientos por la lectura de los diarios, revistas u otras publicaciones mediante el acceso a programas de radio y televisión y al cine, así como a través de visitas de los representantes de cualquier club u organización de carácter lícito en el que el menor esté interesado'' (Regla 62);

u) ''en todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas'' (Regla 65);

v) ''la administración deberá seleccionar y contratar cuidadosamente al personal de todas las clases y categorías, por cuanto la buena marcha de los centros de detención depende de su integridad, actitud humanitaria, capacidad y competencia profesional para tratar con los menores, así como de sus dotes personales para el trabajo'' (Regla 82);

w) ''para alcanzar estos objetivos, deberán designarse funcionarios profesionales con una remuneración suficiente para atraer y retener a hombres y mujeres capaces. Deberá darse en todo momento estímulo a los funcionarios de los centros de detención de menores para que desempeñen sus funciones y obligaciones profesionales en forma humanitaria, dedicada, profesional, justa y eficaz, se comporten en todo momento de manera tal que merezca y obtenga el respeto de los menores y brinden a éstos un modelo y una perspectiva positivos'' (Regla 83);

x) ''la administración deberá adoptar formas de organización y gestión que faciliten la comunicación entre las diferentes categorías del personal de cada centro de detención para intensificar la cooperación entre los diversos servicios dedicados a la atención de los menores, así como entre el personal y la administración con miras a conseguir que el personal que esté en contacto directo con los menores pueda actuar en condiciones que favorezcan el desempeño eficaz de sus tareas'' (Regla 84);

y) ''el personal deberá recibir una formación que le permita desempeñar eficazmente sus funciones, en particular la capacitación en psicología infantil, protección de la infancia y criterios y normas internacionales de derechos humanos y derechos del niño incluídas las presentes Reglas. El personal deberá mantener y perfeccionar sus conocimientos y capacidad profesional asistiendo a cursos de formación en el servicio que se organizarán a intervalos apropiados durante toda su carrera'' (Regla 85);

z) ''el director del centro deberá estar debidamente calificado para su función por su capacidad administrativa, una formación adecuada y su experiencia en la materia y deberá dedicar todo su tiempo a su función oficial'' (Regla 86).

4.2. Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) –que, como dijeramos, por voluntad expresa de la legislatura local, son: (a) ''parte integrante'' de la Ley 114 y (b) parte del conjunto de ''principios que deben observarse en la aplicación'' de la ley 2.451- disponen que ''[m]ientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia -social, educacional, profesional, sicológica, médica

y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales'' (regla 13.5).

4.3. Las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) –que, como dijeramos, por voluntad expresa de la legislatura local, son: (a) ''parte integrante'' de la Ley 114 y parte del conjunto de ''principios que deben observarse en la aplicación'' de la ley 2.451- disponen que ''[d]eberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal'' (directriz 58).

4.4. La Declaración Americana de las Derechos y Deberes del Hombre establece que ''nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por las leyes preexistentes'' (art. 25).

4.5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que ''nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas'' (7.2).

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establecen que:

a) ''toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad'' (Principio I);

b) ''las personas privadas de libertad sólo serán recluidas en lugares de privación de libertad oficialmente reconocidos'' (Principio III);

c) nadie podrá ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones establecidas con anterioridad por el derecho interno, toda vez que sean compatibles con las normas del derecho internacional de los derechos humanos'' (Principio IV);

d) ''toda persona privada de libertad tendrá derecho, en todo momento y circunstancia, a la protección de y al acceso regular a jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley. [...] Toda persona privada de libertad, por sí o por medio de terceros, tendrá derecho a interponer un recurso sencillo, rápido y eficaz, ante autoridades competentes, independientes e imparciales, contra actos u omisiones que violen o amenacen violar sus derechos humanos. En particular, tendrán derecho a presentar quejas o denuncias por actos de tortura, violencia carcelaria, castigos corporales, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como por las condiciones de reclusión o internamiento, por la falta de atención médica o psicológica, y de alimentación adecuadas'' '' (Principio V);

e) ''el control de legalidad de los actos de la administración pública que afecten o pudieren afectar derechos, garantías o beneficios reconocidos en favor de las personas privadas de libertad, así como el control judicial de las condiciones de privación de libertad y la supervisión de la ejecución o cumplimiento de las penas, deberá ser periódico y estar a cargo de jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales. Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán garantizar los medios necesarios para el establecimiento y la eficacia de las instancias judiciales de control y de ejecución de las penas, y dispondrán de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento'' (Principio VI);

f) ''las personas privadas de libertad pertenecientes a diversas categorías deberán ser alojadas en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, según su sexo, edad, la razón de su privación de libertad, la necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o del personal, las necesidades especiales de atención, u otras circunstancias relacionadas con cuestiones de seguridad interna. En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres; niños, niñas y adultos; jóvenes y adultos; personas adultas mayores; procesados y condenados; y personas privadas de libertad por razones civiles y por razones penales (...) En ningún caso la separación de las personas privadas de libertad por categorías será utilizada para justificar la discriminación, la imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas'' (Principio XIX);

g) ''el personal que tenga bajo su responsabilidad la dirección, custodia, tratamiento, traslado, disciplina y vigilancia de personas privadas de libertad, deberá ajustarse, en todo momento y circunstancia, al respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y de sus familiares. El personal deberá ser seleccionado cuidadosamente, teniendo en cuenta su integridad ética y moral, sensibilidad a la diversidad cultural y a las cuestiones de género, capacidad profesional, adecuación personal a la función, y sentido de responsabilidad. Se garantizará que el personal esté integrado por empleados y funcionarios idóneos, de uno y otro sexo, preferentemente con condición de servidores públicos y de carácter civil. Como regla general, se prohibirá que miembros de la Policía o de las Fuerzas Armadas ejerzan funciones de custodia directa en los establecimientos de las personas privadas de libertad, con la excepción de las instalaciones policiales o militares'' (Principio XX);
h) ''con el fin de respetar y garantizar plenamente los derechos y las libertades fundamentales reconocidas por el sistema interamericano, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán interpretar extensivamente las normas de derechos humanos, de tal forma que se aplique en toda circunstancia las cláusulas más favorables a las personas privadas de libertad'' (Principio XXV).

4.7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re:* Verbitsky, ha dicho que la presencia de adolescentes en dependencias policiales (a) resulta *intolerable*, (b) *configura un agravamiento de las condiciones de privación de libertad* y (c) *muy probablemente, innegables casos de trato cruel, inhumano o degradante, susceptibles de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal*.

4.8. El Comité Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes –en el 33º Período de Sesiones (15 al 26 de noviembre de 2004)- recomendó al estado argentino la inmediata prohibición de detención de personas menores de edad en dependencias policiales.

5. Las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derechos privilegiados: poseen los derechos de los adultos y, además, otros, exclusivos, por tratarse de personas en crecimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos -en la Opinión Consultiva O.C. 17/02 sobre ''Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño''- sostuvo que:

a) ''los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición'';
b) ''en razón de las condiciones en que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño'';
c) ''los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales [...] Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento''.

La Asamblea General de Naciones Unidas -en la Resolución 43/173 del 9/12/98- adoptó el ''Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión'', donde, entre otras cosas, expresa que

''las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de [...] los niños y los jóvenes [...] no serán consideradas discriminatorias''.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en la Resolución 1/08, ''Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas''- estableció que

''toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia [...] No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de... los niños y niñas... Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a

revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial'' (Principio II).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que

''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'' (art. 19).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido reiteradamente que el art. 19 citado

''debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial'' (O.C. 17/02; Caso de los hermanos Gomez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio de 2008; Caso ''Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay'', sentencia del 2 de setiembre de 2004).

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

a) ''en todas las medidas concernientes a los niños que tomen [...] los tribunales [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño'' (art. 3);

b) ''los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar'' (art. 3);

c) ''los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, numero e idoneidad de su personal'' (art. 3);

d) ''los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención'' (art. 4);

e) ''los Estados Partes velaran por que [...] Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades físicas, sociales, culturales, morales y psicológicas de las personas de su edad [...] Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a [...] asistencia adecuada'' (art. 37);

f) ''los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño que sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales a ser tratado acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad'' (art. 40).

6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que:

''la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objeto primordial de la protección integral de los derechos humanos (Caso Cinco Pensionistas, sentencia del 28 de febrero de 2003; Caso Instituto de Reeducación del Menor, sentencia del 2 de setiembre de 2004).

''el derecho a la ''tutela judicial efectiva'', implica que los Estados Partes deben ''no solamente 'respetar los derechos y libertades reconocidos en ella', sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción'' [...] ''garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente la tolerancia del estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del articulo 1.1. de la Convención''; [es deber de los Estados Parte] ''organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos'' (Caso Velazquez Rodriguez , sentencia del 29 de julio de 1988);

''el derecho a la integridad personal es de tal importancia que la Convención Americana lo protege particularmente al establecer, *inter alia,* la prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes y la imposibilidad de suspenderlo durante estados de emergencia [...] Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención'' (caso Instituto de Reeducación del Menor, sentencia del 2 de setiembre de 2004).

''frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia.'' (Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio de 2004;

Caso Juan Humberto Sánchez, sentencia del 7 de junio de 2003; Caso Bulacio, sentencia del 18 de septiembre de 2003).

''las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad'' (caso Bulacio, sentencia del 18 de septiembre de 2003);

''revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, ''que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción [...] cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda ''en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades [...] la Convención Americana impone a los Estados la obligación de adoptar ''medidas de protección'' requeridas por su condición de niños [...] el hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal.'' (caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio de 2004).

''cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad [...] tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño'' (Caso Instituto de Reeducación del Menor, sentencia del 2 de setiembre de 2004; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, sentencia del 8 de julio

de 2004; Caso Bulacio, sentencia del 18 de septiembre de 2003 y Caso de los Niños de la Calle, sentencia del 26 de mayo de 2001).

''toda restricción a un derecho humano sólo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática'' (Caso ''Cinco Pensionistas'', sentencia del 28 de febrero de 2003).

La presente acción resulta la única vía idónea para evitar la vulneración –determinable *ex ante,* evitable e insusceptible de reparación ulterior- de los derechos de los niños, niñas y adolescentes imputados de delitos o contravenciones de la competencia de la justicia local, quienes son ilegalmente alojados en dependencias de la Policía Federal Argentina.

El caso sometido a vuestra decisión involucra actos lesivos a la libertad de un colectivo de personas que requiere una tutela judicial efectiva, inmediata y que repercuta en la totalidad de los miembros de la categoría.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación –*in re:* Verbitsky- sostuvo que

''pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva [...] es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla [...] debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen juris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad''.

En un estado constitucional de derecho es rol inexcusable de la agencia judicial ''convertir'' al derecho válido en derecho efectivo.

El derecho válido no efectivizado es bella declamación.

8. En el presente caso existe cuestión federal en razón de que: (a) se halla en cuestión la inteligencia que cabe asignar a normas de jerarquía constitucional; (b) se alega la violación de normas constitucionales y (c) se hallan involucradas prác-

ticas violatorias de derechos humanos que generan responsabilidad internacional al estado argentino.

9. Por el mérito de lo que antecede, solicitamos a V.S. que:

1) Nos tenga por presentados en el carácter invocado y por constituido el domicilio procesal.

2) Tenga presente la cuestión federal introducida.

3) Oportunamente, haga lugar a la presente acción de habeas corpus y ordene la proscripción de toda privación de la libertad en dependencias policiales -por implicar un ilegítimo agravamiento de las condiciones de detención- de niños, niñas y adolescentes a quienes se les impute un hecho competencia de la justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires y notifique la decisión al Defensor General, al Fiscal General, al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y al señor Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Anexo 2

SENTENCIA EN LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS POR LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN DEPENDENCIAS POLICIALES.

AUTOS Y VISTOS, la causa 42117/08 registro interno 02/08-HC caratulada "Ministerio Público Fiscal, Justicia Penal, Contravencional y de Faltas s/ infr. Art.23.098 L.N. (Habeas corpus)", y CONSIDERANDO,

1. **Hechos:**

Que la Asesora General Tutelar del Ministerio Público, Dra. Laura Musa, conjuntamente con el Asesor Tutelar de Primera Instancia, Dr. Carlos Bigalli, en fecha 1 de Diciembre pasado, interponen acción de *habeas corpus,* solicitando se ordene la proscripción de toda privación de la libertad en dependencias policiales por implicar un ilegítimo agravamiento de las condiciones de detención de niños, niñas y adolescentes a quienes se les impute un hecho con competencia de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que en la misma fecha este Juzgado resolvió que la Asesoría General Tutelar complete en su presentación la acreditación de las afectaciones que alegó.

Que la Asesoría Tutelar presenta escrito de complexión en fecha 2 de Diciembre de 2008.

Que este Juzgado resolvió en fecha 3 de Diciembre de 2008, a fs. 174/176, declarar la admisibilidad formal de la acción de *habeas corpus* colectivo interpuesto en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y normas concordantes de la ley 23.098 que no se opongan a la naturaleza de la acción pretendida.

Que en fecha 3 de diciembre de 2008 y dadas las presentaciones por parte de la Asesoría de documental, que a primera vista sustentaba el supuesto de hecho, que con la precariedad del análisis se necesita para tener por verosímil el supuesto material de la acción, se declaró la admisibilidad formal de la misma.

Que en la misma fecha se libró auto de *habeas corpus* en los términos del art. 11 tercer párrafo de la ley 23.098, identificándose como autoridad requerida al Ministerio Público Fiscal del Ministerio Público del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 18 1º parte de la ley 1903, por los argumentos allí expuestos. De tal forma se requirió, dado el carácter preventivo abstracto y colectivo de la acción, se responda a) en relación a prácticas generalizadas y/o disposiciones generales o jerárquicas y b) en relación a prácticas particulares en expedientes individualizados en la presentación.

Que en ese marco se dispuso, en los términos del art. 14 de la ley 23.098, la realización de una audiencia pública a la que se citó a la Fiscalía de Instancia, Defensoría General, denunciantes y autoridad requerida.

Que previo a la realización y tal como luce a fs. 360/5, la Secretaria Judicial de la Fiscalía General del Ministerio Público de la Ciudad remitió copia fiel de la Resolución 337/08 que en sustancia desconoció su calidad de autoridad requerida, sin perjuicio de lo cual ordenó colaborar con las autoridades judiciales que debieren resolver la acción planteada y remitió el informe, por delegación, previsto en el art. 11 de la ley 23.098 a título de colaboración.

Que el día 9 de diciembre se celebró la audiencia fijada a la que asistieron la Dra. Laura Musa, Asesora General Tutelar del Ministerio Público, y el Dr. Carlos Bigalli, Asesor Tutelar de Primera Instancia, ambos en carácter de presentantes; por otra parte la Dra. Bettina Castorino y el Dr. Javier Esteban de la Fuente, manifestaron que se hicieron presentes por la delegación de asistencia a la audiencia efectuada por el Sr. Defensor General, Dr. Mario Jaime Kestelboim mediante Res. DG 227/08 de fecha 4 de diciembre.

Que por parte de la Fiscalía se presentó la Dra. Claudia Barcia, Fiscal Penal, Contravencional y de Faltas, designada por encontrarse de turno y por sorteo realizado por el Puesto de Asignación de Sorteo para intervenir en el caso. Así también se presentó el Dr. Luis Duacastella Arbizu, como Fiscal de Primera Instancia designado conforme Res. FG 339/08, para actuar en forma conjunta con la Dra. Barcia. Todo por lo cual se dejó constancia que ambos fiscales intervendrían en los términos del art. 21 de la ley 23.098.

Que en sustancia, en dicha audiencia se ventilaron básicamente tres cuestiones. La primera relativa a la autoridad requerida en el caso, respecto de lo cual se decidió que el Ministerio Público Fiscal ostentaba esa calidad. La segunda cuestión se centró en planteos acerca del procedimiento dado a la acción todos los cuales fueron rechazados con su respectiva motivación, todo lo cual obra a fs. 408/19. La tercera cuestión se vinculó a los requerimientos de prueba que efectuaron las partes, la Asesoría solicitó prueba de informes de un total de setenta y seis casos particulares que se trajeron a análisis para demostrar la existencia de una práctica consuetudinaria, a lo que se hizo lugar. Por su parte, la Fiscalía solicitó prueba de informes al Consejo de la Magistratura de la Ciudad, al Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y a la Excma. Cámara de Apelaciones del fuero y la

inspección ocular a la totalidad de las dependencias de la Policía Federal Argentina, a lo que también se hizo lugar.

Que el día siguiente a la celebración de la audiencia precitada, se realizó en forma ininterrumpida y durante veinte horas, recorriendo 180 km, la inspección ocular referida, con la asistencia de los fiscales de instancia. Las actas originales con el producido de la medida, obran en el legajo de prueba que corre por cuerda separada.

Que el día 15 de diciembre se continuó con la audiencia de *habeas corpus* en la cual se dio lectura a las piezas procesales recabadas con motivo de los requerimientos de prueba efectuados por las partes, se hizo entrega de copias en aproximadamente 1600 fojas a cada parte las cuales son fieles del cuadernillo de prueba formado por cuerda separada y constituido por los informes remitidos por los fiscales de instancia requeridos. Asimismo se hizo entrega a las partes de copia del cuadernillo probatorio relativo a las inspecciones oculares efectuadas por el Tribunal, y en último orden se libraron oficios requiriendo información al Fiscal General, al Defensor General y a la Asesora General Tutelar y a otros organismos.

Que el día 16 de diciembre de 2008 se continuó con la audiencia de *habeas corpus* en la que se dio lectura a una presentación efectuada por la Fiscalía General en la cual se propició una convocatoria a todos los actores involucrados en el marco del conflicto, respecto de lo cual las partes manifestaron en primer término sus posiciones respecto de la tramitación conjunta del proceso de *habeas corpus* y la conformación de una mesa de aproximación de los actores del sistema judicial, y así también la posibilidad de suspender el proceso principal a las resultas del producto de las sesiones la mesa referida. Sobre esto y escuchadas las partes se resolvió dar lugar a la mesa de aproximación sin la suspensión del curso del proceso.

Que el día 19 de diciembre pasado se conformó la instancia de aproximación donde las partes debatieron y cuyo contenido se reservó en consideración a la información sensible del colectivo de niñez y adolescencia, la cual tuvo continuidad el día 23 de diciembre.

Que el día 22 de diciembre se produjo la conclusión de las partes sobre la prueba producida, siendo que la Fiscalía solicitó la desestimación de la acción, y por contrapartida tanto la Asesoría General Tutelar y de Instancia, en el carácter de presentantes, y la Defensoría General solicitaron que se haga lugar la acción de *habeas corpus* y se proscriba la práctica.

2. Admisibilidad Formal del habeas corpus.

Que en fecha 3 de diciembre de 2008 se declaró la admisibilidad formal de la acción de *habeas corpus* colectivo interpuesta en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y normas concordantes de la ley 23.098 que no se opongan a la naturaleza de la acción pretendida.

Que al momento de hacer una primera aproximación a la procedencia de la acción, se estimó conducente tratar el planteamiento bajo un canon amplio de ponderación, dada la gravedad institucional del supuesto que se denunció.

Que allí se dijo que la cuestión planteada trasciende el mero interés de las partes para proyectarse sobre la comunidad toda, introduciéndose una cuestión compleja que reconoce tutela colectiva, bajo los estándares fijados en el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re Verbitsky* (328:1146).

Que una práctica con injerencia en los derechos fundamentales de un colectivo de personas con intereses homogéneos, reclama la implementación y trámite del procedimiento delineado por la Suprema Corte, en tanto la decisión a recaer eventualmente tendría un alcance que trasvase la esfera personal por encontrarse comprometidos intereses ajenos a la individualidad de la propia persona.

Que de este modo, entiendo que la herramienta jurídica para ocurrir en amparo de intereses compartidos por un sector homogéneo o bajo las mismas circunstancias, encuentra identidad en la acción colectiva.

Que en este sentido, se requirió a la Asesoría General Tutelar del Ministerio Público del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, complete la presentación con la acreditación de lo que se enunciaba, lo que se ha cumplimentado con abundantes constancias que han sido acompañadas y que reflejarían y certificarían la gravedad institucional ponderada por este Magistrado a la hora de analizar en abstracto la problemática compleja que se introducía.

Que este aserto, permite considerar doblemente plausible la posición adoptada en el inicio de la acción, en tanto nos encontramos en presencia de una problemática compleja con afectación de intereses homogéneos de un colectivo determinado.

Que por otra parte, es la propia ley en materia de *habeas corpus* individuales la que brinda la pauta adoptada al momento de requerir la completitud de cuanto se manifestaba con lo que debía acompañarse. El art. 10, *in fine,* de la ley 23.098, establece en su parte pertinente que *"El juez no podrá rechazar la denuncia por defectos formales, proveyendo el juez de inmediato las medidas necesarias para su subsanación…".*

Que el alcance de dicha norma, ley 23.098, brinda los estándares mínimos de aplicación en un caso como en el presente. Se erige como el andamiaje para encausar el trámite de la acción planteada, aunque no se ajusta en los exiguos términos que plantea, que en el presente serían de imposible cumplimiento. Esto, claro está, dada la complejidad del conflicto colectivo planteado.

Que en ese orden, el art. 43 de la Constitución Nacional, respecto del cual se ha dicho que *"…pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el habeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla"* (cfr. CSJN, Consid. 16, *in re Verbitsky,* 328:1146).

Que bajo tal lineamiento, qué más correcto que un caso caracterizado como el presente, tenga la nota plausible de atender al requerimiento de complementación de la presentación, en la hermenéutica teleológica pretendida por esa norma.

Que pues bien, esta categoría compleja debe analizarse de forma prístina como correlato de una paulatina evolución que culmina en la consideración del conflicto en forma global.

Que entiendo, en el caso se debe ponderar en definitiva que se trata de categorías complejas, como lo es una política de actuación como vía de hecho, que se refieren a la totalidad de los destinatarios de una política que se materializa en una práctica a la que se la denuncia como violatoria masiva y sistemática de derechos de ese colectivo.

Que esa enunciación es sobre la que se juzga la admisibilidad en tratamiento. Para ello he de considerar así también que tradicionalmente se ha planteado en las reclamaciones judiciales, una relación individual en la colisión de derechos como la de un acreedor-deudor, damnificado-responsable, estado-imputado, etc. Así planteado, la aparición de un campo global de análisis de conflicto ha trastocado ese binomio.

Que, los derechos clásicamente clasificados en: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, han sido renombrados -en lo particular por la doctrina extranjera-, como de primera y de segunda generación, a los cuales se le agregaron los de tercera generación, donde se ubica el derecho a una mejor calidad de vida, al desarrollo, a la paz, etc. (cfr. EKMEKDJIÁN, Miguel A., *Manual de la Constitución Argentina,* 4ta. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 82).

Que, la conformación de los derechos públicos subjetivos se encuentra embarcada en la misma dirección que las herramientas que brindan protección idónea a la nueva estructuración de derechos, con el amparo y *habeas corpus* colectivos. Si bien la doctrina tradicional habla de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional con visión individual, como ''derechos individuales'', no debe perderse de vista que, inexorablemente, la titularidad de derechos y garantías corresponde al individuo pero no se agota en él (cfr. EKMEKDJIÁN, Miguel A., op. cit., p. 83).

Que la circunstancia de que determinados derechos sean compartidos por un grupo determinado, conlleva a considerar que las herramientas de protección deben comprender una unidad lógica de intereses que trascienden la propia persona, el caso particular, y se consolidan en la relación de grupo.

Que pues bien, he asentado que para verificar la procedencia de una acción colectiva, debe principiarse la cuestión en base a dos criterios rectores como lo son el de la indivisibilidad del remedio y la razonabilidad de los medios.

Que por un lado, la medida que se adopte debe dirigirse, como ya se ha reiterado, a un colectivo homogéneo en sus intereses afectados, puesto lo cual, dividir el remedio implica quitarle su propia naturaleza como categoría compleja. No se pretende una acción individual que dirima un binomio particular, se pretende una acción colectiva que decida sobre la complejidad de una categoría que reúne a un grupo identificado por homogeneidad de intereses afectados.

Que en el caso, la afectación referida se ciñe sobre un colectivo de personas que son los menores de edad, quienes además mantienen presupuesta esa calidad de intereses vinculados, ya que las normas constitucionales han ''*...reconocido que el niño es sujeto de derecho pleno... que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática [...] La Convención... (p)or un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a ´proporcionar al niño una protección especial*'' (cfr. CSJN, *Recurso de hecho deducido por el Fiscal Gral. de Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina, 7537, s/ procedencia,* Consid. 3, rta. 02/12/08).

Que por otro lado, la razonabilidad de los medios apunta a vislumbrar el conflicto y la virtualidad de su resolución. Es por ello que se debe atender a un análisis de planificación y costo, donde una solución individual no sería eficaz (cfr. COURTIS, Christian, *El caso Verbitsky: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?,* Editorial Nueva Doctrina Penal, 2005/B, p. 529 y ss).

Que entablar una problemática desde una órbita abstracta, vinculada a intereses difusos y ajenos a la subjetividad individual tradicional, implica que la antigua concreta colisión de derechos fundada en ese binomio, debe ahora entenderse desde el concepto colectivo cuando se conforma un cuerpo de intereses que excede de la propia persona y asciende a una problemática común.

Que en este nivel de análisis y siendo que no se ventila en esta acción intentada una causa particular, es que no cabe duda alguna que ello sumado a que el *habeas corpus* resulta ser de carácter preventivo sobre una cuestión futura e inminente, que la acción no pretende extraer causas particulares de la competencia de sus jueces naturales por las vías ordinarias. Esto es, este *habeas corpus* colectivo resultaría a la luz de los presentantes la única vía para arribar a una solución y no puede efectivamente realizarse por otro que no sea la evitación del pretenso mal futuro inminente que denuncian los presentantes que se acarrearía con la práctica señalada.

Que, sobre la eventualidad de afectación que podría tener la práctica, resulta condición suficiente y en nada obsta a su procedencia su carácter futuro probable, ya que como lo ha sostenido la Suprema Corte ''*...de verificarse algunos de los*

extremos mencionados por el accionante, sería posible que se configurasen eventuales casos de agravamientos que importarían trato cruel, inhumano o degradante, susceptibles de acarrear responsabilidad al Estado Federal…'' (cfr. CSJN, *in re* ''*Verbitsky*'', Consid. 41).

Que tal problemática, requiere un tratamiento diferente, por lo que considerar que las acciones individuales equivaldrían a la colectiva, constituye un error de concepto. Ello por lo dicho hasta el momento, en cuanto a las características particulares que un conflicto complejo reúne. Así también, en tanto la interposición de un *habeas corpus* en los términos estrictos de la ley 23.098, resultaría -a la luz de los márgenes horarios donde se indica el tiempo de detención de niñas, niños y adolescentes, acompañados por los presentantes en la ampliación de la acción-, palmariamente ineficaz para impedir la vía de hecho o práctica denunciada, es que aquella norma será tenida por marco en tanto no se oponga a la naturaleza del proceso y efectivizándose la operatividad concreta del art. 43 de la Constitución Nacional.

3. Autoridad requerida:

Que más allá de lo asentado por el Fiscal General del Ministerio Público Fiscal, posición que compartieron los fiscales de instancia, cuando se sorprende que el requerimiento se haya dirigido únicamente a ese Ministerio, deben tenerse en cuenta varias cuestiones.

Que debe considerarse que la práctica denunciada, materializada por las agencias de prevención, es dirigida por los agentes del Ministerio Público Fiscal, cuanto menos con la ratificación, pues son los Fiscales los que disponen las medidas que debe llevar adelante la policía, cómo y cuándo deben hacerlo, respetando y teniendo presente en cada acto los estándares legales y de garantía que el plexo constitucional ordena.

Que del mismo modo, los términos de la acción entablada también reduce el marco de litis al que puede acercarse la solución jurisdiccional. Esto es, la práctica que se quiere prevenir y hacer cesar, es la de los integrantes del Ministerio Público Fiscal, y precisamente la que llevaría a que niñas, niños y adolescentes sufran restricción de libertad en el ámbito de la sede policial.

Que ese marco, no permite confundir como lo hace el distinguido Fiscal General, cuando esparce lo que converge en un solo punto, más allá de que pueda repercutir sobre otros actores del sistema judicial.

Que sobre esto, es basal entender que la acción no tiene por sentido avocarse a cuestiones que pudiesen haber tenido lugar en el pasado, sino que se adentra en la consideración de distinguir la existencia de una práctica, para poder atribuir el señorío sobre la misma y en su caso, de corresponder, ordenar su prohibición, de manera de hacerla cesar.

Que sentado esto, y por otra parte, a mi humilde criterio el distinguido Fiscal General ha confundido en todo momento dos cuestiones que vale la pena zanjar en estas circunstancias.

Que la actuación funcional del Ministerio Público Fiscal nada tiene que ver con que éste sea requerido en el marco de una acción de *habeas corpus*.

Que si bien es cierto que la ley orgánica de ese Ministerio propone la actuación de un Fiscal de Instancia ante sus pares de la jurisdicción, debe comprenderse que la citación como autoridad requerida del representante del órgano, no es ya en el ámbito funcional como poder público, sino como órgano jerárquico respecto del cual se requiere una explicación de una política o práctica que ha sido considerada negativa y discordante con el ordenamiento en el marco de una acción como la que nos ocupa.

Que no se desconoce que quien suscribe es un Juzgador de Primera Instancia, y que ante la instancia concurren los actores del sistema judicial de igual jerarquía. Sucede que en el presente, no se dispuso que el Fiscal General comparezca (o se haga representar) frente a esta instancia en su carácter funcional como actor del sistema judicial, sino que, nuevamente reitero, se dispuso que lo haga como representante y autoridad del órgano requerido para dar cuenta de lo que la potestad jurisdiccional le ha mandado a explicar; nadie, que ocupe el cargo que ocasionalmente detente puede ser excluido del imperio del Poder Judicial.

Que nuestro ordenamiento constitucional y los jueces como actores del sistema de justicia, representan una parte de la potestad del Estado. Ejercen un control de constitucionalidad difuso puesto que a ellos se les han reservado las más am-

plias funciones como la de interpretar el derecho, la potestad de la jurisdicción, con la limitación de la competencia.

Que en tal orden, y frente a la potestad jurisdiccional que requiere la explicación de un órgano como el Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial, no puede ser la autoridad requerida la que cuestione la forma y la entidad del emplazamiento judicial. No corresponde a quien le es exigida una explicación a través de un informe, a quien es convocado a audiencia en calidad de cabeza de un órgano por estar *a cargo* del mismo, cuestionar la idoneidad de la medida y sustraerse a un deber de cumplimentar la manda judicial, o hacerlo en un carácter de colaboración extraño al proceso. Todo ello, sin perjuicio de negarle la posibilidad que en su carácter de requerido y luego de concluido el procedimiento eventualmente pueda cuestionar la decisión arribada por vía de apelación de estimarlo pertinente; y sin perjuicio de todo planteamiento que la Fiscal de Instancia hubiere podido realizar al respecto, entre los cuales le cupo de estimarlo procedente, ampliar el objeto a otros actores procesales.

Que puesto que no es la orden judicial de mayor o menor envergadura de acuerdo a la instancia de la cual emana. La potestad tiene un solo origen y la división funcional de los jueces tiene otros propósitos que no tienen que ver con la naturaleza de aquella, la cual, es siempre la misma.

Que se malinterpreta al sostener que es este magistrado quien pretendería reordenar el trabajo del Ministerio Público Fiscal, puesto que confunde nuevamente la actuación de ese ministerio, cuando lo es en el carácter funcional y como actor del sistema de justicia y cuando lo es como autoridad requerida por una práctica denunciada como criterio reiterado y consuetudinario de los agentes ejecutores de las misiones y funciones de ese cuerpo.

Que en este sentido, no se pone en crisis la unidad de actuación, puesto que la presencia de un Fiscal de Instancia en el marco de una acción de *habeas corpus,* tiene un carácter muy distinto al de la autoridad requerida. El Fiscal de Instancia estará siempre convocado en orden al art. 21 de la ley 23.098. La autoridad requerida podrá variar, pero en el caso, coincide en que sea el Ministerio Público Fiscal, en atención a la denuncia presentada por la colega del Sr. Fiscal General ante la máxima instancia, la Asesora General Tutelar, la Dra. Laura Musa.

Que no se ve cuál sería entonces el conflicto de poder indicado por el distinguido Fiscal General, puesto que, en primer orden tanto la jurisdicción como el Ministerio Público –autónomo y autárquico-, se encuentran dentro del Poder Judicial. Tampoco se ve el conflicto planteado dada la etiología del tratamiento, ya que resulta inadmisible que sea la autoridad requerida por la potestad judicial la que pretenda modificar o dirigir el curso de la acción aquí en trámite.

Que en su oportunidad la Sra. Defensora Adjunta, Dra. Bettina Castorino manifestó que ''*La aclaración institucional y procesal, en nombre de la Defensa Pública, es que nosotros no consideramos ilegal la decisión del fiscal en tanto no había, no hay, una prohibición expresa, pero eso de ninguna manera quiere decir que nosotros no consideremos responsables a los fiscales del alojamiento de menores en comisarías*''.

Que habiéndose resuelto en dos oportunidades y por los motivos allí expuestos, en el auto de *habeas corpus* y en la audiencia del día 9 del corriente, tal como lo solicitaren los denunciantes y la Defensa pública oficial, resulta autoridad requerida el Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. Habeas corpus Colectivo, Objeto abstracto e Intereses Difusos y preventivo:

4.1. Colectivo.

Que ''*la defensa objetiva de la legalidad constitucional es un derecho colectivo y, consecuentemente, cuando se verifica su conculcación, cualquier persona titular de derecho esta facultada para promover los procesos judiciales correspondientes en pos de su salvaguarda, por cuanto de esta manera esta garantizando la existencia misma del Estado constitucional de derecho*'' (GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, Maria Victoria y HERRERA, Marisa, *Ley de Protección Integral,* Ediar, 2007, p.52), agregando ''*...la ley 26.061 instituyó una acción colectiva administrativa y judicial a partir del cual reconoció legitimación procesal a cualquier titular de derecho colectivo a la defensa de la fuerza normativa de la Constitución, plasmada en el sistema de derechos fundamentales y humanos de los niños, niñas y adolescentes*''

Que no cabe duda que los derechos de la niñez y adolescencia como entidad son de orden público, o sea que configuran un piso mínimo inamovible derivado del *nemo ius publicum remitere potest,* teniendo por correlato la imposibilidad de sustracción o alejamiento de la norma constitucional en sentido obligatorio y obli-

gado; son irrenunciables; son una tutela especial que se adiciona a los derechos y garantías del resto de los ciudadanos, en su calidad de sujetos de derecho.

Que ya expresa SABSAY en relación con el *habeas corpus* ''*...se debe tener presente la naturaleza de la incidencia colectiva que reúne esta materia, con los efectos que ello produce en el campo de protección y el acceso a la justicia. Así las cosas no dudamos en considerar como lógica consecuencia de lo expresado que el amparo colectivo del art. 43, 2do párrafo de la Constitución Nacional, es la herramienta adecuada para el acceso a los tribunales frente a los incumplimientos que por acción u omisión podrían producirse...*'' (SABSAY, Daniel, *La dimensión constitucional de la ley 26.061 y del decreto 1293/2005,* en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,* Editores del Puerto, 2006, p.24).

Que, ''*la protección de intereses que genéricamente podríamos denominar colectivos guarda estrecha relación con la teoría sociológica. Pues no en vano los conceptos de interés y grupo son realidades sociales antes que jurídicas*'' (MEROI, Andrea, *Procesos Colectivos,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p.42).

Que en el precedente citado, *Verbitsky,* el Procurador General de la Nación estimó que ''*...reconocer a la actora legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva para el medio más idóneo para la solución de la controversia en el caso de los derecho de incidencia colectiva*'' (328:1146).

Que en relación a la decisión del máximo tribunal en el fallo referido precedentemente se han sostenido diferentes opiniones sobre la necesidad de situar el problema de encierro o privación de libertad, en un plano estructural, caracterizando al colectivo de las personas privadas de libertad un derecho de tutela como tal, desestimando una tradición jurídica basada en la lógica del caso individual, que torna ineficaz cualquier pretensión jurídica tuitiva. (cfr. VICENTE, Daniel Eduardo y BOMBINI, Gabriel Adrián, *Verbitsky, el problema estructural de las detenciones en la Provincia de Buenos Aires, y el poder político de los jueces en una democracia constitucional menguada).*

Que la existencia de intereses colectivos, que participan de la calidad de complejidad de las relaciones no puede generar negativa de acceso a la justicia

(CAPPELETTI, Mauro y GARTH, Bryan, *The worldwide movement to make rights effective,* Giufré, Milano, 1978).

Que del curso de las audiencias llevadas adelante en el marco de la acción de *habeas corpus,* surge que el Fiscal de Instancia coadyuvante, Dr. Luis Duacastella Arbizu, refirió que si bien no existe un procedimiento específico colectivo en relación a la acción tratada en el presente caso, consideró que tanto la Cámara Nacional de Casación Penal como la Corte Suprema de Justicia, tramitaron plausiblemente un acción con las características que esboza la presente.

Que también se ha expresado en ese sentido la autoridad requerida, a través del titular del Ministerio Público Fiscal, Dr. Germán Garavano, cuando en la resolución 337/08, hizo saber su preocupación por la problemática llevada a los estrados por la Asesoría General Tutelar, y dispuso colaborar con las autoridades judiciales que deban resolver la acción introducida. De tal forma, resulta implícito un reconocimiento de que la acción debe ser resuelta, en el marco de la problemática compleja que representa, por las autoridades judiciales preestablecidas.

Que en el sentido propiciado el distinguido Sr. Defensor Oficial, Dr. Javier de la Fuente aseveró categóricamente que ''*...estamos hablando de horas de detención, de horas de privación de la libertad, es evidente que no existe otra posibilidad práctica para hacer efectivo este control, que no sea el escogido por los presentantes en esta audiencia, es decir el habeas corpus preventivo y colectivo. Por qué, porque cualquier reclamo o cualquier otra vía que se quiera intentar va a llevar al fracaso, por qué, porque si se presenta una excarcelación es evidente que la excarcelación se va a tornar abstracta porque el menor va a recuperar la libertad mucho antes; si se intenta un habeas corpus* [individual] *exactamente lo mismo*''.

Que por todo lo expuesto entiendo que no cabe duda alguna, y como han coincidido las partes, la presente acción se corresponde al colectivo de protección de la niñez y juventud en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4.2. Preventivo e intereses difusos.

Que la doctrina es conteste en que ante la amenaza de arrestos o restricciones menores de la libertad aparece la figura del *habeas corpus* preventivo, que encuentra amparo legal no sólo en el inc. 1º del art. 3ro. de la ley 23.098, sino también en el art. 43 de la Constitución Nacional (cfr. SAGÜES, Néstor Pedro, *Elementos*

de derecho Constitucional, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 295). Agregando este autor que: *''compartimos la tesis que reputa operativa con ley o sin ley regulatoria, la cláusula constitucional del art. 43 de la cual surge ahora explícitamente el auto de habeas corpus. Por ende el magistrado ante quien se interpusiere la acción, tiene que tramitarla se dé o no el caso de existir norma reglamentaria''* (SAGÜES, Néstor Pedro, *Habeas Corpus, Derecho Procesal Constitucional,* Astrea, Buenos Aires, 1998, p.105).

Que en igual sentido se ha explicitado *'' ...Es aplicable el concepto de inconstitucionalidad por omisión (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional) y así lo contempla el art. 1 tercer párrafo de la ley 26.061: ''La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales, a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de las medidas expeditivas y eficaces.''*

Que en el sentido expuesto el carácter preventivo hace que se requiera demostrar positivamente su existencia, y que la misma no sea una presunción abstracta o académica.

Que estamos convencidos de la necesidad de proveer a la defensa de intereses que involucran a un número significativo de personas. El derecho a obtener una respuesta jurisdiccional a un interés jurídicamente protegido por el ordenamiento esta en la base misma del sistema. La ausencia de dispositivos específicos suele impedir en los hechos el ejercicio de la acción (cfr. MEROI, Andrea, *Procesos Colectivos,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p.15).

Que *''la posmodernidad ha cambiado la concepción del derecho como meramente protector de derechos subjetivos de los individuos para lograr el perfeccionamiento de la protección de grupos, colectivos, comunidades y asociaciones. Que asumir el cambio cultural que implica la supraindividualidad no significa necesariamente tomar parte por la radicalización pregonada por quienes sostiene la muerte del sujeto, sino, por el contrario, reconocer dicho cambio puede contribuir a encontrar caminos superadores para proteger la misma individualidad''* (CHAUMET, María Eugenio y MENICCOCI, Alejandro, *Los intereses difusos en el art. 43 de la Constitución Nacional en el Amparo Constitucional, Perspectivas y modalidades,* Depalma, Buenos Aires, 1999).

Que, según lo manifestado por Niklas LUHMANM *''un hecho es complejo si consiste en tantos elementos que éstos pueden estar en relación recíproca, solo de forma selectiva. Tanto en el plano operativo, como para la selección, la complejidad presupone, pues, siempre una proceso de reducción que fija un modelo de selección de las relaciones y excluye temporalmente otras posibilidades de conexión de elementos como meras posibilidades''.*

Que por todo lo expuesto entiendo que la acción que se pretende en la presente tiene por finalidad prevenir una amenaza cierta de restricción de libertad sobre los intereses del colectivo de niñez y adolescencia en una cuestión sumamente compleja y en el marco de un conjunto de intereses que a primera vista podrían entenderse por difusos.

4.3. Regulación y tutela.

Que en este orden expresaba BADENI: *''...A ello se agrega la cláusula del art. 43 de la Constitución, cuyo contenido no se opone al contemplado por la ley reglamentaria 23.098, de sanción anterior a la reforma constitucional de 1994.''* (BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional,* Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 878).

Que los derechos materiales reconocidos por el legislador constitucional e infraconstitucional no pueden ser negados luego a base de impedir a los ciudadanos que peticionen su tutela judicial. Así ha sostenido BIDART CAMPOS que: *''desconocer, negar, o estrangular la legitimación procesal, privando de llaves de acceso al proceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él, para hacer valer un derecho es inconstitucional''* (BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p.351).

5. Habeas Corpus, Gravedad Institucional y vía única de tutela de derechos:

Que conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la expresión de *gravedad institucional* comprende, en sentido amplio, aquellas cuestiones que exceden el mero interés de las partes y afectan de modo directo al de la comunidad (cfr. CSJN 247:601, 255:41, 293:504 y 307:770).

Que la institución referida, fue introducida por el máximo tribunal, con el objeto de instrumentar un factor de moderación en cuanto a los criterios de admisibilidad para el recurso extraordinario federal (cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Recurso Extraordinario,* Astrea, tomo II, 3era. edición, 1992, p. 364 y ss).

Que tal categoría, tuvo fundamento en la fragilidad de las situaciones que le eran sometidas a su conocimiento, debiendo entonces sopesar, el formalismo ritual frente a la exigencia de su necesaria intervención por la gravedad que el supuesto revelaba.

Que la racionalidad y control de los actos de gobierno a través del intercambio institucional de los poderes del Estado, contempla que el tópico en *excursus* sea acaparado ampliamente por el derecho de acceso a la jurisdicción, que se materializa mediante la relación de fortalecimiento del control de constitucionalidad, la división de poderes y la compresión del interés público por sobre el individual.

Que como ya se ha sostenido, la injerencia en los derechos fundamentales de un colectivo de personas con intereses homogéneos, permite ocurrir en amparo con la herramienta jurídica de acción colectiva.

Que por tratarse de una problemática compleja, los criterios rectores de la indivisibilidad del remedio y la razonabilidad del remedio, permite considerar que una solución individual no sería eficaz, por tratarse como ya se ha dicho, de un cuerpo de intereses que excede la propia persona y asciende a una problemática común, esto es: gravedad institucional.

Que por ello, pensar que las acciones individuales equivaldrían a la colectiva supone un error conceptual, que implicaría arrojar al fracaso un planteamiento que reconoce tutela normativa en el art. 43 de la Constitución Nacional (cfr. CSJN, *in re Verbitsky,* Consid. 16).

6.1 Cuestión de fondo planteada en el expediente respecto del colectivo de niñas, niños y adolescentes:

6.1. El interés superior del niño:

Que la concepción del interés superior de la niñez es en el orden internacional anterior a la propia Convención pudiendo ubicarse en el Preámbulo de los Derechos Humanos de La Haya de 1980 (cfr. DUTTO, Ricardo, *El mejor interés del niño, la Constitución Nacional y la jurisprudencia,* Zeus, 15/10/96).

Que coincidiendo con gran parte de la doctrina en el entendimiento que el interés superior del niño es pauta en toda resolución judicial en carácter de *estándar jurídico,* es que cabe recordar las palabras del jurista SPOTA que explicó: ''*... entre la regla del derecho (limite heteronómico de la voluntad del juez) y la norma individualizada que importa la decisión judicial media un camino a seguir que ha de recorrerse sobre la base de las valoraciones que, a través de ese precepto jurídico, han de ser aquilatadas. Entre dicha regla y el poder discrecional o el arbitrio median estándares y directivas que implican un límite autonómico de esa voluntad*'' (confrontar SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho Civil,* 1925, p.150/1).

Que en esta altura de la discusión jurídica, damos por sentado que los derechos consagrados en la Convención no son programáticos sino operativos y que el intérprete judicial debe confrontar su cumplimiento como una normatividad reforzada, siempre atendiendo en caso de duda al principio rector del superior interés del niño.

Que la Opinión Consultiva 17/2002 debe ser entendida como la premisa bajo la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende ''*el superior interés del niño, siendo la directiva bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de las decisiones relacionadas con los niños. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potenciales...*''. En este sentido ha dicho la Corte Internacional ''*...el interés superior del niño es la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento...*''.

Que en palabras de CILLERO, el interés superior del niño en el contexto de la ley 26.061 debe ser definido como ''*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos, en una pretensión de superar la indeterminación del contenido del interés superior o de otorgarle sólo la función de un principio que permitiera ponderar intereses*''.

6.2. Normas aplicables:

6.2.1. Bloque federal de garantías, la Protección Integral en la ley 26.061 y la operatividad local:

6.2.1.a. Protección a nivel federal e incumbencia del Poder Judicial:

Que la doctrina es conteste en que el paradigma de la protección integral de la niñez y adolescencia consagrada por imperio del dictado de la ley 26.061 es de aplicación como un estándar mínimo federal en el territorio de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como bloque federal, sin perjuicio del dictado de las normas locales específicas que le reconozcan o aún le superen en este piso de garantía federal.

Que se tiene dicho a consecuencia de la afirmación precedente que: "*...Los Estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están facultados para aplicar –tanto en sede judicial como administrativa- la normativa federal a través de los órganos locales...*" (Confrontar GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, Maria Victoria y HERRERA, Marisa, *Ley de Protección Integral,* Ediar, 2007, p.45).

Que no cabe duda alguna que la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente *Casal* (LL 2005-F-110), es la preeminencia del orden constitucional sobre el imperativo legal inferior, siendo que son los jueces por imperio del control de constitucionalidad los que tienen a su cargo el cierre del sistema de garantía.

Que "*...desde esta óptica la exigibilidad consagrada pro la ley 26.061, conlleva la plena operatividad de los derechos reconocidos en el texto legal, como una forma de dar expreso cumplimiento a la obligación internacional asumida al ratificar la Convención Derechos del Niño y a la obligación constitucional determinada por la jerarquía constitucional que en las condiciones de su vigencia adquirió este instrumento internacional tras la reforma constitucional de 1994. Por ende, ninguno de los poderes constituidos ni los particulares podrán aducir la existencia de lagunas o antinomias que impiden el pleno ejercicio de esos derechos por parte de sus titulares...*" (GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, Maria Victoria y HERRERA, Marisa, *Ley de Protección Integral,* Ediar, 2007, p.50).

Que sumado al hecho indiscutible de la protección e interés protegido es unánime la doctrina en el rol de garante sistémico del Poder Judicial. Así expresaba LOPEZ OLIVA que: "*...el Poder Judicial es a quien le compete el rol de contralor y último garante del cumplimiento de los compromisos asumidos, a partir del marco legal que regula el sistema de política social...*" (LOPEZ OLIVA, Mabel, *Las políticas públicas en la ley 26.061 de la focalización a la universalidad* en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.135-136).

Que el reclamo por el abandono del modelo de la situación irregular, no exige más que un nuevo rol de parte del Poder Judicial, que se encuentra fincado en la defensa de la legalidad. "*El Poder Judicial, con la pérdida de sus facultades tutelares no desaparece como actor en el escenario de la política social. Por el contrario, la ley apela a la generación de magistrados que asuman su obligación de control de legalidad*".

Que "*...el Poder Judicial en su función de legalidad de la política social puede ser llamado para definir la legalidad o ilegalidad de una política o práctica... su función debe dirigirse a establecer si existe incumplimiento o si se han afectado los estándares mínimos y principios que debe respetar la política social dirigida a los niños. Además, debe identificar a los responsables institucionales y, en su caso, ordenarles el restablecimiento de los derechos afectados*" (LOPEZ OLIVA, Mabel, *Las políticas públicas en la ley 26.061 de la focalización a la universalidad* en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.144).

Que siguiendo el pensamiento esbozado en el párrafo anterior, la autora sostiene que "*...la función del Poder Judicial, como poder que marque el incumplimiento y ordene la acción de los otros poderes, frente a la amenaza o vulneración de derechos, aparece como un enclave insoslayable en la construcción de Estados que efectivamente garanticen el goce de los derechos, tal como lo postula el nuevo modelo*".

Que por supuesto, la ley 26.061 recoge la reglas y directrices indicadas, cuyos tópicos integran las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.*

6.2.1.b. Bloque de protección internacional:

Que cabe señalar que el art. 19 de la ley 26.061, debe ser interpretado conforme fuera establecido mediante el decreto 415/2006 (reglamentario de la norma), en el cual se sostiene que "*La privación de libertad personal adoptada de confor-*

midad con la legislación vigente, no podrá implicar la vulneración de los demás derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes, debiendo considerarse parte integrante del artículo 19º en su aplicación, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990''.

Que así también se aclara en último término que ''*El lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad el niño, niña o adolescente a que refiere el último párrafo del artículo objeto de reglamentación comprende tanto a establecimientos gubernamentales como no gubernamentales*''.

Que el principio de respeto internacional al procedimiento legal, que presupone que el proceder en legalidad se encuentra fijado por la ley y que no puede ser alterado por el órgano jurisdiccional, se encuentra previsto en el art. 40 inc. 2 apartado b) regla III, correlacionándolo con el art. 17 y 17.4 de las Reglas de Beijing (Confrontar en igual sentido GARCIA MENDEZ, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p.70).

Que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su art. 10 párrafo tercero estipula que: ''*...los menores delincuentes serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica...*''.

Que es palmaria la disposición de las Reglas de Beijing que en su art. 10, apartado 2do, dice: ''*...El juez, funcionario u organismo competente, según el caso, deberán examinar sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor...*'', cuando se combina con la Convención Americana de Derechos Humanos como su correlato y que en su art. 10, párr. 2do, inc. b.-, establece que ''*cuando los menores puedan ser procesados, debe buscarse la mayor celeridad posible*'', que también es reafirmado por el art. 40, párr. 2do, inc. b., apartado III) de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando expresa: ''*Los Estados partes garantizarán a todo niño que haya infringido las leyes penales que la causa será dirimida sin demora*'', así como

que ''*Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias*'', art. 20. 1, de las Reglas de Beijing.

Que así también, la regla 12.1 de ese cuerpo, señala que para el mejor desempeño de las funciones, los agentes de policía que entren en contacto con menores, deben recibir instrucción y capacitación especial. También se remarca en la regla 22.1, previendo la enseñanza profesional, cursos de capacitación y sistemas adecuados de instrucción.

Que las Reglas para la protección de los menores privados de libertad en su apartado II.11 b), establece que se entiende por privación de libertad ''*...toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permite salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública*''.

Que cualquier tipo de privación de libertad, aún la prisión preventiva del menor, de acuerdo con el bloque internacional de protección de la colectividad de la niñez se llevará a cabo durante el período más breve que proceda, tal como especificará la Convención de los Derechos del Niño en su art. 37, inc. b), las Reglas de Beijing en su apartado 13.1, que prevé la aplicación de prisión preventiva como último recurso y durante el lapso más breve posible, promoviendo la utilización de medidas sustitutivas, siendo que en el caso de aplicarse deberá establecerse en lugares distintos de los adultos o en recintos separados en donde se haya detenido adultos.

Que debe remarcarse que si bien los cuerpos normativos citados no son Tratados ''*...jurídicamente integran lo que se ha dado en denominar el soporte jurídico del paradigma de la protección integral de la infancia y la adolescencia. Estas son las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); las Reglas de Beijing para la Administración de la Justicia de Menores (Res. 40/33); las Directrices de RIAD para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Res. 45/112) y las reglas de la Habana para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (45/113)*'' (cfr. *Raquel Ponzinibbio s/ habeas corpus,* Juzgado de Garantías del Joven del Departamento Judicial de La Plata).

Que la regla 19.1 establece el carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, como último recurso y, nuevamente, por el plazo más breve posible. De la misma forma, la regla 28.1 señala que la autoridad pertinente

recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible.

Que en el mismo sentido, las Reglas para la protección de los menores privados de libertad en su art. I.2, indican que la privación de libertad de un menor debe decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales.

Que asimismo, en el punto II.15, se asienta el ámbito de aplicación del conjunto de las reglas, a todos los centros y establecimientos de detención de cualquier clase o tipo en donde haya menores detenidos. Por disposición de la regla IV.C.29, en todos los centros de detención los menores deben estar separados de los adultos a menos que pertenezcan a la misma familia. En los mismos, se dispone que deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas (cfr. IV.K.65).

Que las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), delimitan un marco de interpretación del bloque internacional de protección integral, debiendo aplicarse junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el contexto de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, junto a otros instrumentos y normas relativos a los derechos, intereses y bienestar de los menores y jóvenes (cfr. Directriz II.7).

Que también este cuerpo señala la necesidad de capacitar al personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y otras funciones pertinentes, para atender a las necesidades especiales de los jóvenes (cfr. Directriz VI.58).

Que en el mismo sentido, la cooperación internacional propende a la intensificación regional e internacional en asuntos relativos a la delincuencia juvenil, prevención y justicia de menores, con participación de profesionales, expertos y autoridades.

6.2.1.c. Protección a nivel local:

Que de la misma manera, en el ámbito local de la Ciudad, la ley 114 hace alcance e incorpora como parte integrante a las reglas y directrices citadas, constituyendo norma positiva local de aplicación al igual que la federal.

Que este posicionamiento normativo, no deja espacio a especulación sobre la operatividad de esos cuerpos legales, cuyo objeto radica en la implementación de un sentido unívoco en la aplicación de un sistema cuya idea básica radica en la protección integral del joven y el interés superior de éste.

Que se ha sostenido en relación con el interés superior del niño y el bienestar del menor, que *"no son consejos sino pautas obligatorias que tienen que tomar en cuenta los tres poderes del Estado: el Congreso en su legislación y sus políticas sobre minoridad, los organismos de la administración y los tribunales de justicia..."* (D´ANTONIO, Daniel, *Convención sobre los derechos del niño,* Astrea, Buenos Aires, 2001, p.18).

Que con claridad meridiana el Profesor BIDART CAMPOS decía: *"creemos que los jueces argentinos están llamados y urgidos a dar la buena lección de que cuando el Estado se hace parte de un tratado sobre derechos humanos, sus tribunales tiene que reconocerles y prestarles fuerza vinculante, en lo interno y en lo internacional. Los tratados no son trajes de fiesta para exhibirse vestidos en el concierto internacional. Los tratados son para cumplirse"* (BIDART CAMPOS, Germán, *La aplicación judicial de la Convención de los Derechos del Niño,* El Derecho, ps. 150-514).

Que refuerza este precepto que es recogido como obligatorio por la ley 114 en atención a la incorporación de las reglas citadas precedentemente, lo estipulado en el art. III.17 cuando explicita que cuando se recurra a la prisión preventiva, los tribunales y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible.

Que más allá de la positivización dada por las leyes 26061 y 114, la ley 2.451 -Régimen Procesal Penal Juvenil-, establece ciertos estándares más altos en materia de garantías del niño, niña y adolescente. En tal sentido, el art. 28 señala que la privación de libertad sólo puede cumplirse en establecimientos especialmente destinados a esos efectos.

Que al tiempo de referirse en el art. 50 a la prisión preventiva, la establece como excepcional, sin que pueda exceder el período de sesenta días corridos, y bajo los lineamientos del art. 28 y el título XIII, sobre control de las medidas privativas de la libertad.

Que en tal orden, el art. 81 fija el alcance del concepto *medida privativa de libertad,* consonante con la regla II.11.b) de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, ya reseñado.

Que en lo propio, el art. 83 prescribe que son establecimientos destinados al alojamiento de las personas sujetas a la ley -menores-, los que cumplen como *mínimo,* con las Reglas de Naciones Unidas citadas precedentemente. Con ello, el *corpus* de protección del colectivo de niños, niñas y adolescentes toma forma definitiva con la leyes 26.061 -y su decreto reglamentario 415/06-, 114 y 2.451.

Que por último, vale hacer alcance de una norma que ha sido citada a lo largo del caso, concretamente el art. 85, 4to. párr., que establece que la dirección de los centros especializados estará a cargo de personal especializado y capacitado, y en ningún caso podrá estar a cargo de personal policial, penitenciario o de las fuerzas de seguridad.

6.2.2. La Convención de los Derechos del Niño:

Que emana sin lugar a dudas del art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la obligación legal de que todos los órganos del Estado hagan efectiva la Convención, así se ha sostenido que ''*...en caso de haber colisión de contenidos corresponderá a los jueces aplicar la norma de positividad reforzada –en este caso la Convención, en función de los dispuesto por el art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional y los órganos legislativos, tomar las medidas necesarias para adecuar la legislación interna a lo dispuesto por la norma internacional*'' (D´ANTONIO, Daniel, *Convención sobre los derechos del niño,* Astrea, Buenos Aires, 2001, p.53). En palabras de ZARINI ''*no basta con consagrar el principio de supremacía constitucional; es necesario, además, organizar el procedimiento que lo haga efectivo*'' (ZARINI, *Constitución Argentina,* p.136).

Que el art. 37 de la Convención estipula las pautas generales para la privación de libertad de los niños, niñas y adolescentes, delineando una verdadera condición de cumplimiento de la privación ambulatoria del colectivo niños.

Que por su parte el art. 40 de la Convención estipula las condiciones de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en relación con la ley penal. Así se destaca que ''*...la Convención comienza por establecer un compromiso estatal conforme al cual el hecho cometido por el niño queda desplazado por la consideración de su situación personal y por una proyección de la actividad protectoria sobre él que permita la superación de aquella*'' (D´ANTONIO, Daniel, *Convención sobre los derechos del niño,* Astrea, Buenos Aires, 2001, p.194).

Que la Convención sobre los Derechos del Niño establece que la detención, encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley (art. 37, inc. b), siendo que como especifican las reglas para la protección de los menores privados de libertad en su articulo II.12. debe efectuarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos de los menores.

6.2.3. La Convención Americana de Derechos Humanos:

Que establece en relación con las personas privadas de libertad en su art. 5º inc. 5) que cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

Que en su art. 19, establece que ''*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*''.

Que en tal conformación, el derecho del niño a la pronta solución de una situación de detención debe ser comprendida en el marco de la fragilidad e importancia que las normas asignan como valor fundamental de la sociedad a través de los poderes de la República a la condición de la juventud.

7. La prueba:

7.1. Hechos no controvertidos:

Que del trámite de las audiencias públicas y la exposición de las partes citadas para dilucidar el conflicto planteado por los denunciantes, subyace que niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, fueron trasladados a sedes policiales con fines de identificación y/o alojamiento en espera.

Que en este sentido, la Sra. Fiscal, Dra. Claudia Barcia, refirió que ''*...hay hechos no controvertidos. Es un hecho no controvertido por este representación que los menores son alojados en sede policial. Es un hecho no controvertido, no vamos a discutir sobre ello. Eso sí, son alojados para trámites identificatorios y por*

un período temporal que no supera las escasas horas. Es un hecho también que dicha circunstancia no puede describirse como una práctica, menos aún que sea ilegal, menos aún que sea perpetrada por los fiscales. Por el contrario es un procedimiento regular, a partir de detenciones en flagrancia dispuesta por la policía, ratificadas en todos los casos por los Fiscales conforme a la normativa vigente [...] Entonces, cuando se dice que no pueden ser alojados para estos trámites iniciales en Comisaría, si es una expresión de deseo la alentamos, que más queremos todos los actores que velemos por un mejor sistema de justicia para mayores y para menores especialmente. Ahora, ¿qué esto esté prohibido? Esto no está prohibido''.

Que sobre esta exposición, el Sr. Asesor Tutelar, Dr. Carlos Bigalli, expresó que *''La Dra. Barcia dice que reconoce la existencia de la privación de la libertad en dependencias policiales. Que reconoce la existencia de esa ratificación de esa privación de libertad por parte de integrantes del Ministerio Público Fiscal, pero sostiene que esa práctica -a pesar de que no la llama práctica porque discute la utilización del vocablo práctica-, dice que no es ilegal. Y la postura conforme a la cual no es ilegal la construye por dos caminos diferentes. Un primer camino porque no existe norma expresa que prohíba la práctica en la legislación local, frente a ello solo debo decir que el ámbito de lo lícito y de lo ilícito no solo se obtiene tomando en cuenta algunos de los operadores deónticos como el operador deóntico prohibido solamente. Es obvio para nosotros que es una práctica prohibida, una práctica proscripta, una práctica ilegal. Entre otras cosas porque el art. 85, párr. 4to, in fine, sostiene que no puede ser dependientes de fuerzas de seguridad. Por esa sencilla razón, que no es la única podemos seguir sosteniendo que es ilegal aunque no exista una norma que expresamente lo prohíba. Reitero, disiento conceptualmente con este construcción del ámbito de lo lícito o ilícito''.*

Que por lo expuesto, resulta claro que además de no controvertido, se ha podido constatar tanto de los casos particulares traídos en análisis, como de los testimonios recogidos al momento de la inspección ocular, que niños y jóvenes en conflicto con la ley penal, en materia de competencia local, son alojados en sede policial.

7.2. Valoración de la prueba:

Que tal como se referenciase en el acápite precedente, del trámite de las audiencias públicas y de la exposición de las partes, se puede concluir que ha existido privación de libertad en sede policial con fines de identificación y/o espera de menores en conflicto con la ley penal.

Que el producto de las inspecciones oculares llevadas adelante en las seccionales policiales en el ámbito de la Ciudad, permitió observar a este juzgador, la existencia de espacios dentro de las dependencias destinados a la estadía momentánea de niños y jóvenes.

Que el 9,09% de las dependencias policiales inspeccionadas tenían baños en el lugar de alojamiento. El 98,18% posee personal sin capacitación especial para el trato con menores en conflicto con la ley penal. Sólo el 16,36% posee sanitarios con división por sexo. Que el 12,72% posee mobiliario mínimo y mantas. El 76,36% posee una sala única sin distinciones de sexo o género. El 74,54% posee bancos de material. Únicamente el 34,54% posee en las salas destinadas a menores luz natural. En último orden el 47,27% de las dependencias posee sanitarios que son compartidos con personal policial y detenidos adultos.

Que en el mismo sentido los informes remitidos por los Fiscales de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas y las observaciones sobre estos realizadas por las partes, también permiten sostener la existencia de la privación de libertad tal como refiriese anteriormente.

Que esa privación de libertad no sólo se encuentra constatada por aquellos elementos de convicción, sino que yendo un poco más allá de la situación material en sí, se puede tener por acreditado que aquella se ha concretizado a expensas de la exclusiva participación de quienes dirigen y comandan un procedimiento de naturaleza penal en el ámbito de las competencias del Poder Judicial de la Ciudad, que concretamente son los fiscales.

Que para mayor abundancia se torna plausible relevar las alegaciones efectuadas por la Asesoría Tutelar de Instancia, en su carácter de presentante y durante el trámite de la audiencia de esta acción, en las cuales se precisan los casos particulares que a modo de ejemplo se esgrimieron para determinar la existencia de directivas concretas de los fiscales a los fines de identificación y a su pro-

ducción en el ámbito de las sedes policiales. (ver fojas 22, 40, 171, 229, 362, 498, 642, 690, 858/862, 887/888, 907/908, 927/928, 989, 1.030/1.032, 1.082, 1116/1118, 1135, 1196/1197, 1272/1273, 1302/1303, 1323/1324, 1345/1346, 1382, 1471, 1496/1497, 1523/1524, 1539, 1595/1596 de los cuadernillos de prueba informativa remitida por los Fiscales de Primera Instancia que corren por cuerda separada).

Que por otra parte, obra en el expediente un informe del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el que se precisa que la información brindada al Tribunal lo es en caso de intervención de la Guardia Permanente de Abogados, dependiente de ese Consejo, en hechos donde sujetos menores de 18 años sindicados como autores o partícipes de contravenciones o delitos transferidos, se encontraban detenidos en sede policial por orden del Ministerio Público Fiscal.

Que independientemente de la información inconsistente acompañada en copias a la Nota 16.674, debe resaltarse el hecho de que la intervención del organismo lo fue en supuestos de jóvenes privados de libertad en conflicto con la ley penal por disposición del Ministerio Público Fiscal.

Que la gravedad de la práctica indicada se evidencia en los grupos de menores afectados por el agravamiento que comporta la privación en sede policial. Esto es, y tal como lo indicase la Defensora General Adjunta sin que ello haya sido controvertido, el 68% de los casos se vinculan con jóvenes entre 16 y 17 años, el 32% de los casos se vinculan con menores de 15 años.

Que así también, de la prueba colectada se desprende que resulta falaz el argumento de la Fiscalía de Instancia respecto del ámbito de prevención y defensa social ya que los delitos que podrían considerarse graves sólo representan un mínimo porcentaje del total. En este sentido, la Defensora General Adjunta que sostuvo que sólo el 7% de los casos analizados y recopilados en el legajo de prueba se corresponden con aquellos.

Que corresponde aclarar que el concierto de actores involucrados de manera precoz en el procedimiento penal han ejercido en el ámbito de sus competencias las funciones que por su rol les corresponden, y que por la naturaleza del conflicto planteado en el presente caso en donde una situación usual se llevó adelante bajo estándares que luego fueron dejados de lado por el desarrollo y la progresividad en la evolución normativa, no les permitió vislumbrar sino tardíamente que la realidad había dejado de acompañar el horizonte que las normas actuales imponían como deber.

Que sin perjuicio de ello, resulta valioso tomar en la esfera jurisdiccional al planteo que inspire contribuir a la redefinición de un proceso que ha de ser modificado no por la decisión de una controversia sino por la promoción e instauración de una idea con el poder de promover un debate y establecer fuertes parámetros de protección integral.

8. CONSIDERACIONES GENERALES:

Que el *habeas corpus* consiste en la garantía constitucional destinada a brindar protección judicial para toda persona o colectivo de personas que son privadas de su libertad física o su libertad ambulatoria, o bien se las encuentra restringida, agravada o amenazada ilegalmente, siendo que real o potencialmente, se dispone que de ser ilegal, arbitraria o lesiva, se obtenga su cese.

Que siguiendo el pensamiento del Profesor CIURO CALDANI cada vez que un sector de la realidad social exige criterios especiales de justicia, el derecho va conformándose a ese tipo de exigencias, modificándose las ramas jurídicas existentes y en algunos casos constituyendo ramas autónomas, o como agregamos extendiendo los procedimientos existentes para abarcar las nuevas situaciones y no generar una negación de justicia. (Puede ampliarse en CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política,* Rosario, 1984, Tomo II, p.174 y ss).

Que no cabe duda que los jueces estamos llamados a encontrar las vías pertinentes para hacer efectivos los derechos y garantías de los ciudadanos y para ejercitar el contralor de las disposiciones constitucionales, legales e internacionales cuyo incumplimiento podría acarrear responsabilidad internacional a la Nación.

Que ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *"atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encausar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedaran desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere* (CSJN 324:122, también citado en *Defensoría Oficial de Responsabilidad Penal Juvenil Nº 16 La Plata* 30/10/2008).

Que huelga decir que entiendo que este *habeas corpus* es la vía pertinente para intentar evitar una práctica, que en los hechos no puede ser tutelada eficaz-

mente por otro medio, y que hay que celebrar que parte de nuestro Poder Judicial pretenda, para estas formas breves de privación de libertad, encontrar estándares superadores a los existentes en otras jurisdicciones.

Que habiéndose tenido por probado el hecho que los niños y adolescentes sometidos a jurisdicción del Poder Judicial local son alojados, aún por escasas horas, en Seccionales policiales dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, corresponde dilucidar si ello es respetuoso de las normas legales vigentes en el ámbito local.

Que no cabe duda, a mi criterio, que en primer término corresponde refutar algunas de las afirmaciones realizadas por la Fiscalía de instancia en su conclusión sobre la prueba producida.

Que al momento de sostener la Fiscalía de Instancia que las Comisarías de la Policía Federal Argentina en el ámbito de la Ciudad, como un lugar que respeta los estándares internacionales mínimos para servir a los efectos de identificación de menores en conflicto con la ley penal, relacionó que *''La Corte Interamericana de Derechos Humanos dice que se puede alojar menores en Comisarías para este tipo de trámites [...] Quiero entrar específicamente y me ha abierto la puerta del caso Bulacio la propia presentante y también la defensa... Quiero nuevamente que me permita la deferencia de leer el párrafo 132 del caso Bulacio vs. Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicen los jueces de la Corte ''Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos que aseguren la observancia de los derechos y garantías establecidos en los párrafos anteriores''.*

Que sobre esto, el Sr. Asesor Tutelar, contestó que *''En el derecho internacional de los derechos humanos, existe una norma que es un principio si se quiere, que es el principio Pro Homine, que establece, que ya viene de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que los Tratados deben ser interpretados de buena fe y además establece que cuando un estado parte de un Tratado establezca la vigencia, la existencia de un derecho con mayor alcance, con mayor extensión, con mayor garantización, etcétera, debe aplicarse el derecho del estado parte y no el derecho del instrumento internacional del que se trate; y lo propio acontece (que es una norma de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos), a nivel convencional. Esto es, también existe una norma en el orden del derecho internacional de los derechos humanos, conforme al cual cuando un estado extienda determinado derecho, lo garantice de una forma más*

eficaz, etcétera, nunca podrá ser utilizado el Tratado del que se trate, como obstáculo para la aplicación del Tratado, del instrumento de derecho internacional de derechos humanos que consagre o que mejore esa situación jurídica, por decirlo de algún modo... Finalmente y en cuanto a este argumento es dable observar que después de Bulacio la Legislatura local legisló. Y después de Bulacio la Legislatura local legisló entre otras cosas por la sentencia de Bulacio, esto es por la obligación impuesta al estado argentino de adecuar la legislación interna razón por la cual no advierto como la vía de Bulacio y por la vía de un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pueda dejar de lado un estándar (que nosotros sostenemos) está fijado en la legislación local, como forma de receptación del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia.''

Que sin perjuicio de coincidir con los argumentos vertidos por el Dr. Bigalli, hay que destacar que la referencia realizada por la Fiscalía parece cuanto menos desacertada, puesto que cabría recordarle que el estado del caso *Bulacio* generó a la República Argentina responsabilidad internacional y que sugirió la modificación de las normas internas, hecho éste que posteriormente dio lugar a revisiones normativas, como las disposiciones de la ley local que pretenden ser cuestionadas por la fiscalía de instancia.

Que precisamente, el argumento para la vigencia de algunas prohibiciones, entre ellas la receptada en el art. 85, sin duda son producto de casos como el traído en análisis por la Sra. Fiscal, en el entendimiento que situaciones de hecho como las de Walter *Bulacio,* que recordemos se encontraba en sede policial para identificar antes de hallar su muerte, no pueden volver a suceder en la República Argentina.

Que parece tan desacertada la cita al caso *Bulacio* en la presente como acertado el citar las palabras del juez Trindade en el caso señalado en su acápite 3. de la sentencia parcialmente utilizada por la Fiscal Barcia, cuando consigna textualmente: *''...Una noche, el hijo, al dirigirse a un concierto musical, fue atrapado en una detención masiva y golpeado por agentes del poder público. Al fallecer, una semana después, llevó consigo las expectativas que su familia en él depositaba, como hijo primogénito y excelente alumno. El dolor por la pérdida, en estas circunstancias, del ser querido, agudizado por la insensibilidad del poder público y la impunidad de los responsables, tuvo un impacto avasallador sobre toda la familia. Pronto se torno insoportable, al punto de desintegrar la unidad familiar y lanzar a los tres sobrevivientes en las profundidades de una tristeza sin fin''.*

Que insistiendo en la parcialización de los argumentos realizada por la fiscalía, sin perjuicio de lo inútil que resulta por haberse superado normativamente, no puedo menos que recordar también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos contextualizó también en su acápite 126 que: ''*... La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad...*''. Agregando después en el acápite 132 propiamente citado por la fiscal *ab initio* que: ''*... los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos...*'', a lo que agrega en el acápite 136: ''*Para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se les separe de los detenidos adultos. Y, como lo estableciere este Tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados deben estar debidamente capacitadas para el desempeño de su cometido*'' *(el subrayado me pertenece).*

Que ya he explicitado expresamente que la interpretación normativa que debe realizarse en la presente siempre debe realizarse a la luz del superior interés del niño, y ninguna duda cabe que en este orden la sede policial jamás y bajo ninguna circunstancia podrá ser tenida como el lugar especializado de alojamiento, aún temporal, transitorio, en espera o para identificación previsto por las normas.

Que por otra parte a esta solución se ha arribado también recientemente por otros órganos jurisdiccionales, en acciones por vía de *habeas corpus* colectivo como las prohibiciones emanados del Juzgado del Joven y del Juzgado Contencioso Administrativo, ambos del Departamento Judicial de La Plata en la Provincia de Buenos Aires.

Que sin perjuicio de lo expuesto, tampoco cabe duda que el actual estado situacional de las seccionales policiales, visualizado por la inspección ocular que ha tenido lugar en la causa, difícilmente pueda sostener, si es que existe interés en la protección de la niñez y adolescencia, que no resulta lesivo de la dignidad del colectivo.

Que también comparto el análisis sobre el estándar mínimo realizado por la Defensa Pública, en argumentos del Dr. de la Fuente, quien expresó: ''*Me parece que es muy gráfico para entender esto lo que ocurrió en el caso Gómez; en el caso Gómez, sin duda, se discutía una prisión preventiva -esta sí que es sin duda una atribución exclusiva del juez- los hechos demuestran que la prisión preventiva no se hizo efectiva, y que el juez dispuesto no ejecutar esa medida restrictiva, esa medida cautelar, precisamente porque no habían establecimientos adecuados. Si trasladamos este razonamiento a la medida inicial que adopta el fiscal, quizá, la solución es claramente inversa, el fiscal se encuentra con el problema que no hay establecimientos, y en lugar de no aplicar la medida, la aplica y dispone la permanencia en la comisaría. Con respecto a este primer argumento, entendemos que sí, esta clase de prácticas, insisto no la aprehensión sino la permanencia del menor en la comisaría tiene origen en una decisión del Ministerio Público Fiscal*''

Que la Dra. Castorino, al momento de hacer uso del derecho a réplica, asentó que ''*...lo que la ley dice es que la persona podrá ser derivada al Ministerio Público, y que el Ministerio Público debe controlar, dice el artículo, las condiciones de la detención inicial. Pero bueno, si en realidad lo que en los hechos ha sucedido, es el Ministerio Público Fiscal el que se ha ocupado directamente no controlando, sino directamente, funcionalmente de esta perspectiva de la identificación. Entonces si ese es el estándar, si ese es el estándar, para la materia contravencional, si ese es el estándar, no podríamos hacer menos en materia penal de la minoridad. No podríamos hacer menos.*''

Que si la interpretación y el estándar de identificación y privación de libertad en los momentos iniciales de la investigación preparatoria han sido fijados para contravenciones y en un primer momento por la denominada ley parche para los delitos respecto del primer convenio de transferencia de competencia penales de la Nación a la Ciudad, antes del Código Procesal Penal, no cabe duda que ese estándar de protección especial le debe ser dado a la niñez y la juventud, generando así un contralor especial de un órgano judicial, como es el Ministerio Público Fiscal encargado de la investigación penal preparatoria.

Que corresponde adelantar que, a mi humilde criterio, la práctica de alojamiento de niños, niñas y adolescentes en sede policial y a cargo de personal policial resulta lesiva del conjunto de normas que regulan la protección integral de la niñez y adolescencia, y en su consecuencia debe disponerse en el cese de la misma por ser lesiva de derechos y garantías.

9. Práctica lesiva de derechos:

Que el propio Fiscal de Instancia ha sostenido, que "*...en los casos de flagrancia la autoridad de prevención procederá a la detención del imputado, vemos que no es el Ministerio Público Fiscal quien practica esa detención. Es decir que no es quien ha realizado el acto denunciado como lesivo en los términos del art. 9 inc. 3. En todo caso sí el Dr. Bigalli ha aclarado en la audiencia de hoy, que ha permitido la permanencia, ha dispuesto la permanencia o ha tolerado la permanencia de este menor en estas dependencias, circunstancias que insisto todos hemos tolerado*".

Que en ese mismo orden, señaló que "*Los que denuncian no podían desconocer que los jóvenes eran alojados en comisaría y que esta práctica era puesta en su conocimiento y que tenían mecanismos procesales y aún internos de resolución para hacer cesar esta práctica*".

Que en este sentido, también subyace que independientemente de las responsabilidades sobre la práctica en cuestión, la misma ha sido reconocida, en tanto se ha reputado como tolerada por los actores del sistema de justicia.

Que por su parte, el Sr. Defensor de Instancia Dr. Javier de la Fuente expresó "*... estas clases de medidas denunciadas en habeas corpus no fueron supuestamente dispuestas por el Ministerio Público Fiscal; en realidad yo creo que tenemos que ser claros, la aprehensión inicial sin duda la realiza la policía, la propia Fiscalía se ha referido al supuesto de flagrancia, la policía aprehende al imputado frente a la supuesta comisión de un delito y es ahí donde claramente tiene intervención el Ministerio Público Fiscal. Lo primero que hace la policía es comunicarse con el Fiscal de turno quien toma las medidas correspondientes a los inicios de la causa, incluso la propia ley le permite al Fiscal de turno disponer algunas medidas cautelares que son las propias que se dictan en el inicio de la investigación. Estas medidas se han dispuesto con la finalidad de identificar al imputado, constatar su verdadera edad, supuestamente verificar sus impedimentos o si tiene o no órdenes de restricción de libertad emanadas de otros tribunales. Y también aguardar que se hagan presentes los padres, los representantes o personal del Consejo de los Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes, pero esta claro que una vez producida la aprehensión quien dispone que el menor permanezca en la comisaría, hasta tanto se puedan cumplir con estas finalidades, es sin duda el Fiscal (...) Pero quién da origen a la medida, es sin duda el Fiscal. Pero por qué, porque es el Fiscal quien ejerce la acción penal, es quien lleva a cabo la investigación penal preparatoria, en definitiva, es el verdadero interesado en que estas medidas sean practicadas al comienzo de la investigación. El Fiscal podría permitir la libertad inmediata del imputado, pero si el imputado permanece en la comisaría, es justamente, por esas directivas iniciales que específicamente formula el Fiscal. Con relación al primer argumento, hay que diferenciar, quién es el que da origen a la medida, a la permanencia, no a la aprehensión, a la permanencia del menor en la comisaría, es sin duda creo el Ministerio Público Fiscal. Ahora, que también participen otros actores procesales, como jueces, defensores, asesores tutelares, esto no significa que el origen de la medida tenga que ver con la intervención de estos otros sujetos procesales*".

Que en el mismo norte, la Sra. Defensora Adjunta, Dra. Bettina Castorino, indicó que "*...llama la atención que el Ministerio Público Fiscal no reclame, en este proceso, la vigencia del sistema acusatorio como lo hace habitualmente, es decir, el artículo 152 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que ante la flagrancia el personal de prevención da aviso al Fiscal, y solo si el Fiscal ratifica interviene el Juez. Sin perjuicio de lo que ha ocurrido en los hechos, estuvimos viendo en los legajos que la comunicación muchas veces es simultánea, al Fiscal, al Juez, Defensor, Asesor, pero lo que dice la ley es que es el Fiscal el que decide. Si el Fiscal decide no ratificarla ni siquiera es necesario para la ley que intervenga el Juez de Garantías, pero esto es lógico porque rige el sistema acusatorio, y el titular de la acción es el Ministerio Público Fiscal, entonces, no parece razonable que el sistema acusatorio rija para perseguir pero no rija para velar por los derechos de las personas perseguidas. El sistema acusatorio rige en su plenitud.*"

Que al momento de replicar la Asesora General Tutelar, Dra. Laura Musa, en relación con la práctica manifestó "*...cuando uno decide tratar de resolver una situación, que a medida que va trabajando va constatando que es una situación que o se había escapado o no se había o se fue trabajando para mejorarla...*"

Que abonando esta posición cabe recordar que ya el máximo tribunal del país ordenó en relación con detenciones de la provincia de Buenos Aires "*haga cesar en un término de 60 días la detención en comisarías de menores y enfermos*" agregando respecto de los jueces "*en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema harán cesar toda situación de detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad al estado federal*" (CSJN 328:1146).

Que así tambien se ha sostenido que "*...la aprehensión de un menor de 18 años de edad para constatar su identidad y determinar si alguna autoridad lo requiere penalmente, teniéndolo demorado por varias horas, constituye una privación de la libertad arbitraria, ilegal e inconstitucional (arts. 16, 18 y 19 de la CN, arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 7 y 8 del PSJCR y arts. 14 incs. 1 y 2 y 17 inc. 1 PIDCyP)*" (cfr. Juzgado Contencioso Administrativo nº 1, Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires).

Que por lo expuesto, y adhiriendo al criterio planteado por las partes, si bien es cierto que primigeniamente la práctica traída en análisis fue calificada como ilegal, no delictual, de parte de la Asesoría General en su carácter de presentante, más allá del *nomen iuris* que aquéllos quisieron darle a ese accionar, no cabe duda alguna que la misma se ha constituido en una práctica lesiva de los derechos del colectivo.

10. Mesa de aproximación de los actores del sistema:

Que entendiendo que la cuestión tratada en autos se configura como ya expresará en forma compleja sobre una acción que se ha naturalizado y que ni siquiera es percibida por el segmento judicial como lesiva de derechos, es que requiere para su protección una efectivización mayor que la de una sentencia tradicional.

Que en este entendimiento hemos dispuesto la constitución de una Mesa de aproximación de los actores del sistema, como una manera de coadyuvar a la solución planteada por la acción, y como una protección más integral y efectiva.

Que es sumamente auspicioso que haya sido el Ministerio Público Fiscal, que ha sido autoridad requerida, el organismo que haya solicitado este mecanismo, que reproduce la esencia y lineamientos de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN 328:1146).

Que también es importante destacar que todos los actores sistémicos locales, en especial el Consejo de la Magistratura han aportado a la concreción de esta instancia de dialogo, destacando el rol de facilitador que asumiera su Presidente el Dr. Mauricio Devoto y especialmente la Consejera Dra. Moya, conjuntamente con la Dra. Castorino.

Que en el entendimiento que la Mesa de aproximación podría no solo coadyuvar a la solución en el expediente sin suspender su curso, sino también a brindar

una respuesta de ejecución que aportará una respuesta definitiva y conclusiva a la problemática, es destacable que las tres cabezas del Ministerio Público, en las personas del Sr. Fiscal General, Sr. Defensor General y Sra. Asesora General han aceptado la invitación y participan de esta instancia.

Que por otra parte, la participación del Poder Ejecutivo local por la presencia permanente de los Subsecretarios de Justicia, Promoción Social y Seguridad, sumado al inestimable apoyo del Ministro de Justicia y Seguridad, Guillermo Montenegro, demuestran la madurez de los poderes constituidos de la Ciudad Autónoma, para lograr mejores estándares de protección de derechos de la minoridad.

Que la instauración de esta instancia superadora debe tener continuidad en la ejecución de sentencia como la mejor manera de efectivizar los derechos que se declaren y lograr concretizar las garantías del colectivo.

11. Testimonios:

Que la ley 23.098 en su articulo 17 *in fine* dispone que el juez en su decisorio establecerá la existencia de delitos de acción pública y mandará sacar testimonios si se hubieren detectado los hechos para tenerlos por configurados.

Que corresponde adelantar que, a mi criterio, no corresponde la extracción de testimonios en la presente causa, puesto que la práctica denunciada como ilegal por los presentantes, y sin perjuicio de resultar lesiva de derechos del colectivo protegido, se ha naturalizado por causa de diversos factores, entre ellos la reciente transferencia de competencias penales de la Nación a la Ciudad, la entrada en vigencia de la ley penal procesal juvenil, el dictado del novísimo Código Procesal Penal de la Ciudad y quizás la inexistencia de un fuero especializado de niños, niñas y adolescentes, razón por la cual no encuentro responsabilidad penal que deba denunciar en el accionar de los funcionarios actuantes, en coincidencia con lo expuesto por las partes.

Que lo expuesto, hace que a criterio del suscripto no exista una responsabilidad funcional de todos y cada uno de los agentes del Poder Judicial, sino un estado de cosas estructural que debe ser objeto de una adecuación en miras a la elevación del estándar de protección especial de la niñez y juventud en la Ciudad de Buenos Aires.

Que ha dicho el Sr. Asesor Tutelar, Dr. Carlos Bigalli, que *"...no pretendemos la condena en costas, la imposición de sanciones previstas en la ley de habeas corpus. Pensamos y queremos decirlo expresamente, para evitar equívocos, que la práctica cuyo cese requerimos no es delictual. Los campos referenciales de los vocablos ilegal y delictual –debiera ser obvio-, no son simétricos. Esta práctica se halla naturalizada. En tercer lugar, consideramos que no es percibida o no era percibida por los operadores como ilegal, acaso por la inexistencia de un fuero especializado"*.

Que en el mismo sentido, la Sra. Asesora General Tutelar, especificó que *"...la presente es una acción dirigida hacia el futuro, no pretendemos denunciar a ningún actor del sistema, es más si lo hubiéramos querido hacer, lo hubiéramos hecho con las herramientas que nos da también la ley"*.

Que así también la Dra. Bettina Castorino expresó en cuanto a las calificaciones de las conductas de los actores en el conflicto que *"no ha estado en la intención de las partes denunciar ningún tipo de acción delictual, ante mi modo de ver, el calificativo ilegal es demasiado"*.

Que en este estado de cosas, corresponde dejar sentado que a criterio de ninguna de las partes ni del suscripto se han producido hechos que requieran la extracción de testimonios por delitos de acción pública.

Que sin embargo, el denunciante ha requerido se remitan copias de las actas de inspección realizadas en las Seccionales policiales dependientes del Ministerio de Justicia Seguridad y Derechos Humanos, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la Defensoría General de la Nación y a la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Que analizada su solicitud se accederá a remitir copias de las actuaciones a quien resulta ser el inmediato superior de la Policía Federal, esto es, al Ministro del ramo, que no es otro que el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación en cuya órbita de competencia también se halla la mentada Secretaría.

12. Enlace con el Consejo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes del Poder Ejecutivo de la Ciudad:

Que del análisis de la prueba particular aportada en el expediente se desprende que el enlace de la actividad del Poder Judicial en la persecución del delito y la correspondiente articulación de las políticas públicas sobre la infancia y la adolescencia a cargo del Poder Ejecutivo, no resultan a todas luces garantizadoras de los derechos de la niñez.

Que en este sentido expresaba la Fiscalía en su alegato: *"Tenemos operadores judiciales que prestamente han ido al lugar como lo ha hecho la Asesoría General Tutelar, en algunos casos la Defensa, no tan prestamente el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes porque si usted analiza el cuadro de tiempo, va a ver que entre la disposición del Fiscal de libertad y la intervención del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes retirando a los menores del lugar de detención hay más tiempo en promedio, que desde la comunicación al fiscal y la orden de libertad y aún desde la misma detención del menor y la orden de libertad. Es decir, este mecanismo de intervención del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes no está adecuadamente dimensionado para con presteza cumplir con la orden de libertad que ha dado el fiscal."*

Que posteriormente, a su tiempo la Sra. Fiscal, Dra. Claudia Barcia, expresó *"El Dr. Duacastella en base a la voluminosa documentación que hay (...) ha ya adelantado la demora existente en retirar a los jóvenes en sede policial por los funcionarios del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes"*, agregando *"...en diferentes casos de la documental acompañada ¿qué ha dispuesto el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes? que según la edad se retiren por sus propios medios; esa es la contención que se le ha dado por parte del organismo administrativo. Sino quieren ingresar al C.A.T. (para la audiencia el C.A.T. es el Centro de Atención Transitoria) los ha dejado en la parada de un colectivo a su suerte. Y estamos hablando de un caso puntual de un joven de 14 años. En otros como habían sido detenidos junto con mayores, una vez que los mayores fueran dejados en libertad, que se retiran con mayores también."*

Que como se ha demostrado en la prueba producida en el expediente la intervención promedio en el enlace de las políticas con el Consejo de Derechos de niños, niñas y adolescentes resulta ser inadecuada.

Que corresponde, a mi criterio, poner en conocimiento del Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad el cuadro situacional aludido y la necesidad de contar con políticas públicas en la materia que se acerquen a un estándar mínimo de protección de derechos y garantías de los jóvenes en conflicto con la ley penal, sobre todo cuando aquél debería partir del organismo que supuestamente tiene a su cargo esa protección.

Que el Consejo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en relación con las causas particulares traídas en análisis, ha cumplido deficientemente el mandato constitucional previsto en el art. 39, inc. 3, de la Constitución local, y el art. 45 y concordantes de la ley 114, razón por la cual se pone en conocimiento del titular del Poder Ejecutivo a los efectos de que arbitre las medidas que estime pertinentes en el ámbito de su competencia.

13. La transitoriedad en la ejecución y su contralor:

Que dado el estado actual de situación donde se ha tenido por probada la existencia de una práctica no percibida por el sistema como lesiva, resulta imposible adecuar la misma en forma inmediata por la falta de medios materiales a esos fines. Que en este sentido, es imperioso contar con un período de transición para poder efectivizar un respeto absoluto a los derechos y garantías con que cuentan los niños, niñas y adolescentes.

Que esta transitoriedad no desconoce el carácter lesivo, sino que se sustenta en la imposibilidad material, y de hecho de poder brindar inmediatamente una respuesta diversa. Por ello, plantear la transitoriedad en la ejecución de sentencia resulta la mejor manera de acotarla tanto en la modalidad como en el tiempo de su ejecución para poder controlar la efectivización certera y real de lo que se dispone.

Que el término de sesenta días que se propone para esta transitoriedad, subyace razonablemente como suficiente para acondicionar uno o más locales a los efectos de alojar o tener en espera a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal en la Ciudad de Buenos Aires con competencia del Poder Judicial local.

Que no cabe duda alguna para este juzgador que la mejor respuesta hubiera sido una proscripción absoluta de alojamiento en sede policial puesto que a mi criterio ello *per se* violenta las normas que como estándar mínimo se han fijado a nivel local. Pero que por la complejidad, extensión y práctica realizada hasta el presente, requiere permitir que en el breve período de sesenta días ese alojamiento se realice en aquellas unidades seccionales de la Policía Federal que mejor respeten esos estándares.

Que toda vez que las Seccionales de la Policía Federal Argentina dependen orgánicamente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, las cuales no sólo están destinadas al alojamiento de personas sometidas a la

competencia de los órganos locales, sino también de los órganos nacionales y federales, es que a mi criterio corresponde requerir al Excmo. Sr. Ministro se sirva disponer que los niños, niñas y adolescentes alojados a disposición de la Justicia local lo sean en las seccionales que más respeten los estándares legales mínimos de nuestra legislación local, para lo que me permito sugerir un total de cinco localizaciones geográficas, una por cada punto cardinal y una en la zona céntrica de la Ciudad.

Que entiendo que la Seccional 39ª, sita en Olazábal 3457 del barrio de Villa Urquiza, tiene medidas aceptables respecto de su sala de menores, tiene ventana, luz artificial, un banco y un baño que se comparte en buen estado de conservación, destacando que la zona de menores se encuentra separada de la de adultos.

Que respecto de la zona sur, se propone el alojamiento en la Seccional Roca de la Superintendencia Ferroviaria, en especial atendiendo a la existencia de profesionales capacitados en asistencia social, su buen estado de conservación y la separación respecto de adultos, sin embargo, atendiendo a su escasa capacidad de alojamiento, también se propone a la Seccional nº 52, sita en Cafayate y Fernando de la Cruz en el barrio de Villa Lugano, atendiendo a que su sala es de amplias dimensiones, 6x3,30, ventilación natural, ventiluz, mobiliario y aire acondicionado, aún cuando sus baños se encuentran fuera del recinto y guardan relativas condiciones de higiene.

Que respecto de la zona centro, se propicia la Seccional nº 11, sita en Díaz Vélez 4641 del barrio de Caballito, toda vez que el alojamiento resulta bastante adecuado, siendo sus medidas 3.20x1,60, con ventilación exterior, luz natural y artificial y si bien sus sanitarios están fuera del recinto los utilizados para mujeres y varones menores están en óptimas condiciones.

Que respecto de la zona este, se propicia la Seccional nº 1, sita en Lavalle 451 del barrio de San Nicolás, por tener una sala de menores y baño separado para ellos, y aunque es de escasas dimensiones 3x1,40, con sus asientos de mampostería, se encuentra con buenas condiciones de higiene, ventilación y luz artificial.

Que para la zona oeste, se propicia la Seccional nº 44, sita en Peralta 726 del barrio de Versalles, toda vez que las dimensiones del sector destinado a menores, 5x2,80, unidas a buenas condiciones de su estado sanitario, permitirían el alojamiento aún cuando la iluminación es artificial y posee escasa ventilación.

Que por todo lo expuesto corresponde requerir al Sr. Ministro de la Nación, disponer de así estimarlo pertinente, alojar prioritariamente en esos destinos y por este término transitorio de sesenta días a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal por causas en que fuere competente el Poder Judicial de la Ciudad.

Que corresponde previsionar desde el término de esta transitoriedad de sesenta días, la continuidad del control judicial sobre la efectiva instalación de un centro especializado que respete los estándares mínimos plasmados en este resolución, como única manera de lograr efectivizar los derechos y garantías del colectivo, para lo cual se propiciará por el plazo de un año el contralor en calidad de ejecución de sentencia a los efectos de establecer los parámetros de legalidad del plan de acción que oportunamente deberá presentar la autoridad que tenga a su cargo dicho centro.

14. **Costas:**

Que sin perjuicio de que el art. 23 de la ley 23.098 dispone que en caso de acogerse la denuncia corresponde la imposición de costas al responsable del acto lesivo, en el entendimiento que nos encontramos ante una situación de carácter estructural, compleja y de gravedad institucional, que tiene múltiples causas y que se encuentra institucionalizada como una práctica no percibida como lesiva, corresponde eximir las costas.

Que por todo lo expuesto, RESUELVO:

1. **Ordenar el cese de la restricción de libertad en sede policial, de niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires,** respecto de los delitos y contravenciones en que fuere competente el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **por resultar lesiva de los derechos de la niñez y juventud.**

2. **Ordenar** que en lo sucesivo las privaciones de libertad de niños y adolescentes en el ámbito de la Ciudad y de competencia del Poder Judicial local se llevaran a cabo respetando la Convención sobre los Derechos del Niño, el bloque federal de protección de la niñez, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las normas locales tanto de la ley 114, como del Régimen Procesal Penal Juvenil –ley 2.451-, y las normas por ellas incorporadas, a saber: las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing, res. № 40/33 de la Asamblea General), las Reglas de las Naciones Unidas para

la protección de los menores privados de libertad (res. № 45/113 de la Asamblea General), y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).

3. **Disponer** en calidad de ejecución de sentencia la continuidad de la *Mesa de Aproximación de los actores del sistema* para que en el plazo improrrogable de sesenta días resuelva una sede definitiva del alojamiento y/o centro de espera de niños, niñas y adolescentes, la autoridad que lo tendrá en su órbita de competencia y la asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento de su misión, teniendo especialmente en cuenta el personal capacitado de acuerdo con la totalidad del bloque normativo especial de protección. La *Mesa de Aproximación de los actores del sistema* deberá informar al Juzgado en el plazo más breve posible y como máximo a los treinta días de la presente la autoridad que tendrá a su cargo el alojamiento o centro de espera. Por su parte la autoridad responsable designada deberá presentar al juzgado un plan de acción para adecuar las instalaciones, capacitar al personal dependiente y articular con las diversas áreas y políticas públicas, debiendo informar quincenalmente sobre su avance.

4. **Exhortar e invitar** a la continuidad de la *Mesa de aproximación de los actores del sistema* a las distinguidas autoridades que la integran, a saber: Sr. Presidente del Consejo de la Magistratura y tres consejeros de la misma institución, uno en representación de cada estamento, el Sr. Fiscal General, el Sr. Defensor General, la Sra. Asesora General Tutelar, el Sr. Ministro de Justicia y Seguridad del Gobierno de la Ciudad, la Sra. Ministro de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad, la Sra. Presidente del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad, los Sres. Subsecretarios de Justicia, Seguridad y Promoción Social del Gobierno de la Ciudad y la Sra. Defensora General Adjunta.

5. **Disponer** en carácter de ejecución de sentencia y como transición a la solución definitiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el acápite primero y en atención a lo expuesto en los considerandos de la presente, **que TRANSITORIAMENTE, por el término improrrogable de sesenta días** se podrán alojar a niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en Seccionales de la Policía Federal Argentina, **requiriéndole** al Sr. Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación que disponga que los niños, niñas y adolescentes privados de libertad por cualquier causa de competencia de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires sean alojados en seccionales que respeten los estándares legales locales mínimamente vigentes, sugiriendo concentrar las mismas en: Zona Norte, Comisa-

ría 39º sita en Olazábal 5437 del barrio de Villa Urquiza; Zona Sur, Comisaría 52º sita en Cafayate y Federico de la Cruz del barrio de Villa Lugano y/o la División Roca sita en la estación Constitución de la ex línea Roca Sarmiento; Zona Centro, Comisaría 11º, sita en Díaz Vélez 4641 del barrio de Caballito; Zona Este, Comisaría 1º, sita en Lavalle 451 del barrio de San Nicolás; Zona Oeste, Comisaría 44º, sita en Peralta 726 del barrio de Versalles, por ser las consideradas con más aptitud a esos fines y estrictamente por el plazo fijado.

6. **Disponer** en calidad de ejecución de sentencia que constituida la sede definitiva del alojamiento provisional de niños, adolescentes y jóvenes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ejercerá sobre las instalaciones y su funcionamiento una supervisión por el término de un año para establecer el cumplimiento de los estándares mínimos garantidos, verificar el cumplimiento del plan de acción establecido en el acápite cuarto. Todo ello, sin perjuicio, del contralor individual que pudiere ser ejercido por los magistrados competentes en cada uno de los casos particulares de privación de libertad.

7. **Comunicar** lo resuelto al Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al Sr. Presidente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al Señor Ministro de Justicia y Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al Sr. Fiscal General del Ministerio Público del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al señor Defensor General del Ministerio Público del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la Señora Asesora General del Ministerio Público del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la Sra. Presidenta del Consejo de derechos de niños, niñas y adolescentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Sr. Presidente de la Comisión de Justicia de la Honorable Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

8. **Exhortar** al Sr. Fiscal General del Ministerio Público para la elaboración de un criterio general de actuación que coadyuve con la finalidad del presente resolutorio.

9. **Poner en conocimiento** del Sr. Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la preocupación por la articulación del Consejo de niños, niñas y adolescentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto de los niños y jóvenes en conflicto con la ley penal, a los efectos de poder elevar el estándar de protección de ese colectivo con intervenciones celeras y eficaces, adjuntando copia de las actas de debate del juicio en sus partes pertinentes con resaltado de las manifestaciones de la Fiscalía de Primera Instancia actuante.

10. **Eximir** las costas y **disponer no librar testimonios** en los términos del art. 17, *in fine,* de la ley 23.098, por las consideraciones vertidas en el acápite respectivo del presente. Librar el oficio requerido por la Asesoría General Tutelar, con copias certificadas de las inspecciones oculares realizadas en las Seccionales policiales, al Excmo. Sr. Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación a los efectos estime pertinentes.

11. **Librar** los oficios, tener por notificada a las partes en los términos del art. 18 de la ley 23.098, registrar en los libros del juzgado y firme que fuere pase la causa a ejecución de sentencia.

Dado en la sala de audiencia de mi público despacho en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los veintinueve días del mes de diciembre de 2008, siendo las catorce horas.

Dr. Javier Alejandro Bujan
Juez en lo Penal, Contravencional y de Faltas 7
Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Anexo 3

PROYECTO DE LEY. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS.

Fundamento

La ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes plantea un salto cualitativo en las políticas publicas dirigidas a los niños, en tanto impone como regla principal la generación de políticas universales que devengan en mayor inclusión social. Asimismo, la ley establece reglas en la intervención asistencial y focalizada, que deben ser transitorias, y especialmente regula en forma explícita la excepcionalidad, brevedad y última ratio de medidas que impliquen la institucionalización de niños por cuestiones sociales.

La nueva ley ha establecido un Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que plantea una nueva relación entre el ámbito administrativo y el judicial, conformado por las medidas de protección integral de derechos y las medidas excepcionales, cuya adopción corresponde al órgano administrativo con el debido control por las autoridades judiciales competentes.

Asimismo y en forma concordante, la ley local 114 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece las Medidas de Protección Especial de Derechos, en sus arts. 36 a 44, cuyo control de legalidad es promovido por esta Asesoría General Tutelar, de conformidad con las funciones que la ley 1903 le atribuye; cuya interpretación y aplicación debe realizarse en el marco de la nueva concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22);

El art. 44 de la Ley 114 autoriza al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a través de las Defensorías Zonales a recurrir a la internación de niños, niñas y adolescentes en instituciones de albergue, en forma excepcional, subsidiaria y por el lapso más breve posible; debiéndose propiciar su regreso al núcleo familiar y/o de pertenencia, lo más rápidamente posible. Esta separación del grupo familiar de pertenencia requiere el consentimiento del propio niño, niña, adolescente y de su/sus progenitores o representante legal. Conforme el art. 73 de la mencionada ley se autoriza, con carácter excepcional y de urgencia, a alojarlos sin previa determinación de la autoridad judicial competente, debiendo comunicarlo a la misma dentro de las doce (12) horas de producido el ingreso. Asimismo, conforme Decreto 1527/03, se establece como autoridad judicial competente del art. 73 a la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es así, y bajo esta normativa vigente, que la Ciudad de Buenos Aires, una de las pioneras en la construcción de un sistema local de protección de derechos de la infancia, ha comenzado a avanzar en la adecuación de sus prácticas a la nueva normativa nacional e internacional. En este marco, de un año a esta parte se observan acciones positivas por parte del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, dirigidas a ordenar y formalizar las intervenciones, por ejemplo a través de la disposición de medidas de protección especial de derechos mediante el dictado de actos administrativos, estipulando plazo en las medidas, y comunicándolas la Asesoría General Tutelar. Si bien este ha sido un indiscutible avance, aun no se ha logrado regularizar la situación de todos los niños alojados en instituciones que prestan albergue en la Ciudad, así como tampoco se ha impuesto un procedimiento de actuación común que, garantice el debido proceso legal, y genere un marco de seguridad jurídica a los niños sujetos de las medidas dictadas por el Consejo de Derechos.

Si bien, a través de las acciones realizadas por la Asesoría General Tutelar, durante los años 2007/2008 se ha ido avanzando, paulatinamente, en todo lo concerniente a organización del proceso por medio del cuál se adoptan estas medidas, la garantía del debido proceso legal, exige la reglamentación de un procedimiento legal.

En este escenario, y no perdiendo de vista la necesidad de seguir insistiendo en la generación de políticas publicas universales, entiendo que resulta indispensable establecer reglas claras, a través de la sanción de una ley que complemente el marco normativo local (ley 114) y establezca un procedimiento administrativo para la disposición de medidas de impliquen albergue de niños en instituciones. Ello, con la intención de seguir fortaleciendo el sistema de protección de derechos local,

Este instrumento al que se pretende llegar, regulará los diferentes actos preparatorios de la voluntad administrativa indispensables para otorgar legalidad a las medidas adoptadas por el poder administrador. Conforme a ello, resulta necesario estipular que la medida de protección especial de derechos, adoptada a través del dictado de un acto administrativo, debe ser fehacientemente notificada a las partes interesadas dentro de las 24 horas de efectivizada, ya que la misma afecta derechos subjetivos de las personas menores de edad y de su/sus progenitor/es. La notificación debe hacerse en forma personal al niño, niña, adolescente y a su abogado defensor, designado al inicio de las actuaciones administrativas. La notificación no solo implica la eficacia del acto administrativo, sino también el respeto a la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso legal.

Desde el poder administrador, se debe garantizar el debido proceso legal, a fin de que a través de la notificación, se pueda desplegar en un todo el derecho de defensa

en juicio, y el consecuente ejercicio del derecho recursivo que le compete a los niños, niñas y adolescentes como parte interesada en el procedimiento administrativo.

A tales fines, resulta indispensable que el Estado cumpla con la garantía constitucional de la defensa en juicio, designándole a cada niño, niña, adolescente un abogado especialista que asuma su asesoramiento, patrocinio y defienda sus intereses, frente al poder administrador; presentándose en las actuaciones administrativas y recurriendo las mismas, a fin de garantizar el respeto del debido proceso.

Esta ley resulta necesaria a los fines de garantizar un debido (justo) procedimiento, que comprenda y respete el derecho a ser oído del niño, niña, adolescente involucrado, de ser parte, a ser informado y notificado de las resoluciones adoptadas, de contar con abogado que defienda sus intereses, a ofrecer y producir prueba y de recurrir el acto por medio del cuál se deciden cuestiones fundamentales de su vida. Asimismo, también resulta necesario que se controle y monitoree cada parte del proceso, como así también las diferentes agencias estatales de infancia de la Ciudad; resultando a tal efecto competente la Asesoría General Tutelar, conforme art. 124 Constitución Local y ley 1903.

De la experiencia recabada, se desprende la necesidad de dar intervención judicial al fuero contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, en cualquier instancia del proceso administrativo, cuando se observe la falta de proporción entre el medio y la finalidad propia del acto; con el objeto de que se controle judicialmente la legalidad de la medida adoptada, a fin de garantizar judicialmente el pleno goce y ejercicio de los derechos vulnerados, en cada caso en particular. En algunos casos, la excepcionalidad y subsidiaridad de la medida adoptada no es respetada por la autoridad administrativa, convirtiéndose en una acción perdurable, violatoria de los derechos y garantías de los niños, niñas, adolescentes que se buscó proteger. Conforme lo expresado, resulta indispensable regular el procedimiento recursivo ante la propia administración y, posteriormente, ante el fuero contencioso administrativo de la ciudad, el cuál ejercita su acción en todas aquellas causas en que la autoridad administrativa sea parte; y en el caso particular, frente a actos administrativos de alcance individual definitivos o equiparables, dictados de oficio o a petición de parte.

Una ley que regule todos estos extremos, al tiempo que cumple con la obligación de reglamentar el debido proceso (garantías de raigambre constitucional), limita los ámbitos de discrecionalidad de la administración y ofrece un contexto institucional más democrático para cada actor interviniente, y fundamentalmente para los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos se encuentren afectados.

Por ello, se propone el siguiente proyecto de ley.

Proyecto de Ley:

Artículo. 1. La presente ley regula el procedimiento administrativo para la adopción de las medidas de protección especial de derechos adoptadas por el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, conforme art. 44 ley 114.

Artículo 2. Se entiende como medida de protección especial de derechos a aquella adoptada por el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a través de las Defensorías Zonales o de la Guardia Permanente de Abogados, cuando se requiera en forma subsidiaria, excepcional y por el lapso más breve posible, el ingreso de una persona menor de 18 años a un dispositivo de albergue, propio o conveniado con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y se cuente con el consentimiento del niño, niña y adolescente y el de sus padres o de aquel que ejerza su guarda, o el de su representante legal. También se incluyen aquellas situaciones de personas menores de 18 años que se encuentren solos sin representante legal y/o acompañante adulto.

Artículo 3. Se entiende por dispositivo de albergue, aquellas instituciones gubernamentales o no gubernamentales, con modalidad de atención convivencial, convivencial de atención especializada, para niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales y para la atención de adicciones.

Artículo 4. Competencia: La autoridad administrativa competente para el dictado del acto administrativo por medio del cuál se adopta la medida de protección especial de derechos, resulta ser el/la Presidente del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; pudiendo delegar dicha competencia.

Artículo 5. Dentro de las 24 horas de dictado el acto administrativo respaldatorio de la medida adoptada, se deberá efectuar comunicación fehaciente a la Asesoría General Tutelar de la Ciudad, quién resultará parte legítima en el proceso, debiendo promover el debido cumplimiento de los derechos y garantías de los niños/as y adolescentes.

Artículo 6. La medida de protección especial de derechos no puede adoptarse por un plazo superior a los noventa (90) días corridos, no pudiéndose prorrogar por más de dos períodos consecutivos, en caso de que persistan las causas que dieron origen a la misma.

Artículo 7. Una vez vencida la segunda prórroga, y no habiéndose superado las causas que dieron origen a la situación de albergue, se deberá elevar a la Asesoría General Tutelar las correspondientes actuaciones, a fin de que la misma evalúe la necesidad de efectuar la debida intervención ante el fuero contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha intervención se efectuará en todas aquellas situaciones en las cuáles la permanencia del niño en el dispositivo de albergue obedezca a causas inherentes al mal funcionamiento y/o déficit de las políticas sociales.

Artículo 8. Una vez evaluada la necesidad de adoptar la medida de protección especial de derechos, la Defensoría Zonal y/o la guardia permanente de Abogados, deberá elevar a las autoridades competentes, los actos preparatorios respaldatorios del acto administrativo a dictarse, bajo pena de nulidad. A tales efectos se deberá elevar copia certificada del expediente administrativo del niño, el cuál indefectiblemente deberá contar con la siguiente documentación:

- Acta de consentimiento del niño, niña y adolescentes.
- Acta de consentimiento de los progenitores, quién ejerza su tenencia y/o representante legal.
- Informe del equipo técnico.
- Acta donde conste designación de abogado para el niño, niña y adolescente y constancia de presentación fehaciente en el legajo administrativo de su asistido.
- Constancia de medidas de protección integral de derechos adoptadas por la Defensoría Zonal y/o Guardia Permanente de Abogados, a fin de garantizar la excepcionalidad de la medida.
- Notificación a las partes y al abogado del niño, de la medida a adoptar.-
- Asignación del recurso destinado al albergue del niño, niña, adolescente, conforme las características de cada caso, como así también respetando y garantizando el sustento de su centro de vida y la unión de los hermanos bajo el mismo dispositivo de albergue.

Artículo 9. A los fines de que el niño, niña y/o adolescente preste libremente su consentimiento informado, y bajo pena de nulidad, la autoridad administrativa competente deberá garantizar que el mismo mantenga entrevista previa con un abogado de su confianza, o designado por la Defensoría General del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires; quién deberá presentarse en forma inmediata en el lugar donde se encuentre el niño.

Artículo 10. A los fines de la asignación del recurso, la Defensoría Zonal interviniente y/o la Guardia permanente de Abogados deberá solicitar el mismo a la Dirección General de Niñez y Adolescencia y/o quién a futuro detente estos programas de albergue; haciendo expresa referencia a la modalidad de albergue que se requiere y a la obligación por parte de la mencionada Dirección, de respetar y garantizar el sustento del centro de vida del niño/a adolescente y la no separación de los hermanos. El recurso deberá ser asignado dentro de las 48 horas de recibida la solicitud; con notificación fehaciente a la autoridad de aplicación que solicitó el recurso. En los casos de urgencia, el recurso deberá asignarse en el transcurso del día en que se solicita.

Artículo 11. Una vez elevados los informes preparatorios, la unidad ejecutiva del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dictará el correspondiente acto administrativo que adopte la medida de protección especial de derechos de niños, niñas, adolescentes.

Artículo 12. Previo al dictado del acto administrativo que adopte la medida de protección especial de derechos, la Dirección Legal y Técnica del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes deberá dictaminar respecto a la viabilidad del acto, a fin de evitar que se lesionen derechos subjetivos e intereses legítimos de los niños involucrados.-

Artículo 13. El acto por medio del cuál se adopte la medida deberá expresar, bajo pena de nulidad:

- enunciación clara de las facultades del órgano encargado de dictar la medida, con invocación de la normativa que lo faculta al dictado de la misma.
- El consentimiento del niño, niña, adolescente y su/sus progenitores para el ingreso del mismo a una institución de albergue, con el objeto de separarlo excepcional y transitoriamente de su grupo familiar y recuperar el pleno goce y ejercicio de sus derechos vulnerados.
- Las medidas de protección integral de derechos adoptadas en el caso concreto, como requisito indispensable, a fin de garantizar la excepcionalidad y transitoriedad de la medida a adoptar.
- Los recursos solicitados y los programas y políticas públicas que se han utilizado en el caso concreto.

- Acreditación fehaciente del cumplimiento de garantías constitucionales que hacen al debido proceso legal, a saber: que el niño sea oído por la autoridad administrativa cada vez que lo haya solicitado, que se le designe abogado al niño desde el inicio de las actuaciones administrativas, a ser parte en el proceso y a recurrir las decisiones que lo afecten.
- Cumplir con las formalidades establecidas para el dictado del acto administrativo, conforme las prescripciones del decreto 1510/97.

Se considera inicio de las actuaciones administrativas, el primer ingreso del niño, niña, adolescente, al sistema de protección integral de derechos, a través de los diferentes programas del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y/o de la Dirección General de Niñez y Adolescencia, ya sea través de sus efectores propios o conveniados.

Artículo 14. Notificaciones. Dentro de las veinticuatro (24) horas de dictado el acto, el mismo deberá ser comunicado fehacientemente:

- Al niño, niña, adolescente personalmente; y a su abogado defensor en forma fehaciente.
- A su/sus progenitor/es, o representantes legales.
- A la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- A la Dirección General de Niñez y Adolescencia, y por su intermedio, al Hogar donde ingrese y/o hubiera ingresado el niño, niña, adolescente.
- A la Defensoría Zonal o Guardia Permanente de Abogados que solicitó la adopción de la medida de protección especial de derechos, debiéndose adjuntar copia del acto administrativo, constancia de notificaciones efectuadas y demás antecedentes del caso.

Artículo 15. Impugnaciones. El acto administrativo que dispone la adopción de la medida especial de protección de derechos, podrá ser impugnado en sede administrativa por el niño, niña, adolescente, su/sus representantes legales y/o la Asesoría General Tutelar. Se deberá presentar dentro de los cinco (5) días posteriores a su notificación, ante la autoridad que dictó la medida; quién deberá resolver fundadamente dentro de los cinco días posteriores a la interposición del recurso, conforme la normativa vigente. Cuando éste quede firme y/o en el supuesto de denegación tácita ante silencio de la administración, queda habilitada la vía recursiva ante el fuero en lo contencioso administrativo de la Ciudad; conforme art. 1, 2 y 3 Ley 189.

Artículo 16. Devuelta las actuaciones a la Defensoría Zonal correspondiente, la misma deberá trabajar en pos de garantizar la restitución del pleno goce y ejercicio de los derechos vulnerados del niño, niña, adolescente a fin de superar las causas que dieron origen a la separación de su medio familiar.

Artículo 17. A fin de garantizar la transitoriedad y excepcionalidad de la medida adoptada, se establece como plazo máximo noventa (90) días corridos. Con anterioridad al vencimiento de dicho plazo, y de requerirse la prórroga de la medida adoptada, la misma deberá ser solicitada a la Presidencia del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; quién a través del dictado de un nuevo acto administrativo, prorrogará la misma.

Artículo 18. Vencido el plazo y no renovada la medida, se deberá efectivizar en forma inmediata el egreso del niño, niña, adolescente del dispositivo de albergue en donde se encuentre alojado; debiendo esta institución comunicar dicho egreso a la Defensoría Zonal interviniente y a la Asesoría General Tutelar.

Artículo 19. Conforme lo estipulado en el artículo 17, a los efectos de prorrogar la medida oportunamente adoptada, y bajo pena de nulidad, la Defensoría Zonal interviniente deberá elevar junto a la solicitud de prórroga, los siguientes actos preparatorios:

- Requisitos estipulados en los arts. 2, 4 y 5 de la presente.
- Informe actualizado del Hogar donde se encuentra albergado el niño, niña, adolescente donde surja toda la información concerniente al acceso y el ejercicio de sus derechos a la educación, salud, esparcimiento, vinculación familiar y/o con referentes afectivos de la comunidad; como así también derecho a ser oído, derecho de defensa y constancias de entrevistas con su abogado defensor.
- Informe detallado que de cuenta de las comunicaciones efectuadas por las instituciones de albergue, referentes a los cambios producidos en sus condiciones de alojamiento, conforme lo estipulado por el Decreto 1527/03.
- Informe detallado que de cuenta de todas las acciones implementadas y de las medidas de protección integral de derechos adoptadas, a fin de superar las causas que dieron origen a la separación de su grupo familiar de pertenencia.

Una vez elevada la solicitud de prórroga, se siguen los procedimientos establecidos en los artículos 11,12 y 14 del presente.

Artículo 20. La medida de protección especial de derechos puede ser revocada en cualquier etapa del proceso, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, conforme fueran superadas las causas que dieron origen a la privación del grupo familiar y/o comunitario de pertenencia del niño, niña, adolescentes sobre el cuál recayó la medida.

Artículo 21. En los casos del artículo 20°, previo informe detallado de la Defensoría Zonal, del Hogar y/o institución donde se encuentra albergado el niño, niña, adolescentes y de los demás actores intervinientes en cada caso en particular, se procederá a dictar el acto administrativo que dispone el egreso del mismo y el cese de la medida dispuesta, con comunicación fehaciente a la Asesoría General Tutelar de la Ciudad, dentro del plazo de 24 horas de dictado el acto.

Artículo 22. En el supuesto de que el niño, niña, adolescente se retire de la institución de albergue, por su propia voluntad o por el accionar de su/sus progenitor/es y/o representante legal, y no encontrándose dentro de los supuestos del art. 20, la institución deberá informar en forma inmediata a la Defensoría Zonal interviniente, quién elevará en un plazo de cinco días hábiles, los informes pertinentes a la Presidencia del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a fin de que se efectúen las comunicaciones previstas en el art.14.

Artículo 23. Publíquese.

Anexo 4

LEY 2881

Condiciones de habilitación y funcionamiento de los establecimientos y organismos de atención para el cuidado de niños, niñas y adolescentes.

Buenos Aires, 16 de octubre de 2008.
La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de Ley

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación: La presente ley tiene por objeto regular en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires las condiciones de habilitación y funcionamiento de los establecimientos u organismos de atención para el cuidado de niñas, niños y adolescentes. Todos estos establecimientos deben desarrollar sus actividades de acuerdo a los principios enmarcados en la Ley N° 114 y en la Ley N° 445.

Artículo 2. Incorpórase al Código de Habilitaciones y Verificaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la Sección 9, el capítulo 9.5 ''Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes'', conforme al texto que obra en el anexo I.

Artículo 3. Incorpórase el rubro ''Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes'' y sus clasificaciones, dentro de las actividades enumeradas en el Art. 2.1.8 del Código de Habilitaciones y Verificaciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Artículo 4. Sustitúyase la definición ''Hogar Infantil'' por ''Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes'' en la Sección 1 del Código de Planeamiento Urbano, Cap. 1.2 ''Definición de Términos Técnicos'', parágrafo 1.2.1.1 ''Relativos al Uso'', inciso b) ''De los tipos de Uso'', por la siguiente:

''Son considerados Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes, aquellos establecimientos en los cuales se brindan servicios de alojamiento transitorio, alimentación, higiene, recreación activa o pasiva, a título oneroso o gratuito, a niñas, niños y adolescentes en un espacio convivencial, acorde a los fines propuestos en el proyecto socioeducativo elaborado por el establecimiento. Los mismos tendrán las siguientes modalidades de funcionamiento:

a) Convivencial para Niños, Niñas y Adolescentes: establecimiento no sanatorial destinado al alojamiento de carácter transitorio de niños, niñas y adolescentes con autonomía psicofísica acorde a su edad.

b) Parador para Niños, Niñas y Adolescentes: Establecimiento con idénticas características que las definidas en el Inc. a), con estadía dentro de una o varias franjas horarias, con asistencia de carácter transitorio, de acuerdo a lo establecido por la Ley 445.

c) Convivencial para Adolescentes embarazadas y/o Madres y sus Hijos: establecimiento destinado al alojamiento transitorio de adolescentes embarazadas y adolescentes madres y sus hijos/as, con autonomía psicofísica, que se encuentren

en situación de vulnerabilidad o desvinculadas de su núcleo familiar, o circunstancialmente no pueda cubrir sus necesidades básicas en forma autónoma.

d) Convivencial de atención especializada (tratamiento de situaciones o patologías complejas): establecimiento destinado al alojamiento transitorio de niñas, niños y adolescentes que requieran mayor contención y seguimiento profesional en el espacio institucional convivencial que contemple un tratamiento específico, pero que no requiera internación en un establecimiento de salud, de acuerdo a lo establecido por el art. 14 y 15 de la Ley 448.

Artículo 5. Realízanse en el Cuadro de Usos del Código de Planeamiento Urbano N° 5.2.1.a), Residencial, Clase C: Residencia Comunitaria, las siguientes modificaciones:

a) Sustitúyase el uso ''Hogar Infantil'' por ''Hogar de Niñas, Niños y Adolescentes''. Ley 123: S.R.E.; en cualquiera de sus modalidades expresadas en la definición del parágrafo 1.2.1.1 inciso b)''.

b) Agrégase la referencia ''P'' a los distritos de zonificación C2 y C3

c) Agrégase la referencia ''C'' a los distritos de zonificación R1a, R1bI, R1bII, R2a, R2b y R2bIII.

Artículo 6. Sustitúyase el texto del cuadro de usos N° 5.4.12.1 distrito APH1 del Código de Planeamiento Urbano, en el Agrupamiento Residencial, Clase D,

Residencia Comunitaria, el uso ''Hogar Infantil'', por el siguiente:

''Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes. Ver parágrafo 1.2.1.1 inciso b) del presente Código''.

Artículo 7. Incorpórase al Código de Planeamiento Urbano el parágrafo 5.5.1.13 el uso''Hogar de Niñas, Niños y Adolescentes'':

a) En los distritos APH, con excepción del distrito APH1, deberá efectuarse consulta previa a la autoridad de aplicación.

b) En los distritos U de ''Urbanización Determinada'', se admitirá éste rubro en aquellos distritos que en materia de usos remitan a los Distritos de Zonificación del Cuadro de Usos N° 5.2.1.a).

Artículo 8. Incorpórase al Código de la Edificación para la Ciudad de Buenos Aires en la Sección 7, apartado 7.5, el punto 7.5.14. ''Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes'' conforme al Anexo II.

Artículo 9. Fiscalización. Son materia de control de la Agencia Gubernamental de Control las condiciones edilicias, sanitarias, seguridad y funcionamiento de los establecimientos que desarrollan el rubro ''Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes'', en sus distintas modalidades.

Son de exclusiva competencia del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y de la Dirección General de Niñez y Adolescencia, conforme las atribuciones conferidas a cada organismo, la fiscalización de todas aquellas cuestiones relativas al proyecto institucional, el abordaje metodológico propuesto por la institución, la atención de los niños, niñas y adolescentes albergados, la idoneidad y el desempeño del personal y la documentación detallada en el Código de Habilitaciones y Verificaciones, punto 9.5.3.6.1 g); 9.5.3.6.2 y 9.5.3.6.3.

La Agencia Gubernamental de Control realizará la fiscalización en forma conjunta y simultánea con personal capacitado perteneciente al Consejo de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes y cuando corresponda, de la Dirección General de Niñez y Adolescencia.

Artículo 10. Sanciones. Los establecimientos destinados a la actividad ''Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes'', en cualquiera de sus modalidades, serán pasibles de las sanciones previstas en la Ley 451 y el artículo 78 de la Ley 114.

En los casos en los cuales por razones de gravedad se indique la aplicación de la sanción de clausura inmediata con desalojo de los albergados, la misma deberá ser llevada a cabo indefectiblemente en presencia de personal especializado del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y de la Dirección General de Niñez y Adolescencia, quienes garantizarán el alojamiento seguro y el cuidado integral de los niños, niñas y adolescentes allí albergados de acuerdo a la modalidad que consideren pertinente en cada caso y a la voluntad expresa del niño, niña o adolescente.

Artículo 11. Los organismos estatales de gestión pública que se constituyan como ''Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes'' deberán ajustar sus condiciones edilicias, de funcionamiento y de seguridad a los requisitos y especificaciones contemplados expresamente en los Códigos de Habilitaciones y Verificaciones, de Planeamiento Urbano y de la Edificación para la Ciudad de Buenos Aires.

Los organismos de gestión privada deberán solicitar habilitación conforme a los requisitos del Código de Habilitaciones y Verificaciones.

Cláusula Transitoria Primera. Establécese el plazo de 18 meses a partir de la publicación de la presente ley, para que los que se encuentren inscriptos en el registro del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, adecuen su funcionamiento e instalaciones a lo previsto en la presente Ley.

Cláusula transitoria Segunda. Exceptúase a los Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes, que a la fecha de la publicación de la presente Ley se encuentren funcionando en los distritos de zonificación R2aII, R2bI, R2bII, R2bIII, C2, C3II, E2, E3 y U3d de las restricciones que el Código de Planeamiento Urbano establece para las actividades que allí se desarrollen.

Artículo 12. Comuníquese, etc.

Diego Santilli
Carlos Pérez

LEY N° 2.881
Sanción: 16/10/2008

Anexo I · capítulo 2
Hogar de niñas, niños, y adolescentes.

9.5.

9.5.1. **Definición de la actividad.**

Se considera ''Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes'' el establecimiento que brinda servicios de alojamiento transitorio, alimentación, higiene y recreación activa o pasiva, a título oneroso o gratuito, a niños, niñas y adolescentes en un espacio convivencial acorde a los fines propuestos en el proyecto institucional bajo los principios enmarcados en el Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, en el Art. 39 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la Ley Nacional 26.061 y en la Ley 114. Dichos establecimientos deberán planificar y promover la revinculación familiar y el acompañamiento de las niños, niñas y adolescentes alojados, asegurar la educación primaria, secundaria u otras modalidades educativas, capacitación laboral, atención integral de la salud, recreación y esparcimiento de acuerdo con las características del niño, niña o adolescente, utilizando los servicios públicos estatales y/o privados más cercanos al establecimiento y garantizando su atención las 24 horas del día los 12 meses del año.

9.5.2. **Requisitos para la solicitud de la habilitación.**

9.5.2.1. **La solicitud de habilitación para esta actividad se rige por el Procedimiento Técnico Administrativo establecido en el Art. 2.1.8. del Código de Habilitaciones y Verificaciones.**

9.5.2.2. **Debe además presentarse ante la Autoridad de Aplicación la siguiente documentación:**

a) Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil en vigencia.

b) Constancia de Inscripción actualizada en el Registro de Organizaciones No Gubernamentales del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

9.5.2.3. **A los efectos de la habilitación y funcionamiento los Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes deberán adoptar algunas de las modalidades previstas en el Artículo 9.5.3.1, debiendo dejar expresa constancia de la modalidad que se autoriza, al momento de otorgarse la correspondiente habilitación.**

Los establecimientos podrán ser habilitados para prestación unimodal o polimodal. En el caso de que coexistan dos modalidades, éstas pueden habilitarse si cada una de ellas cuenta con acceso de ingreso y egreso independiente, con la

condición de que no exista comunicación interna edilicia entre ambas actividades, además de un proyecto institucional para cada modalidad.

En toda la documentación oficial de los hogares deberá consignarse expresamente la/s modalidad/es que se habilita/n.

9.5.3. Condiciones Generales de Funcionamiento.

9.5.3.1. Los establecimientos pueden habilitarse de acuerdo a las siguientes modalidades:

a) Convivencial para Niños, Niñas y Adolescentes: establecimiento no sanatorial destinado al alojamiento de carácter transitorio de niños, niñas y adolescentes con autonomía psicofísica acorde a su edad.

b) Parador para Niños, Niñas y Adolescentes: Establecimiento con idénticas características que las definidas en el Inc. a), con estadía dentro de una o varias franjas horarias, con asistencia de carácter transitorio, de acuerdo a lo establecido por la Ley 445.

c) Convivencial para Adolescentes embarazadas y/o Madres adolescentes y sus hijos: establecimiento destinado al alojamiento transitorio de adolescentes embarazadas y adolescente madres y sus hijos, con autonomía psicofísica, que se encuentren en situación de vulnerabilidad o desvinculadas de su núcleo familiar, o circunstancialmente no puedan cubrir sus necesidades básicas en forma autónoma.

d) Convivencial de Atención Especializada (tratamiento de situaciones o patologías complejas): establecimiento destinado al alojamiento transitorio de niñas, niños y adolescentes que requieran, en el espacio institucional convivencial, mayor contención y seguimiento profesional que el requerido para las modalidades a), b) y c), y que contemple para sus residentes o alojados un tratamiento específico, pero que no requiera internación en un establecimiento de salud.

9.5.3.2. Población destinataria.

La población destinataria de los establecimientos ‘‘Hogares de niñas, niños y adolescentes’’ en todas sus modalidades son niños, niñas y adolescentes de 0 a 18 años que se encuentran desvinculados de su grupo familiar o momentáneamente separados de su grupo de pertenencia.

En los casos que considere necesario, la autoridad que corresponda, podrá autorizar la permanencia de los/as beneficiarios/as hasta los 21 años de edad.

9.5.3.3. Personal.

Los Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes deberán contar con equipos interdisciplinarios de profesionales adecuadamente capacitados con formación específica en disciplinas sociales, culturales y recreativas, con el propósito de implementar y desarrollar un proyecto institucional socioeducativo que promueva estrategias de egreso, seguimiento personalizado de cada residente y la revinculación y fortalecimiento familiar y comunitario, cuya supervisión será competencia del o de los organismos competentes conforme lo establecido en la Ley 114. El objetivo del personal de los Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes será dar cumplimiento a los derechos y garantías que emanan de la Ley 114 en virtud de lo establecido en su artículo 72; informando a los niños, niñas y adolescentes respecto de los derechos de los que gozan.

No podrán desempeñarse en los Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes quienes acrediten deuda alimentaria en el certificado expedido por el Registro de Deudores Alimentarios; ni quienes acrediten en el certificado expedido por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal delitos contra las personas, contemplados en el Libro Segundo, Título I, Capítulos I, II, III, V y VI del Código Penal, delitos contra la integridad sexual, contemplados en el Libro Segundo, Título III del Código Penal;, delitos contra el estado civil, contemplados en el Libro Segundo, Título IV, Capítulo II del Código Penal, o delitos contra la libertad, contemplados en el Libro Segundo, Título V, Capítulo I del Código Penal.

Aquellas personas que se encuentren procesadas por alguno de los delitos enumerados anteriormente sólo podrán desempeñarse en tareas administrativas y/o de mantenimiento que de ningún modo impliquen contacto con los niños, niñas y adolescentes alojados en los hogares.

Los Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes deberán contar con el siguiente personal:

a) Equipo Directivo.

Los Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes, deberán ser dirigidos por un Director/a, especializado/a en temas de infancia, con título universitario o terciario afín a la actividad o prestaciones desarrolladas. En caso de no poseer título universitario o terciario deberá acreditar fehacientemente más de cinco (5) años de experiencia en tareas u actividades iguales o relacionadas. Es responsabilidad del Director/a garantizar a los niños, niñas y adolescentes albergados, un espacio institucional socioeducativo convivencial de puertas abiertas, donde puedan de-

sarrollar una vida cotidiana socialmente integrada y un desarrollo intelectual en el marco de una socialización comunitaria con inclusión de sus vínculos y referentes familiares.

El Director/a tiene la obligación de brindar cualquier otro servicio específico que haga a la atención integral de los niños, niñas y adolescentes, en aquellos casos que resulte necesario por la situación particular de cada alojado o por expresa indicación de los organismos de derivación o monitoreo.

El Director/a es responsable, solidariamente, con el titular de la institución, del cumplimiento de las obligaciones expresadas en el presente ordenamiento y de cualquier otra normativa reglamentaria o complementaria que se dicte.

b) Equipo Profesional mínimo.
Un Licenciado/a en Trabajo Social, Asistente Social o Lic. En Servicio Social.
Un Licenciado/a en Psicología o Lic. En Psicopedagogía.
Un Profesional o Profesor en área educativa.
Un Médico, obligatorio solo para la modalidad establecida en 9.5.3.1, inciso d).

c) Equipo Técnico.
Dos Operadores que deberán poseer título secundario con capacitación en infancia y experiencia de trabajo acreditada con niños, niñas y adolescentes. En caso de ser modalidad mixta el hogar deberá contar con un operador para cada sexo por turno.

d) Equipo Auxiliar.
Un Personal Auxiliar de cocina.
Un Personal Auxiliar de limpieza, ropería y mantenimiento.
e) Los establecimientos Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes en las modalidades 9.5.3.1. a), b) y c) deberán contar como mínimo en forma permanente durante las 24 horas, los 12 meses del año, con dos (2) personas integrantes de alguna de las categorías enunciadas en los puntos 9.5.3.3. b) y c).
f) Los establecimientos Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes las modalidades 9.5.3.1 d) deberán contar como mínimo en forma permanente durante las 24 horas, los 12 meses del año, con tres (3) personas integrantes de alguna de las categorías enunciadas en los puntos 9.5.3.3. b) y c).

9.5.3.4. Capacidad.

La capacidad de alojamiento permitida en los establecimientos habilitados como Hogares de Niñas, Niños, y Adolescentes se ajustará a las siguientes pautas:

a) Para las modalidades establecidas en el 9.5.3.1, incisos a) y c) será no menor a (5) cinco y hasta un máximo de treinta (30) residentes.
b) Para las modalidades establecidas en 9.5.3.1, inciso b) será no menor a (5) cinco y hasta un máximo de treinta (30) concurrentes diurnos, pudiendo permitir el descanso nocturno de hasta un máximo de veinte (20) residentes.
c) Para las modalidades establecidas en el 9.5.3.1, incisos d) será no menor a cinco (5) y hasta un máximo de veinticinco (25) residentes.
d) Para las modalidades establecidas en el Artículos 9.5.3.1. incisos a), c) y d), la cantidad máxima de residentes o alojados variará de acuerdo a la superficie de los locales destinados a dormitorios y comedor con que cuente el establecimiento, siempre dentro de los mínimos y máximos establecidos en los incisos a) y c).
e) Para la modalidad establecida en el Artículo 9.5.3.1, inciso b) la cantidad máxima de residentes o alojados variará de acuerdo a la superficie de los locales con destino a sala de estar y/o comedor que posea el inmueble. Si se permitiera el descanso nocturno de los residentes, se determinará, a tal efecto, la capacidad máxima permitida, conforme a la superficie que posea el establecimiento, destinada a dormitorios siempre dentro de los mínimos y máximos establecidos en el inciso b).
f) Los establecimientos con población mixta deberán tener en cuenta para el cálculo de la capacidad, las habitaciones destinadas a niños, niñas y a adolescentes, siempre que el establecimiento no atendiera exclusivamente el alojamiento de personas de un mismo sexo o edad determinada.

9.5.3.5. Condiciones de Habitabilidad.

El establecimiento, así como también los muebles, enseres, colchones, ropa de cama, vajilla y utensilios que en el mismo existan deberán encontrarse en perfecto estado de higiene y conservación. Los artefactos sanitarios deberán conservarse en perfectas condiciones de funcionamiento y uso.

En los patios, corredores o pasillos, escaleras, servicios sanitarios, medios de acceso y egreso, no deberán existir objetos que impidan su fácil circulación y uso.

Se prohíbe la existencia de servicios sanitarios destinados a los residentes en comunicación directa con los dormitorios o con dependencias del personal del establecimiento.

9.5.3.6. **Documentación obligatoria.**

Los establecimientos deben poner a disposición de los organismos de control la siguiente documentación:

9.5.3.6.1. **Documentación obligatoria del establecimiento.**

a) Habilitación comercial expedida por la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, o quien en el futuro la reemplace.

b) Planos de habilitación visados por la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, o quien en el futuro la reemplace.

c) Planos Conforme a Obra de Condiciones Contra Incendio aprobados y visados por la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, o quien en el futuro la reemplace.

d) Libro Registro de Inspecciones, conforme lo establecido en el artículo 15 del presente Código.

e) Plan de evacuación aprobado por la autoridad competente.

f) Certificación de la realización de simulacro de evacuación, semestrales, emergencias o catástrofes emitido por la autoridad competente.

g) Constancia de Inscripción en el Registro del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

h) Certificado de desinfección mensual del inmueble, extendido por empresa debidamente autorizada.

i) Certificado semestral de Limpieza y Desinfección integral de tanques de agua para consumo humano – Ordenanza 45.593 (BM 19243) y su Decreto Reglamentario 2045-93 (BM19755)

j) Póliza de seguro de responsabilidad civil en vigencia.

Los Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes deben exhibir en lugar visible dentro del área administrativa del establecimiento, el certificado de habilitación y el plano de evacuación.

9.5.3.6.2. **Documentación obligatoria que la institución deberá poseer del personal.**

El Legajo del Personal de la institución deberá incluir:

a) Fotocopia certificada de los títulos y/o constancias de experiencia laboral en la temática de infancia y adolescencia.

b) Libreta sanitaria, extendida por establecimiento hospitalario oficial y renovable anualmente.

c) Certificado Psicológico por el organismo correspondiente dependiente del Ministerio de Salud.

d) Certificado expedido por el Registro de Deudores/as Alimentarios/as o Morosos/as.

e) Certificado expedido por el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal.

La reglamentación definirá las medidas a adoptar en aquellos casos en los que el personal no cumplimente con los requisitos arriba mencionados.

9.5.3.6.3. **Documentación obligatoria que la institución deberá poseer de los niños, niñas y adolescentes alojados.**

a) Para las modalidades establecidas en 9.5.3.1. a), c) y d), legajo personal de los alojados, debidamente foliado en orden cronológico, deberá incluir:

1. Datos personales, indicando el nombre por el cual el niño, niña o adolescente desea ser llamado/a cuando éste fuera distinto del consignado en su documento de identidad, a fin de asegurar el respeto por su identidad de género.
2. Documentación personal: partida de nacimiento, documento de identidad, plan de vacunación, boletines escolares.
3. Ficha de seguimiento de su historia de vida en los aspectos médicos, educativos, vinculares y sociales.
4. Ficha de seguimiento de los aspectos psico-físicos con la respectiva constancia de atención, debidamente firmada por el profesional actuante y con fecha de su intervención.
5. Nota de derivación de organismos oficiales o comunicación a la Asesoría General Tutelar del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del ingreso del niño, niña o adolescente al Hogar.
6. Toda otra documentación que haga a la identidad, y a la historia del niño, niña o adolescente alojado.

b) Para la modalidad establecida en 9.5.3.1. b), el legajo personal de los alojados contará con los siguientes datos personales: Nombre, Apellido, Número de Documento de Identidad, Sexo, Edad, Nacionalidad y Fecha de Ingreso. Deberá indicarse el nombre por el cual el niño, niñas o adolescente desea ser llamado/a cuando éste fuera distinto del consignado en su documento de identidad, a fin de asegurar el respeto por su identidad de género.

c) Todos los establecimientos deberán contar con un libro foliado de registro permanente y actualizado de los niños, niñas y adolescentes que se albergan o concurren al mismo debiendo consignar nombre, apellido, edad, sexo, nacionalidad, fecha de ingreso y egreso, documento de identidad, y domicilio de los padres o los responsables, lugar de procedencia y el organismo oficial que

haya efectuado la derivación. El libro de registro de niñas, niños y adolescentes de cada hogar deberá estar rubricado por el Consejo de de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

9.5.3.7 Compatibilidad de la actividad.

Los locales afectados a este servicio deberán serlo en forma exclusiva, no pudiendo ser destinados a otros usos, con excepción de la vivienda del personal que intervenga directamente en la atención del mismo.

En aquellos predios en que se encuentren locales con otros usos afines o relacionados, ya sea por temática o dependencia institucional, los mismos deberán contar con accesos de ingreso y egreso independientes del Hogar de Niñas, Niños, y Adolescentes y no deberá existir comunicación interna entre poblaciones de ambos establecimientos.

9.5.4 Condiciones de seguridad.

a) El establecimiento deberá poseer instalación de gas aprobada y cumplir con la Disposición que la autoridad competente indique. A su vez, contarán con detector de humo en dormitorios y sala de estar y/o comedor.

b) Los espacios al vacío en plantas altas deberán contar con protección de cerramiento no inferior a 1,80m de altura.

c) En lugar accesible tendrán ubicado un botiquín de primeros auxilios, con cerramiento de seguridad.

7.5.14.0 Hogar de niñas, niños y adolescentes

7.5.14.1 Locales de un Hogar de niñas, niños y adolescentes:

a) De carácter obligatorio

- Dirección o Administración del establecimiento.
- Sala de Estar (también podrá utilizarse como comedor)
- Cocina.
- Servicios sanitarios para los residentes.
- Servicios sanitarios para el personal.

b) De carácter obligatorio condicionado:

- Dormitorios

c) Locales de carácter optativo:

- Depósito de comestibles.
- Depósitos de ropa sucia y de ropa limpia.

7.5.14.2. Dirección o Administración del establecimiento:

Sus dimensiones mínimas y condiciones de iluminación y ventilación, deberán dar cumplimiento a lo establecido para los locales de primera clase en los puntos 4.6.1.1, 4.6.3.1, y 4.6.4.2 del presente Código.

7.5.14.3 Dormitorios

Sus dimensiones mínimas y condiciones de iluminación y ventilación, deberán dar cumplimiento a lo establecido para los locales de primera clase en los puntos 4.6.1.1, 4.6.3.1 y 4.6.4.2 del presente Código.

La capacidad de ocupación será a razón de 15 m3/mínimo por cada dos personas:

Superficie mínima: 9m2
Lado mínimo: 2,50 m
Altura mínima: 2,60 m

7.5.14.3. Sala de Estar-Comedor

Sus dimensiones mínimas y condiciones de iluminación y ventilación, deberán dar cumplimiento a lo establecido para los locales de primera clase en los puntos 4.6.1.1 y 4.6.4.2 del presente Código.

Superficie mínima: 16 m2
Lado mínimo: 3,00 m
Altura mínima: 2.60 m

Se aplicará para el cálculo de la capacidad correspondiente lo dispuesto en 4.7.2.1 inciso d) del presente Código de Edificación (factor de ocupación). La superficie resultante podrá satisfacerse con uno o más locales, con este destino, de superficie no menor a 10 m2 cada uno.

7.5.14.4. Cocina

Trabajando hasta 2 personas deberán dar cumplimiento a las exigencias mínimas establecidas para los locales de segunda clase. Trabajando tres o más personas cumplirán lo dispuesto para locales de tercera clase, de acuerdo a lo establecido en 4.6.1.1, 4.6.4.2, 4.6.4.3 y 4.6.4.4 del presente Código de Edificación.

Sobre los artefactos destinados a la cocción de alimentos, deberá instalarse una campana dotada de dispositivo de extracción forzada, conectada al ambiente exterior, que asegure la evacuación de humos, vapores, gases y olores.

El mobiliario y el equipo deberán ser diseñados y construidos de manera que permita su fácil limpieza, evitándose la acumulación de suciedad en uniones o encuentros.

Los productos perecederos deberán depositarse en heladeras o cámaras frigoríficas.

- Paredes: totalmente revocadas, alisadas, pintadas o blanqueadas. Deberán contar con un revestimiento de azulejos u otro material similar impermeable, lisos o invulnerables a roedores, de fácil limpieza, hasta una altura no menos de 2.10m medidos desde el solado.
- Cielorrasos: revocados, alisados, enduidos en yeso, pintados o blanqueados.
- Piletas: deberán ser de material impermeable liso o de acero inoxidable, de medidas no inferiores a 0.60m de largo, a 0.40m de ancho y 0.30m de profundidad, con servicio de agua caliente y fría.
- Pisos: serán de mosaicos, baldosas, o material similar, que permita su fácil limpieza e invulnerable a roedores.
- Ventanas: con mosquitero

7.5.14.5. Servicios sanitarios para residentes:

a) En los Hogares de Niñas Niños y Adolescentes que cuenten con dormitorios, los servicios de salubridad se instalarán de acuerdo al siguiente detalle:

- Núcleo mínimo (NM) que consta de un (1) lavabo, un (1) inodoro, un (1) bidet y una (1) ducha o bañera
- Hasta 6 personas: 1NM
- De 6 a 15 personas: 2NM
- De 16 a 25 personas: 3NM

b) En aquellos Hogares que no posean dormitorios, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 4.8.2.3 del presente Código. Cuando cuente con dormitorios será de aplicación lo estipulado en el inciso a) del presente.

Los inodoros, duchas y lavabos deberán ser instalados en compartimientos independientes entre sí. Estos compartimientos tendrán un lado mínimo de 0.75 m y un área mínima de 0.81 m2 por artefacto y en los demás aspectos se ajustarán a las disposiciones del Código de la Edificación (Capítulos y respetando lo establecido en 4.6.3.2, 4.7.1.8, y 4.8.2.1 ''Del proyecto de las instalaciones complementarias'') que les sean de aplicación.

Las duchas y lavabos tendrán servicio de agua fría y caliente con canilla mezcladora.

Los materiales y los revestimientos deberán ser apropiados para facilitar una correcta limpieza y desinfección.

Deberán asegurar la privacidad de los residentes.

7.5.14.6. Servicios sanitarios para el personal

Deberán ajustarse a lo establecido en el parágrafo 4.8.2.3 del presente Código.

7.5.14.7. Depósito de comestibles

Cuando se habiliten locales para la guarda de comestibles o bebidas envasadas, éstos deberán tener paredes revocadas y blanqueadas; sus pisos serán de material que permita su fácil lavado. Los productos no envasados en vidrio o metal deberán depositarse en tarimas de una altura de 0.40 m como mínimo, que permita la limpieza del solado. Estos locales deberán dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 11.843. Responderán a lo normado para locales de cuarta clase en 4.6.1.1, 4.6.3.1 y 4.6.5.3 del presente Código.

7.5.14.8. Depósitos de ropa sucia y limpia.

Cuando se habiliten locales para estos fines deberán dar cumplimiento a lo normado al respecto para los locales de cuarta clase en 4.6.1.1, 4.6.3.1 y 4.6.5.3 del presente Código.

Sus paredes deberán estar revestidas con material impermeable y que permita su fácil limpieza, hasta dos metros de altura.

7.5.14.9. Condiciones de seguridad.

a) Deberá dar cumplimiento a lo establecido en la Sección 8, Capítulo 10: ''De las Instalaciones Eléctricas'', específicamente en 8.10.1.3 ''Normas de Seguridad de Instalaciones Eléctricas''.

b) En estos establecimientos deberá cumplimentarse lo normado en la Condición C 11 del Capítulo 4.12.

c) Deberá dar cumplimiento al 4.6.6.1. (Instalaciones Eléctricas de Iluminación en Circulaciones).

d) Deberán dar cumplimiento al 8.10.1.21. (Obligatoriedad de la Instalación de Interruptores Diferenciales).

e) En caso de poseer instalado un equipo de transporte vertical deberá respetarse la ordenanza 27.228 (instalación y habilitación), 49.308 (obleas y conservación) y la Ley 962, modificatorias del Código de la Edificación de la Ciudad de Buenos Aires.

7.5.14.10 Escaleras y medios de salida

Deberán ajustarse a lo establecido en los capítulos 4.6 ''De los locales'' y 4.7 ''De los medios de salida''

Las dimensiones de los medios de salida deberán proporcionarse en base al factor de ocupación establecido en el art. 4.7.2.1.

7.5.14.11 Prevención contra incendios

Se ajustará a lo normado en las prevenciones S2, C1, C9 y E8 (E1) según Capítulo 4.12.1.2 ''Cuadro de prevenciones contra incendios''

Anexo 5

OBSERVACIONES PARA LA DISCUSIÓN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTO 2009

Introducción[1]

El Presupuesto Público constituye la herramienta más relevante con la que cuentan los diversos Organismos del Estado, el Órgano Legislativo en particular y la Sociedad Civil en su conjunto, para evaluar y analizar la implementación de las políticas públicas. Los criterios que guían la distribución de los recursos, la gestión en su ejecución y la evolución de planes y programas sociales, sólo pueden analizarse estructuralmente a través de los Proyectos de Ley de Presupuesto y las Cuentas de Inversión al finalizar cada año.

Por todo ello, la forma en que se diseña y se modifica la presentación de la información presupuestaria, influye directamente sobre la utilidad de la herramienta para los fines mencionados. Si el diseño del Presupuesto sufre modificaciones continuamente, resulta difícil evaluar la evolución de las políticas, y realizar contribuciones que permitan mejorar las gestiones de gobierno.

Los Presupuestos son, a la vez, una declaración de prioridades de una comunidad, y los medios que el gobierno utiliza para proveer las necesidades básicas relacionadas con los Derechos Humanos. En este sentido, existen acuerdos que limitan a los gobiernos en la forma en que deben asignar recursos públicos. **Los gobiernos están obligados, por los Tratados Internacionales[2] a avanzar progresivamente hacia el efectivo cumplimiento de los derechos económicos** (derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo y al ingreso), **sociales** (derecho a la seguridad social, a la salud física y mental) **y culturales** (derecho a la educación y los derechos de grupos minoritarios).

El cumplimiento de esta obligación concreta, que asumió el Estado Argentino, puede medirse, entre otros, por tres parámetros: a) la obligación de *no retroceder* en su cumplimiento, b) la obligación de *utilizar el máximo de los recursos disponibles* (la falta de recursos, por sí misma, no es justificación legal para no proveer las necesidades básicas), c) la obligación de *no violar derechos implícitamente* (cuando un número significativo de individuos de un Estado Miembro no tenga cubiertas sus necesidades esenciales, se considerará que el Estado está fallando con el

1 Para la realización de este documento se contó con la colaboración de la Lic. Nuria Becú y el Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas.

2 Entre los Acuerdos más importantes se destacan: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). El contenido de estos acuerdos ha sido desarrollado a través de comentarios emitidos por el Comité DESC, por el Comité de los Derechos del Niño y a través de sentencias judiciales.

cumplimiento de las obligaciones acordadas). Asimismo, el Estado asume la obligación de garantizar una especial protección a los grupos sociales más vulnerables, entre ellos los niños y niñas, destinando mayores recursos para el resguardo y respeto de sus derechos.

Por todo ello, el oportuno análisis y discusión del presupuesto público resulta una estrategia fundamental para que las instituciones públicas, que promueven y defienden los derechos humanos, puedan monitorear y vigilar el estado de avance en el cumplimiento de los distintos derechos. El destino de los derechos de las personas está condicionado, en gran parte, por la forma en que se planifican las inversiones y los gastos del Estado.

El Ministerio Público Tutelar tiene a su cargo la responsabilidad institucional de velar por la protección y realización de los derechos de las personas menores de edad y las personas que padecen una afectación en su salud mental. A tal efecto, y con el objetivo de analizar el grado de avance del gobierno de la Ciudad en el cumplimiento de los derechos vinculados con la infancia y la salud mental (el derecho a la vivienda, el derecho a la alimentación, el derecho al ingreso y el derecho a la educación), se realizó un análisis sobre la asignación y ejecución del gasto de diversas políticas implementadas durante el período 2005-2008[3].

La presentación se estructuró sobre la base de cada uno los derechos analizados, y a partir de allí se agruparon diversos Programas, Actividades o Proyectos, dentro de determinadas Jurisdicciones.

Finalmente, en el marco de dicho análisis se realiza una evaluación de la propuesta presupuestaria para el año 2009 y se presentan observaciones y preguntas, que se propone puedan ser retomadas en el actual estado de discusión Legislativa.

3 Se tomaron las Cuentas de Inversión para los años 2005, 2006 y 2007, la ejecución presupuestaria semestral del año 2008 y el Anteproyecto de ley de Presupuesto para el 2009.

Análisis de la asignación y ejecución del gasto de políticas dirigidas a niños y personas afectadas en su salud mental, durante el período 2005-2008

1. El sistema de protección integral de derechos de la infancia

1.a. Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

El Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes es el organismo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires responsable de promover y proteger el cumplimiento de los Derechos de todos los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad. Fue previsto en la Constitución de la Ciudad y creado por la Ley Nº 114. Se encuentra dentro de la Jurisdicción de la Jefatura de Gobierno y lleva adelante distintos programas. Al analizar el presupuesto destinado al Consejo y las metas físicas de sus programas a lo largo de los años, se observa lo siguiente: *ver gráfico 1 y gráfico 2*.

Se observa un crecimiento del presupuesto devengado y asignado al Consejo que pasa de $7.402.602 en el año 2005 a $ 26.801.285 en el 2009. Sin embargo, tal tendencia varía al interior de cada uno de los Programas:

A. Se observa una caída del 34% del año 2009 respecto al año 2008 del presupuesto destinado a Actividades Centrales del Consejo.

B. El Programa Promoción y Protección de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes, que consiste en una red de 15 Defensorías Zonales que brindan atención directa a niños/as y adolescentes cuyos derechos han sido amenazados o vulnerados, presenta un incremento persistente en su presupuesto y aumenta a casi el doble para el año 2009 respecto del 2008. Sin embargo, los niños y niñas atendidos/as por el Programa disminuyen para el año 2009, respecto al año 2007 en casi 10.000.

Es preciso señalar que, a partir de la sanción de la Ley Nacional Nº 26.061[4] comienza el proceso de transferencia hacia la Ciudad de servicios de Atención Directa de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, del Consejo Nacional

4 Se trata de los programas y recursos que el Ex Consejo ejecutaba para la atención directa de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires. Por ello, en el mes de septiembre de 2006, y con el fin dar cumplimiento al mandato legislativo contenido en la Ley 26.061, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscriben el "Acta Acuerdo para la Transferencia de Servicios de Atención Directa de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en los términos del art. 70 de la ley 26.061 -Acuerdo sobre Competencias para la Adopción de Medidas de Protección Integral de Derechos y las Medidas Excepcionales dispuesta por la ley 26.061 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" y posteriormente -en febrero de 2007- el Acta Com-

Gráfico 1. Presupuesto Ejecutado y asignado al CDNNYA, período 2005-2009

	2005	2006	2007	2008	2009
Programas	**Crédito Devengado**	**Crédito Devengado**	**Crédito Devengado**	**Crédito Vigente**	**Sanción**
Actividades Centrales	1.972.781	3.356.577	5.391.940	13.143.534	8.590.490
Unidad de Intervenciones Servicios Especiales	1.932.403	1.536.717			
Promoción y Protección de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes (defensorías zonales)	2.516.215	4.439.012	5.870.824	5.566.527	10.157.865
Fortalecimiento de Organizaciones Locales / Registro y Monitoreo de ONG	337.342	258.094			839.890
Seguimiento de Políticas de Infancia	307.165	588.656			
Registro Único de Adoptantes - Atención de Aspirantes a Adoptar	336.699	205.917	359.812	655.662	813.170
Capacitación en Derechos de Niños Niñas y Adolescentes		513.290	450.871	401.456	508.790
Bs As Ciudad Amiga de los niños		20.298	88.780	123.653	302.620
Atención De Situaciones De Emergencias (línea 102 y guardia, centro atención transitoria)			2.696.157	3.258.072	5.588.460
Total	7.402.606	10.918.560	14.858.384	23.148.904	26.801.285

Gráfico 2. Metas Físicas de los Programas del CDNNYA, período 2005-2009

	2005	2006	2007	2008	2009
Programas	**Crédito Devengado**	**Crédito Devengado**	**Crédito Devengado**	**Crédito Vigente**	**Sanción**
Actividades Centrales	s/d	s/d	s/d	s/d	s/d
Unidad de Intervenciones Servicios Especiales [1]	23.446	23.896			
Promoción y Protección de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes (defensorías zonales) [1]	21.563	25.650	34.098	15.742 (hasta junio)	24.600
Fortalecimiento de Organizaciones Locales / Registro y Monitoreo de ONG [2]	25.998	211	-	-	400
Seguimiento de Políticas de Infancia	s/d	s/d	s/d	s/d	s/d
Registro Único de Adoptantes / Atención de Aspirantes a Adoptar [3]	s/d	945	666	220	900
Capacitación en Derechos de Niños Niñas y Adolescentes [4]	-	31.175	26.497	3.645	17.000
Bs. As. Ciudad Amiga de los niños [5]	-	s/d	109	29	205
Atención De Situaciones De Emergencias (línea 102 y guardia, centro atención transitoria) [1]			20.151	6.728	20.970
Total	71.007	81.877	81.521	26.364	64.075

[1]Niño/a y adolescente atendido / [2]ONG evaluada / [3]Aspirante evaluado / [4]Persona capacitada / [5]Taller

de Niñez, Adolescencia y Familia. Esto en la práctica implica que la Ciudad asume la responsabilidad sobre las 650 personas menores de edad que se encuentran alojadas en instituciones por orden judicial.

Por ello, no puede dejar de señalarse lo preocupante que resulta, para este año en particular, el recorte de las metas físicas de este programa, ya que no es posible identificar si la Ciudad prevé atender los casos señalados, y si fortalecerá los equipos de trabajo en cada zona de intervención, conforme lo establece la Ley № 26.061.

A. Se observa una persistente disminución del presupuesto ejecutado y asignado del Programa Capacitación en Derechos de Niños Niñas y Adolescentes, en el período analizado. También disminuyen en 14.000 las personas capacitadas por el Programa entre el 2006 y las propuestas para el 2009. Se observa una abrupta reducción de personas capacitadas durante el año 2008.

B. Se identifica un aumento de un 144% del presupuesto del programa Buenos Aires Ciudad Amiga de los Niños para el año 2009, respecto al año anterior.

1.b. Dirección General de Niñez

La Dirección General de Niñez es la autoridad de ejecución de los programas sociales focalizados de infancia y adolescencia. Se ubica bajo la Jurisdicción del Ministerio de Desarrollo Social.

Al intentar comparar la asignación y ejecución del gasto de la Dirección en el período analizado, se presentaron diversos obstáculos metodológicos:

1. En primer lugar, la composición y nomenclatura de los programas de la Dirección cambian sustancialmente luego del año 2006.

2. En las Cuentas de Inversión de los años 2007 y 2008 no logra identificarse ninguna Unidad Ejecutora con el nombre de Dirección General de Niñez.

3. El nivel de desagregación también se modifica: durante los años 2005 y 2006 no puede identificarse el monto que se asignan a, por ejemplo, el equipo móvil, el CAINA, los paradores y hogares de tránsito, los hogares propios y los hogares conveniados.

plementaria mediante la cual se acuerda la transferencia de establecimientos que son de propiedad del organismo nacional a la órbita del gobierno de la Ciudad.

Por todo ello, sólo pudo realizarse el análisis sobre el Anteproyecto de ley de Presupuesto 2009: ver Gráfico 3.

Se observa una amplia diferencia en los montos asignados para cada Programa dentro de la Dirección. Por un lado, aproximadamente el 50 % del presupuesto general de la Dirección se destina al Programa Atención de Niñez y Adolescencia en Situación de Vulnerabilidad Social, que consiste en su mayor parte, en políticas de internación o alojamiento de niños en hogares propios o conveniados. Por otra parte, el Programa Fortalecimiento de Vínculos, que se encarga de la generación de estrategias para evitar la institucionalidad o posibilitar el egreso de instituciones, sólo participa de un 5 % de la asignación total de la Dirección de Niñez.

Esta disparidad de atención presupuestaria no cuenta con ningún argumento que la fundamente y que explicite las razones de dar prioridad a las políticas que promueven el antiguo modelo de patronato, caracterizado por la separación de los niños en situación de vulnerabilidad social de sus familias para su internación en institutos o lugares que prestan servicios de albergue.

1.c. Niños en conflicto con la Ley Penal

El 9 de junio de 2008 entró en vigor el segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que traspasa a la Justicia local la responsabilidad de intervenir en la investigación y el juzgamiento de los *delitos menores*[5], que antes tramitaban en el fuero correccional nacional.

En este marco[6], se crea para el año 2009 el Programa denominado Instituto Convivencional de Menores en conflicto con la Ley Penal, dentro de la Subsecretaria de Promoción Social, bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social y se le asignan $ 372.000 pesos (ver Gráfico 4).

5 Como lesiones en riña, abandono de persona, exhibiciones obscenas, amenazas, violación de domicilio, usurpación, ejercicio ilegal de la medicina, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, actos discriminatorios y tenencia y portación de arma de uso civil, entre otros.

6 Y considerando que dado el caso de niños y adolescentes, es deber del Estado respetar todas las garantías de procedimiento penal juvenil y sustanciales establecidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niños y la Constitución de la Ciudad. En este contexto, la Ciudad sancionó la Ley № 2451 de Régimen Penal Juvenil, donde establece el procedimiento de persecución penal y juzgamiento a las personas que tengan entre 16 y 18 años de edad.

Si bien en la descripción programática se establece que se trata de ''*un dispositivo para alojar a los niños y niñas entre 16 y 18 años* ....'' no se especifica a qué fines, si se trata de un lugar de tránsito para la identificación de los niños, o de una cárcel para niños.

En el caso de tratarse de un lugar para la identificación y espera de los niños imputados, debería explicitarse, al menos, qué condiciones presentará el lugar y cuál será su capacidad de alojamiento.

Si, por el contrario, se refiere a un lugar para implementar penas privativas de libertad, se considera desde la Asesoría Tutelar que la medida no es pertinente. Ello, porque en la Ciudad de Buenos Aires, por el tipo de delitos transferidos (delitos menores), y por aplicación de los principios de excepcionalidad y última ratio de pena privativa de libertad, no deberán dictarse sentencias condenatorias a penas privativas de libertad cando se trata de imputados menores de edad.

2. Derecho a la vivienda

Uno de los aspectos centrales que impactan en la vida de los niños, niñas y adolescentes es el acceso a una vivienda adecuada. Con el objetivo de evaluar la política habitacional propuesta para el año 2009, se decidió analizar la asignación y ejecución presupuestaria de programas habitacionales definitivos y transitorios, que se ubican mayoritariamente bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social[7] y la Jefatura de Gobierno de la Ciudad.

En este análisis, se excluyen las instituciones, propias o convenidas, donde se alojan o internan niños, niñas y adolescentes, que fueron abordados en el marco de las intervenciones de la Dirección General de Niñez.

2.a. Políticas Públicas de Asistencia habitacional transitoria

La asistencia habitacional transitoria para personas en condiciones de vulnerabilidad social y/o en situación de calle se implementa a través de los Programas de Asistencia Social Inmediata, que se encuentran todos dentro del Ministerio de Desarrollo Social: Programa Buenos Aires Presente, Línea de Emergencia Social, Paradores Nocturnos, Hogares de Tránsito, Subsidios habitacionales y Programa de Emergencia Habitacional.

7 Es preciso remarcar que la Jurisdicción 45 fue cambiando de nombre a lo largo de los años: en el 2005 era la Secretaría de Desarrollo Social, en el 2006 pasó a ser el Ministerio de derechos Humanos y Sociales, y en el 2008 cambió nuevamente y pasó a ser el Ministerio de Desarrollo Social.

Gráfico 3. Presupuesto asignado para el 2009 a la Dirección General de Niñez

UEJEC 476 - Dir.Gral.Niñez Y Adolescencia	143.039.714
PROG 31 - Atención Niñez Y Adolescencia En Situación De Vulnerabilidad	76.068.995
PROY 0 Atención Niñez Y Adolescencia En Situación De Vulnerabilidad	11.350.000
PROY 1 Conducción	5.112.610
PROY 3 Centros De Atención (Caina, paradores y hogares)	56.944.043
PROY 4 Atención En Situaciones De Emergencia Social Infantil -Equipo Móvil	2.662.342
PROG 32 **Desarrollo Integral** [1]	59.360.669
PROY 5 Centros De Desarrollo Infantil - Cedis	22.913.155
PROY 8 Casas Del Niño Y Adolescente	5.332.920
PROY 9 Centros De Acción Familiar - Caf	17.439.459
PROG 35 **Fortalecimiento De Vínculos**	7.610.050
PROY 11 Acompañamiento Hospitalario Y Terapéutico	1.440.090
PROY 12 Estrategias De Egreso	3.851.470
PROY 13 Equipos Zonales De Fortalecimiento	1.363.170
PROY 14 Prevención Y Asistencia A Las Victimas De Explotación Sexual Comercial Infantil	955.320

[1] también se encuentran incluidos los programas Juegotecas y Puerto Pibes

Gráfico 4. Presupuesto asignado para el 2009 al Programa Instituto Convivencional de Menores en Conflicto con la Ley Penal

Programa	Instituto Convivencional de Menores en conflicto con la Ley Penal	Presupuesto asignado 2009
Proyecto	Asistencia en centros especializados Ley 2.451	$ 372.000

Gráfico 5. Presupuesto Ejecutado y asignado Programa BAP y Línea 108, período 2005 - 2009

	2005	**2006**	**2007**	**2008**	**2009**
	Crédito Devengado	Crédito Devengado	Crédito Devengado	Crédito Vigente	Sanción
Buenos Aires Presente	1.085.850	1.374.101	s/d	s/d	4.600.550
Línea de asistencia y emergencia social	-	343.794	s/d	s/d	
Total	**1.085.850**	**1.717.895**			**4.600.550**

Es preciso remarcar que a partir del año 2007 se modifica el diseño del presupuesto para las políticas de Asistencia Social Inmediata, que pasan a ser Actividades o Proyectos dentro de otros Programas. Esto impacta sustancialmente en la posibilidad de efectuar un acabado análisis sobre el grado de avance de las políticas habitacionales transitorias de la Ciudad, ya que no se presentan más las metas físicas (sólo se encuentran disponibles para los Programas). En conclusión, resulta imposible saber a cuántas personas y/o familias afectó cada uno de los programas luego del año 2006.

2.A.I. Programa Buenos Aires Presente (BAP) y Línea 108 de asistencia y emergencia social

El Programa Buenos Aires Presente (BAP) consiste en un equipo de trabajadores sociales, psicólogos y operadores sociales que recorren las calles de la Ciudad, atendiendo a las personas en situación de emergencia, riesgo, abandono o vulnerabilidad social. Funciona las 24 horas y los 365 días del año y también articula con otros Programas de Atención Inmediata.

A través del Programa Línea de Asistencia y Emergencia Social (línea telefónica gratuita 108), operadores informan y asesoran sobre los recursos sociales del Ministerio de Desarrollo Social y de otras dependencias del Gobierno de la Ciudad (Ver Gráfico 5).

Al analizar el presupuesto asignado y ejecutado por año para ambos Programas, lo primero que se observa es que ninguno puede identificarse en los presupuestos de los años 2007 y 2008.

Por todo ello, si bien en el año 2009 se observa un incremento del presupuesto asignado de más del doble del año 2006 para ambos programas en conjunto, no es posible evaluar si el Programa propone atender a más personas y cuál es el que recibirá mayor atención presupuestaria de los dos (ya que se encuentran fusionados para el año 2009).

2.A.II. Paradores Nocturnos

Los Paradores Nocturnos brindan servicio de pernocte, comida, ducha y atención profesional a hombres solos, mayores de edad y mujeres mayores de edad con o sin hijos menores, con carácter inmediato y de emergencia. A la actualidad existen 3 paradores nocturnos en toda la Ciudad de Buenos Aires: Parador Retiro

(Gendarmería Nacional 522), Parador Bepo Ghezzi (Masantonio 2970), Parador de Mujeres Azucena Villaflor (Piedras 1583).

Ver Gráfico 6.

Al comparar la asignación presupuestaria original que recibieron los Paradores Nocturnos se observa una caída de casi el 44% del presupuesto asignado en el 2009 respecto al de 2005. El año 2008 es el que presenta la caída más abrupta del presupuesto.

Al ajustar los montos por índice de inflación y recaudación, se observa la disminución del presupuesto asignado a los Paradores Nocturnos en el 2008, y la reducción que implica el monto asignado para el año 2009, respecto de los años 2006 y 2007 (ver grafico 7).

2.a.iii. Hogares de Tránsito

Otro de los Programas de asistencia habitacional transitoria son los Hogares de Tránsito, donde se ofrece albergue, comida y tratamiento profesional y está destinado a hombres mayores de edad (hasta 60 años); mujeres mayores de edad (hasta 60 años) solas o con hijos menores de edad. Actualmente en la Ciudad existen cuatro Hogares de Tránsito: Hogar Félix Lora (Av. Paseo Colón 811), Hogar 26 de Julio (Av. Belgrano 482), Centro de noche Costanera (Av. España 2265) y Hogar Monteagudo (Monteagudo 435).

Ver Gráfico 8.

En el período analizado se observa una ejecución constante destinada a los Hogares de Tránsito. En el 2008 aumenta a casi el doble el crédito vigente para los hogares y en la propuesta presupuestaria de 2009 vuelve a registrarse un incremento de más del 50% respecto al 2008.

2.a.iv. Subsidios habitacionales - Programa de Apoyo a Familias en Situación de Calle.

Otra de las políticas implementadas por el gobierno de la Ciudad a lo largo de los años de asistencia habitacional es el Programa Apoyo a Familias en Situación de Calle, que consiste básicamente en transferencias monetarias para cubrir gastos de alojamiento. El monto total del subsidio asciende a la suma de $2.700 anuales, que se abona en cuotas de hasta $450 mensuales y que puede ser renovado por única vez hasta totalizar la suma de $ 4.500.

A efectos de evaluar el grado de avance en el cumplimiento del gobierno de la Ciudad del derecho a la vivienda, resulta trascendente remarcar que en el año 2008 se modifica la norma[8] que regula el Programa de Apoyo a Familias en Situación de Calle, que implica un **retroceso en el alcance y nivel de protección de dicho derecho:**

- Se elimina de los objetivos el de brindar orientación a las familias en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.
- Se reduce la población destinataria del subsidio. Se requiere que la situación de calle sea efectiva y comprobable y se elimina el acceso al programa a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados.
- Se modifican los requisitos de accesibilidad al programa, al modificar el requisito de residencia, exigiendo dos años en lugar de uno como preveía el Decreto anterior.
- Se incorpora una pauta limitativa para el destino del beneficio en tanto se establece que la asignación monetaria tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento.
- Se introducen pautas en cuanto a la caducidad del beneficio, que otorga total discrecionalidad a la administración para disponer cualquier tipo de causales.

Por el carácter regresivo de la norma en materia de derecho a la vivienda, la Asesoría General Tutelar decidió presentar una acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia, la que se encuentra en pleno trámite.[9]

Ver Gráfico 9.

El análisis del gasto muestra, en concordancia con la regresividad de la nueva norma, una disminución del presupuesto en términos reales para el año 2008 y en términos absolutos para el año 2009. Tendencia opuesta a la del período 2005-2007 que aumenta a casi el doble el presupuesto ejecutado.

Esta disminución presupuestaria para el 2009 resulta sumamente preocupante, pues da cuenta de la intención de la Ciudad de retroceder en la política habitacional. A la vez, esta reducción presupuestaria se realiza sin políticas complementarias -que mejore las condiciones de los actuales beneficiarios-, por lo que

8 Se sancionó el Decreto 960/08 que introduce diversas modificaciones al Decreto 690/06.

9 Ministerio Público-Asesoría General Tutelar de CBA c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Expte nro. 6153/08 TSJCABA

Gráfico 6. Presupuesto Ejecutado y asignado al Programa Paradores Nocturnos, período 2005-2009[1]

Paradores Nocturnos	Crédito Original	Crédito Original	Crédito Devengado	% Ejecución sobre Crédito Vigente
2005	5.848.887	1.671.218	1.315.752	78,7
2006	3.344.516	2.721.649	2.672.344	98,2
2007	7.123.718	6.242.642	3.886.285	62,3
2008	1.621.748	1.532.152		
2009	3.297.343	3.297.343		

[1] Mencionar cada uno de los programas que se tomó cada año

Gráfico 7. Evolución del gasto en Paradores Nocturnos, ajustado por índice de precios

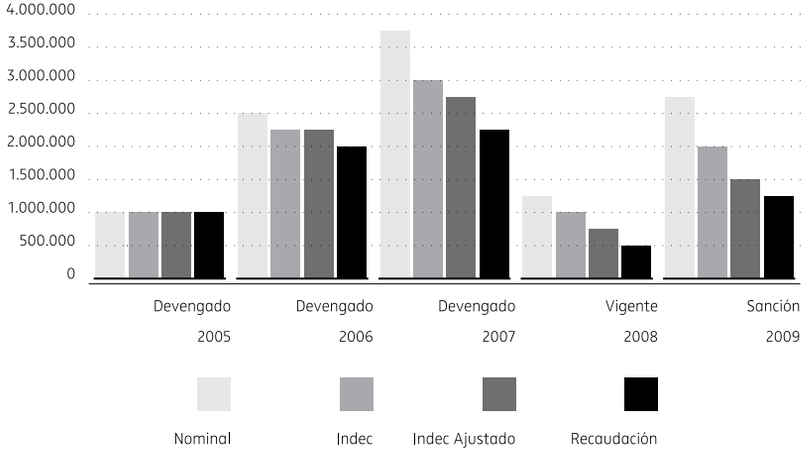


Gráfico 8. Presupuesto Ejecutado y asignado al Programa Hogares de Tránsito, período 2005-2009

Hogares de Tránsito	Crédito Original	Crédito Vigente	Crédito Devengado	% Ejecución
2005	1.242.849	1.054.753	971.333	
2006	1.318.468	1.374.870	1.362.505	
2007	2.135.000	2.069.521	1.146.857	
2008	1.604.769	2.291.918		
2009	3.509.520			

sin duda es posible preveer que las familias excluidas de la posibilidad de recibir subsidios habitacionales se encontrarán en la misma situación social que dio origen a la concesión del subsidio. En consecuencia, se produce un absoluto retroceso en el nivel de vida de los potenciales excluidos del programa (ver Gráfico 10).

2.A.V. Programa de Emergencia Habitacional

El Programa de Emergencia Habitacional consiste en entrega de materiales para construcción y está destinado a familias de escasos recursos afectadas por desalojos, incendios, derrumbes y que se encuentran en situación de desempleo o inestabilidad laboral. La entrega de materiales se realiza en forma directa o por intermedio de organizaciones sociales.

Ver Gráfico 11.

El análisis del gasto muestra una disminución progresiva en términos reales y en términos absolutos para los años 2008 y 2009. La mayor reducción se observa en la asignación presupuestaria para el 2009, donde el presupuesto asignado cae casi 1 millón de pesos respecto al vigente del 2008 (Ver Gráfico 12).

2.B. Políticas Públicas de Asistencia habitacional definitiva

Las políticas de asistencia habitacional definitiva de la Ciudad se concentran dentro del Instituto de la Vivienda de la Ciudad (IVC) bajo la órbita de la Jefatura de Gobierno.

2.B.I. Instituto de la Vivienda de la Ciudad (IVC)

El IVC tiene como misión planificar y ejecutar las políticas habitacionales para dar respuesta definitiva a los problemas de vivienda de los sectores de menores recursos. Las soluciones habitacionales que implementa el IVC las realiza a través de diferentes programas: Créditos ley 341/964, Vivienda Porteña, Colonia Sola, Rehabilitación la Boca, Rehabilitación de conjuntos urbanos, Operatoria ex AU 3, Mejor Vivir, Viviendas colectivas con ahorro previo, Programa de Radicación, Integración y Transformación de villas, Ley 2258- Cooperativas.

Ver Gráficos 13 y 14.

Como se observa en el cuadro y en el gráfico, se reduce progresivamente, en términos nominales y reales, el presupuesto vigente para el IVC a los largo de los

años. Resulta llamativamente bajo el presupuesto asignado para el 2009 que disminuye en un 27% en relación al 2008.

La evolución de la asignación y del gasto de cada uno de los programas implementados por el IVC en el período analizado es la siguiente:

Ver Gráfico 15.

La propuesta presupuestaria para el año 2009 en materia de vivienda introduce serias y trascendentes modificaciones respecto a los años anteriores.

En particular, dentro de los Programas implementados por el IVC, se observa una **abrupta y preocupante reducción presupuestaria** al Programa que promueve tareas de urbanización integral para la vivienda definitiva de los grupos más desfavorecidos en términos socioeconómicos: **el Programa de Radicación, Integración y Transformación de villas (PRIT).** Ver Gráfico 16.

Ver Gráfico 17.

El análisis muestra que la asignación presupuestaria para política de urbanización de las villas ha caído abruptamente para el año 2009, contrariamente al creciente aumento de la población que allí se registra. Como se observa en el gráfico, el Crédito vigente del PRIT disminuye, pasando a ser de 130 millones de pesos en el 2007 a menos de 3 millones para el año 2008.

Resulta importante señalar que en el año 2008 se modifica la composición de los organismos institucionales responsables de las políticas de urbanización de las villas. El proyecto de ley de modificación se encuentra en tratamiento legislativo y consiste en una división de tareas de urbanización de villas entre el IVC, la Corporación Buenos Aires Sur y la Unidad de Gestión e Intervención Social (UGIS) – dependiente del Ministerio de Desarrollo Económico-.

Como menciona el Informe realizado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)[10] tomados en conjunto, el PRIT, Corporación Sur y la UGIS, reciben una asignación presupuestaria para el año 2009 de **$57.747.600, un 55% menos que las asignadas al PRIT el año 2008.**

Al analizar más desagregadamente el gasto, el Informe de ACIJ señala que desde al 2005 hay algunas villas que no recibieron asignación presupuestaria específica para tareas de urbanización: Rodrigo Bueno, Zabaleta, Calacita, Barrio R, Carrillo, Piletones, villas 16, 13 bis y 31 bis y la villa 31 que sólo un año tuvo una asignación de $2800.

10 ACIJ, "Proyecto de presupuesto 2009: Análisis de las asignaciones presupuestarias (no) destinadas a vivienda y servicios públicos de las villas de la ciudad", Nov. 2008.

Como casos particularmente preocupantes en el presupuesto 2009, se identifican los siguientes:

Caso villas 31-31 bis: No se asignan partidas presupuestarias del programa a esta villa, a pesar de que el Estado se encuentra obligado por sentencias judiciales a realizar diversas obras[11].

Caso AU 7 - Centro de Evacuados de Parque Roca. No se identifican partidas presupuestarias específicas que ejecute la ciudad para dar una solución habitacional transitoria y definitiva a las familias que habitan en el centro de evacuados de Parque Roca. Ello a pesar de constituir una obligación para el Gobierno de la Ciudad, impuesta por la Ley 1987, y por las sentencias judiciales[12] que obligan a la construcción de viviendas definitivas para todas las familias afectadas por el incendio de la Villa Cartón, y a garantizar las condiciones adecuadas de habitabilidad, y de acceso a la salud y educación de los habitantes del Centro de Evacuados de Parque Roca.

La abrupta reducción del presupuesto destinado a la solución habitacional definitiva de los sectores más vulnerables implica un paso atrás en las obligaciones asumidas por el Estado. La no-asignación de fondos suficientes para abordar el problema del déficit y la precariedad habitacional muestra la ausencia de herramientas para abordar un fenómeno social que cada vez se extiende y se agudiza más en la Ciudad.

3. Derecho a la alimentación

Otro aspecto que impacta directamente sobre el pleno desarrollo de los niños, y niñas es la alimentación. Con el objeto entonces de analizar el avance de la Ciudad en materia del derecho a la alimentación se analizaron el Programa de Entrega de Cajas de Comida a Familias, el Programa de Apoyo a Grupos Comunitarios (Comedores Comunitarios) y el Programas Ciudadanía Porteña[13] (subsidio men-

11 Caso Asociación Civil Por La Igualdad Y La Justicia C/ Gcba S/ Amparo, Expte. Nº 21.045/2006. En el expediente del caso por riesgo sanitario, se presentó un Plan de Obras aprobado por el Directorio del IVC que no cuenta con reflejo presupuestario para el 2009.

12 Caso "Medina Benitez Rosalva C/ Gcba y otros S/Amparo, Exp. 26.034", Caso "Martinez Maria Ester y otros C/ IVC y otros S/ Proceso Incidentales Exp. 26.034/01"

13 El Programa Ciudadanía Porteña "Con todo Derecho" consiste en un subsidio mensual que se entrega a través de una tarjeta magnética precargada emitida por el Banco Ciudad y Cabal, se utiliza

Gráfico 9. Presupuesto Ejecutado y asignado al Programa de Apoyo a Familias en Situación de Calle, período 2005-2009

Subsidios habitacionales	Crédito Original	Crédito Vigente	Crédito Devengado
2005	9.627.472	12.215.977	10.101.042
2006	11.771.477	10.437.658	10.342.575
2007	12.237.500	24.863.475	24.826.717
2008	18.550.334	26.144.509	-
2009	20.528.094	-	-

Gráfico 10. Evolución del gasto en Subsidios habitacionales, ajustado por índice de precios.

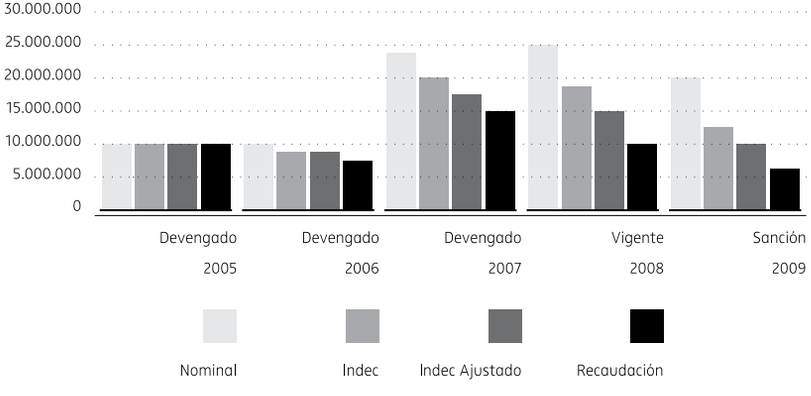


Gráfico 11. Presupuesto Ejecutado y asignado al Programa de Emergencia Habitacional, período 2005-2009

Emergencia Habitacional	Crédito Original	Crédito Vigente	Crédito Devengado	% Ejecución
2005	7.346.830	8.209.990	7.469.444	
2006	8.165.810	7.941.822	7.109.569	
2007	0	7.878.533	7.634.306	
2008	6.171.220	7.554.235		
2009	5.668.430			

sual que se entrega a través de una tarjeta magnética precargada). Todos se encuentran bajo el Ministerio de Desarrollo Social.

Ver Gráficos 18 y 19.

El análisis del gasto y las metas físicas permite observar que:

- El presupuesto general destinado a asistencia alimentaria (compuesto por los tres programas) aumenta a lo largo del período, pero las metas físicas generales disminuyen. Es decir que cada año la Ciudad asiste a menos cantidad de familias pobres en apoyo alimentario.
- Desaparece el programa de entrega de Caja de Comidas a Familias pobres, a partir del año 2007.
- Se observa una abrupta reducción (del 27% respecto al gasto del 2007) del Crédito Vigente del Programa de Comedores Comunitarios en el año 2008 y de las metas físicas. El incremento presupuestario para el 2009 no logra revertir la reducción presupuestaria en términos reales.

Ver Gráfico 20.

- Tomados en conjunto los Programas de Cajas de Comida y Ciudadanía Porteña, se observa un elevado incremento del presupuesto ejecutado y asignado y una disminución de las Familias atendidas por los Programas. Es particularmente amplio este margen de diferencia para el año 2009. Esto puede guardar relación con el hecho de que la inscripción al Programa Ciudadanía Porteña se encuentra cerrada desde abril del 2006 (ver Gráficos 21 y 22).

4. Derecho al ingreso

Otra de las políticas analizadas en cumplimiento a derechos vinculados con infancia fue el Programa Nuestras Familias que consiste en transferencia de subsidios a familias en extrema condición de vulnerabilidad. Se ubica dentro de los Programas de Asistencia Social Inmediata bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Social.

Ver Gráficos 23 y 24.

únicamente para la adquisición de alimentos, productos de limpieza e higiene personal y combustible para cocinar, y está condicionado al cumplimiento por parte de los hogares beneficiarios de obligaciones en educación y salud. Hasta el momento se realizaron dos inscripciones (noviembre/diciembre de 2005 y 20 de marzo al 3 de abril de 2006). Actualmente la inscripción al Programa está cerrada.

Gráfico 12. Evolución del gasto del Programa Emergencia Habitacional, ajustado por índice de precios.

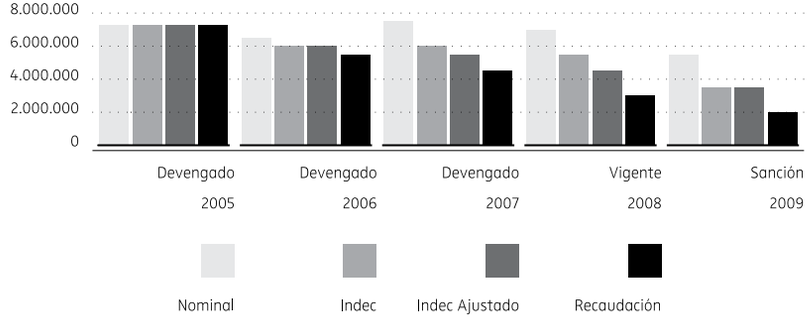
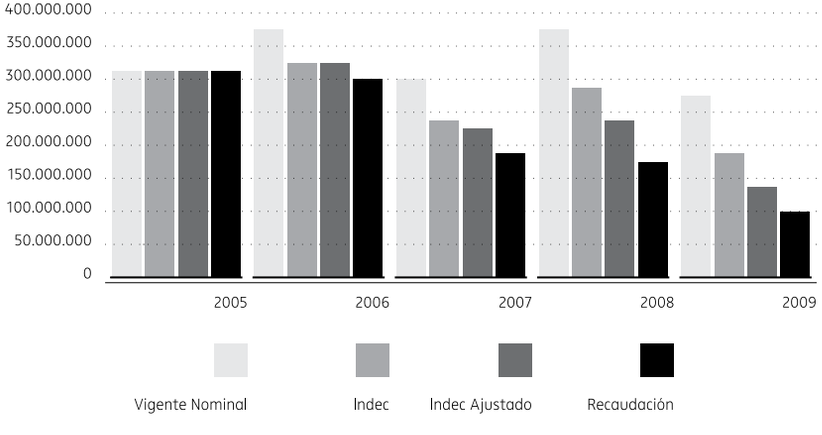


Gráfico 13. Presupuesto Ejecutado y asignado al IVC, período 2005-2009

IVC	Crédito Vigente	Crédito Devengado	% Ejecución
2005	325.045.569	214.358.317	65,9
2006	376.426.232	322.176.098	85,6
2007	303.165.956	288871453	95,3
2008	390.848.425		
2009[1]	284077330		

[1]Anteproyecto de Ley de Presupuesto

Gráfico 14. Crédito Vigente del IVC.



Se comprueba que el gasto que destina la Ciudad al Programa Nuestras Familias va disminuyendo, en términos generales, a lo largo de los años. En términos absolutos y reales la asignación presupuestaria propuesta para el 2009 es la más baja de todo el período.

5. Derecho a la salud mental

La política de salud mental de la Ciudad de Buenos Aires se realiza principalmente a través de los Hospitales Torcuato Alvear, Borda, Braulio Moyano, Carolina Tobar García, de los Centros de Salud Ameghino y Hugo Rosario y de los Talleres Protegidos de Rehabilitación psiquiátrica. Todos se ubican bajo el Ministerio de Salud (ver gráfico 25).

Ver Gráfico 26.

Respecto al gasto general de la Ciudad en materia de salud mental, se observa un crecimiento nominal y real del presupuesto. Esta tendencia se manifiesta también al interior de cada una de las unidades hospitalarias analizadas que también registran un incremento presupuestario.

Sin embargo, resulta importante remarcar que las metas físicas no están definidas ni por programas ni por Hospital. Por tanto, no es posible evaluar acabadamente el nivel relativo de atención presupuestaria que recibe cada uno sin comprender si aumentan o disminuyen las personas atendidas.

A la vez, tampoco es posible conocer cómo se va a dar pretensión a lo establecido en la descripción programática donde se establece[14] *''trabajar con los pacientes próximos con alta medica a fin de generar el escenario y el mayor grado de autonomía posible para su externación y su socialización...''*. Es decir, no se explicita en qué consistirá la política de externación, cuál va a ser la población afectada por las políticas que se implementen, si se construirán nuevos centros, etc.

6. Derecho a la educación

La Ciudad asume un fuerte compromiso constitucional también en materia del derecho a la educación que debe garantizar desde los 45 días en adelante. A su vez, se encuentra fuertemente obligada[15] a respetar el principio de igualdad y de no discriminación en el acceso, permanencia, y egreso del sistema educativo y a

14 En concordancia con lo dispuesto por la Ley 448 y por el art. 21 de la Constitución de la Ciudad.

15 Por la Constitución de la Ciudad y por los Tratados Internacionales.

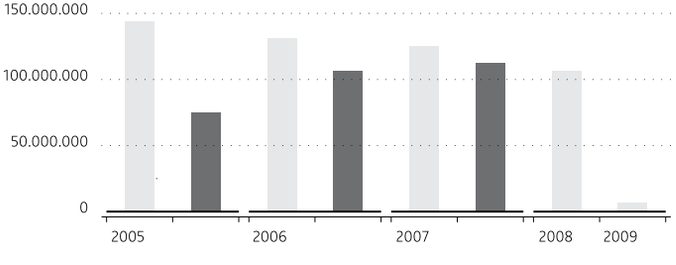
Gráfico 15. Presupuesto Ejecutado y asignado al Instituto de la Vivienda de la Ciudad, período 2005-2009

	2005		2006		2007		2008	2009
Programa	Vigente	Devengado	Vigente	Devengado	Vigente	Devengado	Vigente	Sanción
Actividades centrales	28.385.586	26.968.074	87.090.077	82.234.534	65.987.753	64.158.371	66.988.114	80.257.330
Créditos ley 341/964	54.727.858	49.097.415	52.794.021	52.794.020			70.437.540	
Vivienda Porteña							9.951.724	
Atención del problema habitacional	-	-	-	-	30.687.780	29.982.993		
Colonia Sola	1.247.871	1.206.634	9.500	9.500				20.000
Radicación, int. y transf. de villas	144.828.386	85.970.673	133.904.096	109.360.878	130.959.962	120.678.703	106.014.619	2.800.000
Rehabilitación la boca	5.950.742	2.564.677	6.410.292	4.011.165			1.617.658	28.750.045
Rehabilitación de conjuntos urbanos	8.955.662	3.890.224	24.904.672	19.499.849	27.088.160	25.914.261	69.754.419	46.600.000
Operatoria ex AU 3	3.087.224	1.582.393	6.141.836	4.050.267	1.456.316	1.406.311	700.257	3.667.950
Mejor Vivir	42.980.856	10.500.207	19.494.851	19.494.851			15.925.566	500.000
viviendas colectivas con ahorro previo	34.881.384	32.578.020	45.676.887	30.721.034	46.985.985	46.730.814	49.458.528	119.482.005
Ley 2258- Cooperativas								2.000.000

Gráfico 16. Presupuesto asignado y ejecutado del Programa de Radicación en Integración de Villas, período 2005-2009

Programa de Radicación, Integración y Transformación de villas	presupuesto sancionado	crédito vigente	presupuesto ejecutado	% de ejecución sobre crédito vigente	% ejecutado s/total IVC
2005	139.122.103	144.828.386	85.970.673	59,4	40,2
2006	103.308.103	133.904.096	109.360.876	81,7	33,7
2007	136.383.742	130.959.962	120.678.702	92,1	41,8
2008		106.014.619			
2009	2.800.000				

Gráfico 17. Programa de Radicación, integración y transformación de villas



implementar políticas educativas que aseguren la igualdad real de oportunidades y de trato hacia los sectores más desfavorecidos.

El análisis realizado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)[16] sobre asignación presupuestaria para infraestructura escolar a cada una de las zonas de la Ciudad para el período 2002-2007 revela que (ver gráfico 27):

1. Existió una subejecución presupuestaria persistente a pesar de existir necesidades educativas insatisfechas, que se profundizó en los distritos escolares más pobres (ubicados en la zona sur de la Ciudad). En promedio para los distritos más desaventajados se ejecutó para el período en promedio el 32.6% de los recursos, mientras que para los cinco distritos escolares más ricos de la ciudad, el porcentaje de ejecución alcanzó el 50%.

2. El 76% de las escuelas incluidas en los presupuestos no recibieron fondos. De 650 establecimientos mencionados en los proyectos de ley aprobados por la legislatura, sólo 155 figuran como establecimientos con gastos devengados. En los cinco distritos escolares más pobres (DE 3, 4, 5, 19 y 21) sólo se ejecutaron fondos para el 23% de las escuelas que tenían montos asignados por la ley de presupuesto para el período.

3. En todo el periodo se notó una falta de asignación presupuestaria diferencial y positiva a aquellos distritos peor situados en términos de indicadores educativos y con mayor necesidad de vacantes escolares.

A la vez, según menciona ACIJ[17] el Plan Plurianual de Inversión 2009-2001 no muestra que la refacción y construcción de establecimientos de nivel inicial sea una prioridad, a pesar de haber 8000 niños sin vacantes y una sentencia judicial[18] en contra del gobierno que los obliga a tomar medidas para remediar en forma urgente el problema.

Observaciones sobre el avance en el cumplimiento de los derechos de las personas menores de edad, y las afectadas en su salud mental. Modificaciones en los diseños presupuestarios y en la presentación de las metas físicas

16 ACIJ, "Diagnóstico de la Desigualdad Educativa en la Ciudad".

17 ACIJ, "Presupuesto 2009: Un análisis sobre el grado de avance en la promoción del derecho a la educación y el derecho a la vivienda en las villas", Nov. 2008.

18 Causa "ACIJ c/ GCBA sobre Amparo Exp. 23.360".

Gráfico 18. Presupuesto Ejecutado y asignado a los Programas de Apoyo Alimentario, período 2005-2009

	2005	2006	2007	2008	2009
	Devengado	Devengado	Devengado	Vigente	Sanción
Cajas de comida	35.983.808	23.457.361	-	-	-
Comedores Comunitarios	28.067.223	30.588.959	52.613.706	38.318.326	69.999.309
Subsidios	40.611.255[1]	121.359.412[2]	233.305.920[3]	292.806.986	378.191.603
Total	**104.662.287**	**175.405.733**	**285.919.626**	**331.125.312**	**448.190.912**

[1]Programa Vale Ciudad

[2]Programa Vale Ciudad y Programa Ciudadanía Porteña

[3]Desde el 2007 en adelante Programa Con Todo Derecho Ciudadanía Porteña

Gráfico 19. Metas Físicas de los Programas de Apoyo Alimentario, período 2005-2009

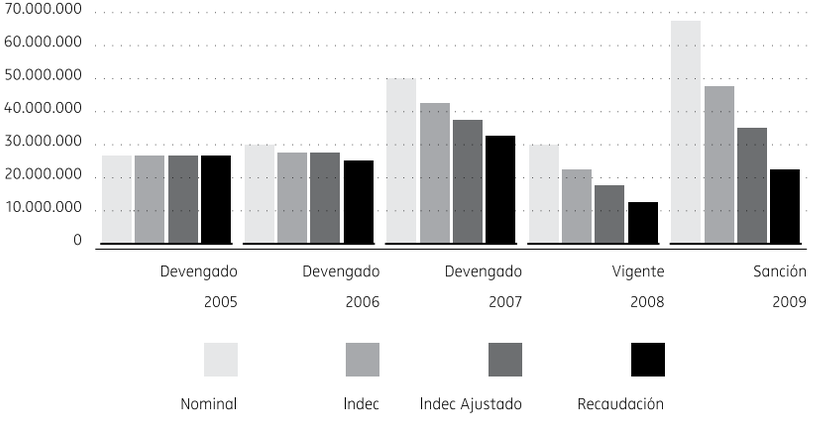
	2005	2006	2007	2008	2009
Cajas de comida[1]	79.220	60.094	-	-	-
Comedores Comunitarios[2]	34.670	35.266	34.479	33.846	36.000
Subsidios[3]	23.159	56.735	97.438	73.556	87.860
Total	**137.049**	**152.095**	**131.917**	**107.402**	**123.860**

[1]Familias pobres

[2]Integrantes de Familias bajo la línea de pobreza asistidos

[3]Familia pobre subsidiada

Gráfico 20. Comedores Comunitarios



- Se observa en la mayor parte de los programas sociales analizados, una modificación estructural del diseño presupuestario, especialmente a partir del año 2007, que transforma a los Programas en Actividades o Proyectos. La consecuencia directa de dicho diseño presupuestario es la ausencia de metas físicas identificables que resultan imprescindibles para evaluar el avance o retroceso del estado en materia de derechos humanos. A su vez, las metas físicas que pueden identificarse en todo el período para determinadas políticas no presentan la misma forma de medición (algunas están calculadas para algunos años como promedio y para otros como suma).

- Por otro lado, las modificaciones introducidas sobre el diseño presupuestario a lo largo de los años también influyen en el análisis y seguimiento de las políticas públicas. La nomenclatura de los programas sufre variaciones, al igual que su ubicación dentro del presupuesto; hay una falta de continuidad de Unidades Ejecutoras y de los Programas y algunas políticas directamente no pueden identificarse en el presupuesto por el bajo nivel de desagregación con el que se presentan.

Las deficiencias del sistema de Protección Integral de Derechos de Infancia

De la evaluación sobre las asignaciones presupuestarias a los Órganos encargados de la Promoción de las políticas de Infancia, en el marco de la Ley 114, se desprende la preocupación por la retracción de la cantidad de niños y niñas asistidas por el Consejo a través de sus programas, y la falta de fundamentos y de definición de contenidos de las políticas de internación o alojamiento de niños en hogares y de detención de menores en conflicto con la Ley Penal. La ausencia de explicaciones sobre criterios de diseño y distribución de partidas a determinadas áreas de la Dirección de Niñez dificultan seriamente la evaluación sobre la definición de estrategias de intervención.

El retroceso del gobierno de la Ciudad en el cumplimiento de los derechos

A través del análisis realizado puede observarse un retroceso del Estado en el efectivo cumplimiento de determinados derechos, que implica una clara violación a los compromisos constitucionales asumidos por la Ciudad.

- Se observa un retroceso del Estado en materia de **derecho a la vivienda** (tanto desde las políticas habitacionales transitorias como las definitivas). La disminución progresiva de la asignación presupuestaria destinada a paradores, a subsidios para familias en situación de calle, al programa de Emergencia

Gráfico 21. Presupuesto destinado al programa Cajas de Comida y Ciudadanía Porteña

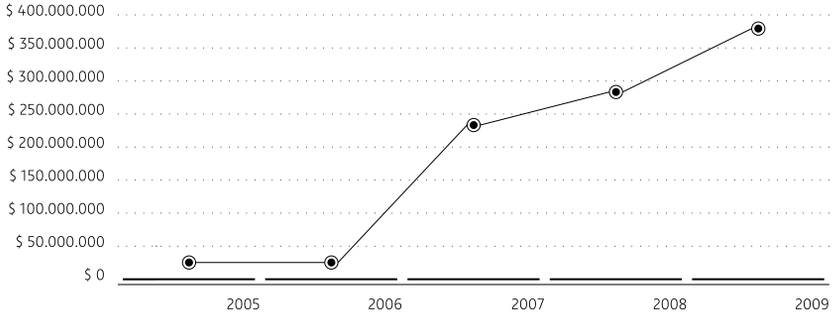


Gráfico 22. Familias pobres atendidas por el programa Cajas de Comida y Ciudadanía Porteña

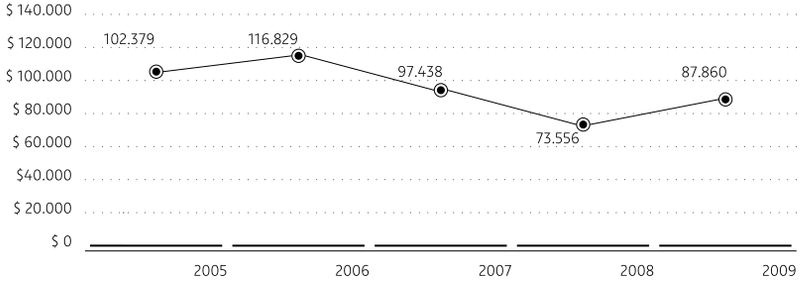


Gráfico 23. Presupuesto Ejecutado y asignado al Programa Nuestras Familias, período 2005-2009

Nuestras Familias	Crédito Original	Crédito Vigente	Crédito Devengado
2005	5.078.451	14.542.172	13.009.082
2006	5.705.635	7.948.915	7.909.365
2007	10.699.600	7.624.154	7.615.925
2008	12.262.093	12.269.238	1.864.053
2009	5.054.850		

Habitacional y especialmente a políticas de urbanización de villas implica una clara violación a los compromisos básicos asumidos en materia de derechos por la Ciudad. Esta falta de prioridad presupuestaria va en concordancia con la sanción de normas de carácter regresivo en materia de derecho a la vivienda, y con la falta de asignación presupuestaria para el cumplimiento de sentencias judiciales relativas al derecho a la vivienda.

- Se observa también el retroceso del Estado en el **derecho a la alimentación,** en tanto disminuyen la cantidad de familias pobres asistidas por los programas de asistencia alimentaria. Esto sucede a pesar de que la Ciudad aumenta año tras año la asignación presupuestaria al Programa de Ciudadanía Porteña, que mantiene cerrada su inscripción desde el año 2006. A su vez, se observa una abrupta reducción del presupuesto destinado a los Comedores Comunitarios, en el año 2008, a pesar de haber un incremento pronunciado del índice de precios.

- También en lo que respecta al **derecho al ingreso,** a través del Programa Nuestras Familias, se comprueba una pronunciada reducción en la asignación presupuestaria que se reduce a más del doble para el 2009 respecto del 2008.

- Finalmente, respecto al **derecho a la educación** se comprobó una histórica desigualdad en la distribución de recursos para infraestructura escolar hacia las zonas más pobres, que va en sentido contrario de la clara obligación que tiene la Ciudad de promover un trato privilegiado hacia los grupos más vulnerables.

Gráfico 24. Evolución del gasto destinado a Nuestras Familias, ajustado por índice de precios.

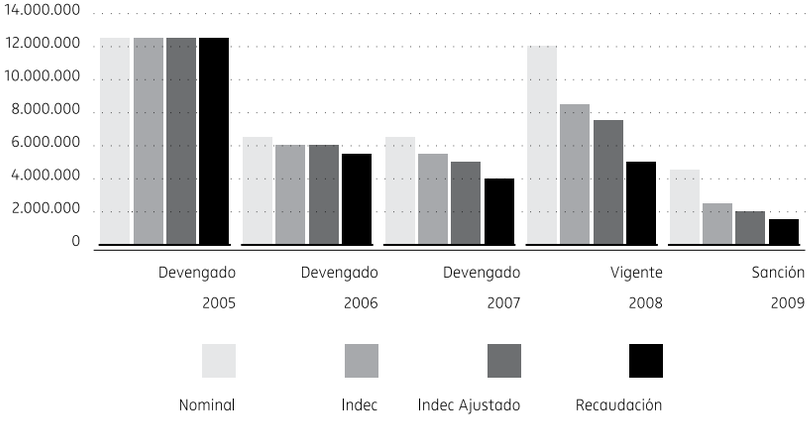


Gráfico 25. Presupuesto asignado y ejecutado de los Hospitales de Salud Mental, período 2005-2009

SALUD MENTAL	2005	2006	2007	2008	2009
	Crédito Devengado	Crédito Devengado	Crédito Devengado	Crédito Vigente	Sanción
Hospital Torcuato Alvear	10.879.789	16.496.500	21.770.536	22.501.169	29.873.231
Hospital Borda	34.351.208	59.299.998	57.591.800	61.675.788	84.183.465
Hospital Braulio Moyano	31.325.422	48.380.819	55.247.594	62.446.088	76.459.291
Talleres protegidos de rehabilitación psiquiátrica	5.141.637	6.055.792	8.813.680	9.206.518	12.568.063
Hospital Carolina Tobar García	10.414.306	14.523.807	17.872.670	19.154.493	26.305.945
Centro de Salud Ameghino	4.530.498	7.381.042	8.913.548	9.166.317	12.534.090
Centro De Salud Mental № 1 Hugo Rosario					5.865.873
TOTAL	**96.642.860**	**152.137.957**	**170.209.828**	**184.150.373**	**247789958**

Gráfico 26. Asignación Presupuestaria a Hospitales de Salud Mental

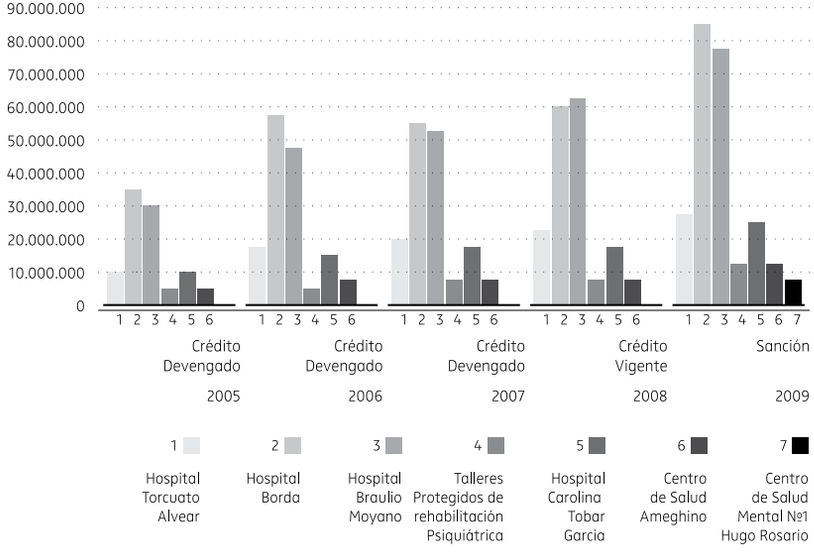


Gráfico 27. Presupuesto asignado y ejecutado del Programa de Infraestructura escolar, período 2002-2007

Concepto	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Crédito Vigente	12.561.258	53.461.222	58.583.502	86.672.179	122.669.198	149.247.185	**483.194.544**
Presupuesto Ejecutado	4.301.647	33.727.697	40.379.129	64.522.709	108.754.836	137.704.990	**389.391.008**
Porcentaje del presupuesto no ejecutado	65%	37%	31%	26%	11%	8%	**19%**
Presupuesto no ejecutado	8.259.611	19.733.525	18.204.373	22.149.470	13.914.362	11.542.195	**93.803.536**

Anexo 6

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD RELATIVA AL DECRETO 960/08

Tribunal Superior de Justicia:

Laura C. Musa, en mi carácter de Asesora General Tutelar (Dec. 272/07, publicado en el Boletín Oficial N° 2630 del 22-02-07), con domicilio real en la calle French 2741, 8º piso, depto. ''C'' de esta Ciudad, y constituyendo domicilio en la calle Combate de los Pozos 155, piso 7º de esta Ciudad, a V.E. me presento y digo:

1. Objeto de la acción.

En el carácter invocado, vengo a promover la acción declarativa prevista por el artículo 113 de la Constitución local, y reglamentada por la ley 402, peticionando se declare la invalidez constitucional y la pérdida de vigencia (artículos 113, inciso 2º de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y 24 de la ley 402) de las siguientes normas del Decreto 960/08 (sancionado el 4 de agosto de 2008, BOCBA Nº 2992 del 13/082008) en tanto implican una violación a la prohibición de regresividad:

- el artículo 1º del Decreto 960/08, en tanto modifica el artículo 3º del Decreto 690/06.[1]
- el artículo 2º del Decreto 960/08 que modifica el artículo 4º del Decreto 690/06.[2]
- el artículo 3º del Decreto 960/08, sólo respecto del último párrafo que incorpora al artículo 5º propuesto por este decreto.[3]

1 Artículo 1°.- Sustitúyese el artículo 3° del Decreto N° 690/GCBA/06, el que quedará N° 2992 - 13/8/2008 Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires Página N° 5 redactado de la siguiente forma: ''El programa otorga un subsidio con la finalidad de mitigar la emergencia habitacional de los residentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Su objetivo primordial es el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento''.

2 Artículo 2° - Sustitúyese el artículo 4° del Decreto N° 690/GCBA/06, el que quedará redactado de la siguiente forma: ''El presente programa asiste a las familias o personas solas en situación de calle efectiva y comprobable, entendiéndose por tal, a aquéllas que se encuentren en forma transitoria sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas y que reúnan las condiciones previstas en el artículo 11 del presente Decreto. No se contempla como beneficiarios de este programa, a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle.''

3 La incorporación cuestionada es la siguiente: ''La autoridad de aplicación podrá asignar asimismo prioridades en el otorgamiento del beneficio, y eventualmente extender los plazos previstos para el subsidio, de modo de atender reclamos según las particulares situaciones que puedan acaecer, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente.''

- el artículo 4º del Decreto 960/08, en tanto modifica el artículo 10 del Decreto 690/06.[4]
- el artículo 5º del Decreto 960/08, en tanto modifica el inciso b) del artículo 11 del Decreto 690/06.[5]
- el artículo 7º del Decreto 960/08, en tanto incorpora el inciso c) artículo 14 del Decreto 690/06.[6]

Se solicita la declaración de inconstitucionalidad de estas normas por resultar violatorias de los artículos 14 bis, 16, 28, 31, 75, inciso. 22 y 23, 99 inciso 2, de la Constitución Nacional; artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 2, 4 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 5 inc. E de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 14 inciso 22 de la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, y demás normas mencionadas en este escrito, artículos 10, 11, 17, 20, 31 y 39 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley Nº 114 de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Competencia de V.E. Para entender en este caso.

La competencia de V.E. para entender en la presente acción resulta evidente ya que la acción declarativa de inconstitucionalidad ''...tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de las leyes, **decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la**

4 Artículo 4° - Sustitúyese el artículo 10 del Decreto N° 690/GCBA/06, el que quedará redactado de la siguiente forma: ''El subsidio que se otorgue tendrá como único destino cubrir los gastos de alojamiento. Excepcionalmente, el mismo podrá estar destinado a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia, quedando facultada la Autoridad de Aplicación, previo dictamen favorable del área técnica que se establezca vía reglamentaria, a disponer la entrega del beneficio en un pago único a tal efecto.''

5 Artículo 5°.- Sustitúyese el artículo 11 del Decreto N° 690/GCBA/06, el que quedará redactado de la siguiente forma: ''...b) ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años...''

6 Artículo 7°.- Incorpórase al artículo 14 del Decreto N° 690/GCBA/06, el siguiente texto: ''c) por otras causales debidamente fundadas, previo informe técnico que así lo aconseje, de acuerdo se determine en la reglamentación.''.

sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa constitución o a la Constitución Nacional.'' (art. 17 de la ley 402).[7]

En esta acción se impugnan diversas normas contenidas en un decreto dictado por el Poder Ejecutivo Local, por lo que no existen dudas sobre la competencia del Tribunal para entender en este caso. Por otra parte, la pretensión esgrimida no intenta obtener un pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particularizadas. Por el contrario, se limitan a requerir que V.E., a partir del control de razonabilidad, y por aplicación de la prohibición de regresividad, declare la invalidez constitucional de las normas cuestionadas y la pérdida de vigencia de las mismas. En consecuencia, resulta claro que la presente acción encuadra en los requisitos exigidos por el artículo 113, inciso 2º de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires[8].

3. Legitimación activa para promover la acción.

El Ministerio Público tiene como función esencial promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 1° de la ley 1903, y mod. Ley 2386), intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, y en los que se alegare privación de justicia (art. 17, inc. 5 de la ley 1903 y mod. Ley 2386), y velar por la observancia de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y las leyes nacionales y locales (art. 17, inc. 6 de la ley 1903 y mod. Ley 2386).-

La ley 402 de Procedimiento ante el Tribunal Superior otorga expresa legitimidad a los titulares del Ministerio Público para la interposición de la presente acción.

La legitimación de esta Asesoría General Tutelar para actuar en defensa de los derechos de los niños a través de la interposición de la acción declarativa de inconstitucionalidad también surge de las funciones conferidas por la ley 1903 en su arts. 19, inc. 1, 2, 5 y 9 y 46 inc. 1 y cc; y ha sido reconocida por este Tribunal en el caso caratulado ''Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Bue-

7 El resaltado no obra en el original.

8 Cf., entre otros, caso ''Massalin Particulares S.A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad'' expte. Nº 31/99, resolución del 5 de mayo de 1999, ED, del 14/7/99.

nos Aires c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (Expediente Nº 5541/07).

Es por ello que, en mi carácter de Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el artículo 18 inciso 4º de la Ley 402 de Procedimientos ante el Tribunal Superior; me encuentro legitimada para interponer la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, en defensa de los derechos de las personas menores de edad afectados o potencialmente afectados por las normas impugnadas, en su derecho al acceso a la vivienda adecuada (ver apartado V.1).

4. Breve resumen de los fundamentos de la presente acción.

La Constitución de la Nación, los tratados internacionales de derechos humanos y la normativa de la Ciudad de Buenos Aires garantizan el derecho a la vivienda adecuada. Sin embargo, la Ciudad de Buenos Aires presenta un contexto social donde la relación entre infancia, pobreza y déficit habitacional resulta acuciante. Esta situación de precariedad o falta de vivienda adecuada es una de las manifestaciones, por excelencia, de la situación de exclusión social de los sectores más vulnerables, donde niños, niñas y adolescentes son siempre protagonistas.

Para abordar este fenómeno social, el Gobierno de la Ciudad ha implementado distintos programas de emergencia. De esta forma, en el año 2006 crea, mediante el **decreto 690/06, un programa para atender la situación de emergencia habitacional consistente en la entrega de subsidios;** con los objetivos de fortalecer el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales, y de orientar a las familias en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.

Recientemente se sancionó el Decreto 960/08 que introduce diversas modificaciones al Decreto 690/06, algunas de ellas necesarias, como la actualización de los montos de los subsidios. Sin embargo, otras de las reformas que aquí se impugnan implican retrocesos en la política pública destinada a proteger el derecho a la vivienda adecuada. Entre ellas, la eliminación del segundo objetivo mencionado consistente en orientar a los beneficiarios para encontrar soluciones definitivas al problema de la emergencia habitacional; la exclusión de medidas para evitar que las personas lleguen a estar en situación de calle como la entrega de subsidios a quienes de manera "inminente" pueden sufrir desalojos; la modificación a los requisitos para acceder al subsidio y su consecuente reducción del número de beneficiarios; y la introducción de normas que

permiten la absoluta discrecionalidad de la administración para la caducidad del beneficio; entre otras cuestiones.

Las reformas implementadas implican un retroceso en el alcance y nivel de protección del acceso a la vivienda de los sectores más vulnerables y por tanto resultan inconstitucionales en razón de vulnerar el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos, garantizado en la Constitución de la Nación, los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución de la Ciudad.

El Poder Judicial cuenta con atribuciones claras para declarar la inconstitucionalidad de las normas en cuestión, a través del ejercicio de su función como órgano de contralor de la legalidad y razonabilidad del accionar del Poder Administrador. En este marco, la prohibición de regresividad de las leyes constituye uno de los criterios rectores que el Poder Judicial debe aplicar.

Si bien es cierto que el diseño de las políticas públicas excede el marco de su competencia, cuando a través de la ejecución de programas se vulneran los derechos de las personas, el Poder Judicial es el órgano encargado de controlar las medidas adoptadas y proteger los derechos que se encuentran en juego. Esto implica que, más allá de la oportunidad, mérito, o conveniencia que se haya tenido en cuenta para el dictado de las políticas, si éstas no son razonables, en tanto son regresivas, el Poder Judicial puede realizar un estudio de compatibilidad y declarar la inconstitucionalidad de las normas que se encuentren cuestionadas. Lejos de vulnerar el sistema democrático y la división de poderes, el rol del Poder Judicial en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales lo fortalece al disponer de medidas que implican la inclusión social de los grupos más desaventajados de la sociedad.

Las reformas que se implementen en materia de derechos económicos, sociales y culturales siempre deben optar por aquellas que impliquen una mejora en la protección de los derechos en juego. La prohibición de regresividad funciona como un control agravado de razonabilidad que los jueces deben hacer de las normas, y, cuando se acredita que las reglas en cuestión implican una regresión en materia de derechos, estas normas se presumen inconstitucionales. Esta presunción, a su vez, implica la inversión de la carga de la prueba, por lo que, en caso de dudas, el juez debe hacer lugar al cuestionamiento de las medidas impugnadas. El Estado no sólo debe dar razones para justificar la modificación de las reglas cuando éstas

vulneran el principio de no regresividad, sino que además las justificaciones alegadas deben ser evaluadas bajo un escrutinio estricto.

Al respecto, es necesario tener presente que la eliminación de las normas impugnadas en nada obsta la continuidad inmediata del programa en cuestión, ni implica ningún diseño por parte del Poder Judicial de una política pública. Por el contrario, esta acción pretende invalidar las normas inconstitucionales, volviendo en cada uno de los casos a la aplicación directa de los artículos originales del Decreto 690/06, con las reformas del Decreto 960/08 que no significan un retroceso en la política pública.

Además de ello, no hay razones de índole presupuestarias para oponerse al progreso de esta acción. En efecto, muchas de las normas aquí impugnadas no implican ningún impacto sobre el presupuesto, como por ejemplo, el restablecimiento de los objetivos del programa. Por otro lado, el Poder Ejecutivo cuenta con herramientas para modificar partidas presupuestarias y garantizar de este modo los derechos aquí invocados, sobre todo teniendo en cuenta la absoluta prioridad que existe respecto de hacer frente a las necesidades de los grupos más desaventajados de la sociedad por razones económicas, y, en particular, de los menores de edad.[9] Finalmente, mucho menos pueden alegarse razones presupuestarias si además la Ciudad cuenta con el dinero necesario para dar respuesta a la protección del derecho a la vivienda adecuada aquí reclamada, en razón de que subejecuta su presupuesto.

La regresividad, que en materia de protección del derecho a la vivienda implica varias normas del Decreto 960/08, es inconcebible en el marco de la emergencia habitacional existente y reconocida por el propio Estado local. Esta contradicción no hace más que poner en evidencia el cuestionable accionar del Estado a través de la sanción del Decreto, la vulneración de los derechos de las personas más desaventajadas que implican muchas de las normas en él contenidas, y la imperiosa

9 La propia Ley № 2.571 de Presupuesto para el Ejercicio 2008 autoriza en su artículo 22 al Poder Ejecutivo a efectuar ampliaciones y reestructuraciones del presupuesto en tanto que el monto total anual de dichas modificaciones no supere el cinco por ciento (5%) del total del presupuesto. Esta normativa se condice con el propio Decreto 690/06 que en su artículo 17 dispone que la Dirección General de la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto del Ministerio de Hacienda, arbitrará los medios para la reasignación de los créditos presupuestarios necesarios para el cumplimiento de este decreto. Esta norma tiene plena vigencia, ya que no fue reformada por el Decreto 960/08.

Además de ello, es importante tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostiene que la falta de partidas presupuestarias no permite no cumplir con las obligaciones y violar de este modo los derechos sociales (casos ''Tobar, Leónidas c/ E.N. Mro. Defensa Contaduría General del Ejército- Ley 25.453 s/ amparo -Ley 16.986''; ''Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986'' sentencia del 1° de junio de 2000; ''Campodónico de Beviacqua'' sentencia del 24 de octubre de 2000; y ''Monteserin'', entre otros).

necesidad de la declaración judicial de inconstitucionalidad de éstas por parte de este Tribunal Superior de Justicia.

5. Fundamentos.

5.1. Déficit habitacional, infancia y pobreza en la Ciudad de Buenos Aires.

El déficit habitacional en la Ciudad de Buenos Aires encierra, insoslayablemente, la cuestión social propia de la población infantil inmersa en situación de pobreza. La precariedad o falta de vivienda adecuada es una de las manifestaciones, por excelencia, de la situación de exclusión social de los sectores más vulnerables, donde niños, niñas y adolescentes son siempre protagonistas. La información cualitativa y los datos cuantitativos dan muestra de que los niños son los sujetos que, mayoritariamente, sufren la pobreza y por ello, el déficit habitacional.

Pobreza e infancia han devenido en nuestro país, características correlativas: el fenómeno de la infantilización de la pobreza se ha generalizado al punto de poner en cuestión el mejoramiento de cualquier indicador macroeconómico y social. Mientras se reducen casi todos los índices alcanzados con la crisis de fines de 2001, la pobreza y la ausencia de un nivel de vida mínimo, siguen impactando gravemente en los niños, niñas y adolescentes.[10]

En este sentido, si bien la pobreza asume una enorme variedad de formas y manifestaciones en el territorio; uno de sus emergentes estructurales es el déficit en la vivienda, sea por carencia o por precariedad en alguno de los múltiples aspectos que la componen.

Da cuenta de la relación entre pobreza y carencia de vivienda el índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) utilizado en nuestro país: Esta medición empleada desde 1980 por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC)[11] considera pobre a ''quien no tiene o no puede procurarse recursos suficientes para llevar una vida mínimamente decorosa, de acuerdo con los estándares implícitos en el estilo de vida predominante a la sociedad a la que pertenece''.

Entre los siete indicadores de necesidades consideradas básicas para el desarrollo de la vida en sociedad, tres de ellos se relacionan directamente con la vivienda, a saber:

10 Cf. LOZANO, Claudio El hambre es un crimen. La infantilización de la pobreza en la Argentina. Instituto de Estudios y Formación. CTA. Año 2005.

11 El INDEC cuenta con varias metodologías de medición, siendo la de NBI una de las utilizadas.

- Alojamiento y equipamiento doméstico mínimamente apropiado para el funcionamiento del hogar y el equilibrio psicofísico de sus miembros;
- Disponibilidad de agua potable y de sistemas de eliminación de excrementos que garanticen estándares sanitarios mínimos;
- Condiciones ambientales sanas, que posibiliten la realización de actividades esenciales para el desarrollo individual y la integración social.

Este predominio de los indicadores referidos a la vivienda indica la importancia que se le otorga en la definición de una adecuada calidad de vida y ponen de relevancia, una vez más, que el **fenómeno de la vivienda es una de las principales manifestaciones de la pobreza.**

La Ciudad de Buenos Aires presenta un contexto social donde la relación entre infancia, pobreza y déficit habitacional resulta acuciante: según algunos datos oficiales, las condiciones de precariedad más aguda y de emergencia, alcanzarían a un 15.1% de la población. Infancia y vivienda, vivienda y pobreza lejos de ser universos diversos, son facetas inescindibles que retratan la vida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: los propios datos que publica la Administración Local muestran la asociación entre pobreza, infancia y problemática habitacional.

La última información oficial disponible proveniente de la Encuesta Anual de Hogares de la Ciudad correspondientes al año 2006 muestra la cara puntual de ese panorama en el distrito con mejores indicadores económicos y sociales de todo el país: **son los datos de una ciudad dual, de un espacio físico y social fragmentado que tiene a la infancia como territorio de la pobreza.**

El 7% de los hogares y el 11.6% de las personas que habitan en la Ciudad son pobres. **El 70.6% de los hogares pobres tiene presencia de niños menores de 14 años.** Casi un cuarto de estos hogares (24.4%), habita en viviendas consideradas no adecuadas o que presentan, por los datos disponibles, altos niveles de precariedad – inquilinatos, hoteles, pensiones, construcciones no destinadas a vivienda, ranchos o casillas y otras viviendas no clasificables. **El 26.1% de los hogares con niños se encuentran ubicados en el quintil 5 del ingreso per cápita familiar. El 48.9% de los hogares pobres con niños y niñas menores de 14 años tiene jefatura femenina,** lo que se entiende como un indicador que aumenta los niveles de vulnerabilidad de dichos hogares.

La pobreza se radica de manera privilegiada en el Sur de la Ciudad: en esta zona habita casi la mitad de los pobres (42.7%). Esta región se encuentra dividida en dos zonas: la conformada por las Comunas 4 y 8[12], en las que reside el 28.4% de

12 Comprende los barrios de La Boca, Barracas, Parque Patricios, Nueva Pompeya, Villa Soldati, Villa Riachuelo, Villa Lugano. Se denomina Zona C.

la población pobre (122180 personas); y la zona comprendida por las Comunas 1 y 3[13] donde habita el 14.3% (59602 personas).

Estas zonas de la Ciudad han sido largamente caracterizadas por la falta de infraestructura que posibilite el acceso a servicios básicos para el desarrollo de una vida digna y por la depreciación de las condiciones habitacionales que prevalecen en ellas. En este sentido, se advierte una importante asociación entre pobreza y déficit habitacional en estos territorios:

- En la zona B, sobre 177374 viviendas, el 13.2% de ellas son precarias, mientras que en la zona C, sobre 129188 viviendas, a este tipo de vivienda no adecuada le corresponde el 12.2%.
- Son también los espacios que muestran los valores más altos respecto al hacinamiento crítico: en la zona C éste alcanza al 14.4% de los hogares mientras que es de un 10.2% en la zona B.[14]
- Las Villas de Emergencia de la Ciudad y NHT se encuentran mayoritariamente ubicados en esta zona – salvo la villa 31 y la 31 bis-. Lo mismo ocurre con los Complejos Habitacionales construidos por el Estado, y gran parte de los asentamientos informales de la Ciudad.

Los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad representan al 33.3% de la población porteña: el 17.5% corresponde a los menores de hasta 14 años y un 15.8% al grupo de los adolescentes – 15 a 19 años-. **El 57.6% de esta población habita en la zona sur de la Ciudad:** el 33.8% en la Zona C y el 23.8% en la zona B, es decir, en las zonas más pobres y deficitarias en términos habitacionales de la urbe porteña. De la población de niños y niñas el 24.7% es pobre[15]. **En la zona sur de la Ciudad vive el 74% de los niños y niñas pobres:** el 41.5% de ellos reside en la Zona C mientras que el 32.5% lo hace en la zona B.

13 Comprende los barrios Retiro, San Nicolás, Puerto Madero, San Telmo, Montserrat, Constitución, San Cristóbal y Balvanera. Se denomina Zona B.

14 Cf UNIDAD DE INFORMACIÓN, MONITOREO Y EVALUACIÓN (UIMyE) (2008) "Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. La situación en el 2006" Serie Informes de Condiciones de Vida. Documento nº 3. Ministerio de Desarrollo Social – GCABA.
Disponible en *http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/evaluacion_programas/informes_condiciones_vida/Vivienda.pdf*

15 Cf. UNIDAD DE INFORMACIÓN, MONITOREO Y EVALUACIÓN (UIMyE) (2008) "La situación de la niñez en la Ciudad de Buenos Aires. La situación en el 2006." Serie Informes de Condiciones de Vida. Documento nº 5. Ministerio de Desarrollo Social – GCABA *http://estatico.buenosaires.gov.ar/areas/des_social/evaluacion_programas/informes_condiciones_vida/Ninez.pdf*

Algunos análisis a nivel de los espacios residenciales en el que habitan los niños y niñas confirma los datos anteriores: en las Villas de Emergencia, 37.3% de la población tiene menos de 15 años, y en los Inquilinatos, Hoteles, Pensiones y Casas tomadas es el 27.2%. Por último, cabe recordar que los datos correspondientes al Censo 2001, mostraban que en promedio, la población en las Villas de Emergencia menor de 19 años, era del 45% (INDEC: 2001).

5.2. El acceso a la vivienda adecuada como derecho humano. Su protección legal.

El acceso a la vivienda adecuada ha sido consagrado como un derecho humano fundamental (derecho social), tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en nuestro sistema constitucional. En este sentido, la vivienda adecuada se encuentra reconocida y protegida a través de diversas normas de la Constitución de la Nación y los tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, y de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la normativa local.

La firma, ratificación e incorporación constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos importa la asunción de la doctrina, los conceptos y la jurisprudencia que se produce en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. En este sentido, el alcance del contenido del derecho a la vivienda adecuada, definido en el ámbito de protección internacional, constituye un piso mínimo insoslayable en el escenario de implementación de políticas internas de cada uno de los Estados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación les ha reconocido el carácter de fuente interpretativa a la jurisprudencia de los organismos internacionales (conforme la jurisprudencia en los casos ''Giroldi'' (sentencia del 7 de abril de 1995, en JA, T.III.1995), ''Arana'' (sentencia del 19 de octubre de 1995), y en ''Bramajo'', en el cual mencionó que ''la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales...'' (Sentencia del 12 de septiembre de 1996, Fallos 319:1840, consid. 8. En sentido coincidente, en los casos ''Leonardo Ángel Sánchez Reisse'', Fallos 321:1328, ''Acosta'' (sentencia del 22 de diciembre de 1998, Fallos 321:355) y ''Felicetti'' (sentencia del 21 de diciembre de 2000, en LA LEY 2001-B, 64).

En particular, la Corte Suprema destacó la importancia de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como interpretaciones autorizadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el caso ''Aquino''. Sostuvo al respecto que ''En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.''[16] Esta doctrina, en consecuencia, otorga absoluta relevancia a las Observaciones Generales aquí citadas.

Asimismo, los Estados asumen una perspectiva o enfoque de derechos en la política social que se traduce, entre otros, en el compromiso de diseñar, planificar y ejecutar políticas y programas sociales respetuosos de los estándares de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de la política.

El enfoque de derechos completa el marco de protección jurídica de los derechos humanos, brindando una herramienta precisa en el caso de derechos económicos, sociales y culturales, y su consecuente política social. Es así que ''los derechos humanos no son pensados en la actualidad tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas.''[17]

5.2.1. Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

El derecho a la vivienda adecuada se encuentra consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. A su vez, los artículos 16 y 75, inciso 23 protegen la igualdad y establecen las medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato de las personas más desaventajadas de la sociedad, entre ellos, los niños.[18]

16 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. sentencia del 21 de septiembre de 2004.

17 Abramovich Víctor, Los estándares de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales'' En revista CEPAL, Nº 8, Año 2006.

18 El artículo 16 dispone: ''La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.'' En tanto, el artículo 75, inciso 23, establece: ''Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derecho reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.''

El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos que garantizan el **derecho a la vivienda adecuada. En efecto, consagran este derecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25, inciso 1)**[19]; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11.1)[20]; la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27. 1)[21]; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5 inciso. e.); la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (artículo 14, inciso 2); entre otros tratados internacionales de derechos humanos.

La vulneración al derecho a la vivienda adecuada tiene como consecuencia la violación a otros derechos humanos fundamentales intrínsecamente relacionados

19 La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 25, inciso 1 que ''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 u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.''

20 El artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece al respecto: ''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...''

21 El artículo 27 dispone ''1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.''

con éste, como la autonomía personal[22]; el derecho a la salud, integridad y vida[23]; y el derecho a la igualdad;[24] entre otros.

El alcance del derecho a la vivienda fue definido por los organismos internacionales competentes. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 3 (La índole de las obligaciones de los Estados Parte), refiere: ''Un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos, de las formas básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser''.

Existe un umbral mínimo de satisfacción de los derechos por debajo del cual el Estado viola los derechos que debe garantizar. Más específicamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha definido el contenido básico de algunos derechos. **En materia de vivienda, el Comité ha referido la obligación de los Estados de brindar acceso a un hogar, en condiciones sanitarias básicas, con suministro de agua limpia potable.**

El concepto de adecuación de la vivienda se vincula con el de dignidad y es así que el contenido de ''adecuada'' se interpreta en relación con la situación general del país (en el caso de la Ciudad) y con los medios económicos y financieros disponibles. Si bien el concepto de dignidad no implica lujo, ni propiedad, si importa asumir la obligación de garantizar un contenido mínimo indisponible, vinculado a las condiciones de habitabilidad, salubridad, higiene y seguridad.

En 1992 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Observación General 4 sobre derecho a una vivienda adecuada. Esta observación constituye una variable insoslayable al momento de definir el contenido del derecho a la vivienda y las obligaciones asumidas por el Estado. En este sentido, el derecho a la vivienda ha sido entendido como **vivienda adecuada. Es decir la vi-**

22 Artículo 19 de la Constitución Nacional; 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y la privacidad (art. 18 de la C.N., art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

23 Artículos I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

24 Artículo 16, 75 inciso 23 Constitución Nacional, y las demás previsiones sobre derecho a la igualdad y a la no discriminación.

vienda se define como elemento central en la vida de las personas, como medio fundamental para la supervivencia y para llevar una vida segura, independiente y autónoma. El acceso a la vivienda se enmarca como uno de los instrumentos fundamentales para garantizar igual capacidad para desarrollar una vida autónoma.

Concretamente la Observación General 4 en su parágrafo 7 establece que: ''En opinión del Comité, 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...''.

En esta Observación se establecen los parámetros para establecer si determinadas formas de vivienda se pueden considerar que constituyen una ''vivienda adecuada'' a los efectos del Pacto. En este sentido, se identifican siete estándares que deben ser considerados como elementos mínimos del contenido del derecho[25]:

a) seguridad jurídica en la tenencia: los Estados deben garantizar que todas las personas gocen de cierto grado de seguridad brindándoles protección contra los desalojos y expropiaciones arbitrarias, los hostigamientos y otras amenazas. También deben proteger los derechos de los inquilinos contra las especulaciones del mercado. En este sentido, surge la obligación del Estado de implementar medidas para regularizar la tenencia de tierras y las condiciones de vida de quienes las habitan.

b) disponibilidad de servicios, materiales, infraestructura. La vivienda como un derecho importa el acceso al agua potable, cloacas, recolección de basura, energía eléctrica, gas, cercanía a medios de transporte públicos y todo aquello que haga a cuidado sanitario, la seguridad, la nutrición y la comodidad de los ciudadanos.

c) accesibilidad económica, a través de gastos soportables: Se debe garantizar la posibilidad de afrontar los gastos de una vivienda. Las personas

25 Ampliando más esta nómina, Hábitat Internacional Coalición (HIC), una red de ONG que trabaja con el tema de la vivienda, desarrolló una herramienta de monitoreo que identifica 14 elementos constitutivos del derecho humano a la vivienda. Estos elementos se desprenden de las obligaciones que los estados contrajeron al ratificar diferentes tratados internacionales y otras leyes comúnmente aceptadas. Estos elementos son: seguridad de tenencia; bienes y servicios (entre los cuales se encuentra el agua, considerado un requisito esencial para un pleno derecho a la vivienda); accesibilidad económica, habitabilidad, accesibilidad física, ubicación, tradiciones culturales, libertad frente a posibles desalojos, información, capacitación, participación y libertad de expresión, realojamiento, ambiente saludable, seguridad y privacidad.

no pueden verse sometidas a la vulneración de sus necesidades básicas para afrontar los gastos de vivienda. El Estado debe subsidiar a las familias.

d) habitabilidad: se trata de garantizar viviendas con capacidad de albergue suficiente, seguro y adecuado para la salud de los integrantes del hogar. La vivienda debe proteger a las familias de los riegos de las lluvias, vientos, el frío, la humedad, y/o cualquier otro factor que pueda afectar o poner en riesgo la salud. Asimismo la vivienda no puede implicar hacinamiento.

e) Accesibilidad física: la vivienda debe ser accesible para todos, sin distinción, pero debe darse consideración prioritaria a los grupos más vulnerables, como las personas con capacidades diferentes, las personas adultas y los niños.

f) lugar adecuado: la vivienda debe estar ubicada en lugares que permitan acceder fácilmente a los recursos laborales, a los servicios de salud, escuelas y de aquellos lugares que permitan acceder a otros derechos. No puede encontrarse en lugares con riesgo de contaminación.

g) adecuación cultural: las políticas de vivienda deben ser capaces de respetar la identidad cultural y la diversidad de las poblaciones involucradas.

5.2.2. Normativa de la Ciudad de Buenos Aires.

La legislación local de la Ciudad de Buenos Aires completa el marco normativo nacional de reconocimiento y protección del derecho a la vivienda de sus habitantes, y especialmente de aquellos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad social.

A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, Buenos Aires adquiere status de Ciudad Autónoma. En esta nueva etapa comienza un proceso de reforma institucional que, en materia de protección normativa y jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales, adhiere a los conceptos del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

La Ciudad sancionó una Constitución que compromete la construcción de un Estado Social de Derecho, y es uno de los cuerpos normativos más modernos en materia de reconocimiento de derechos y establecimiento de garantías ciudadanas. Se trata de una constitución basada en los lineamientos del constitucionalismo social, que amplía el catálogo de responsabilidades del Estado local, a fin de garantizar los derechos sociales. En su artículo 17 establece: ''La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades''

En particular, la Ciudad de Buenos Aires reconoce el derecho de todos los habitantes a la vivienda adecuada y pone en cabeza del Estado local la obligación de respetar, proteger y garantizar este derecho, así como el derecho a la protección de la autonomía personal, salud y el acceso a la educación, derechos intrínsecamente relacionados con el aquí analizado.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 10 establece que: ''Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.'' Por su parte, el artículo 11 dispone que: ''Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley.''

El artículo 31 garantiza el derecho a la vivienda. Establece: ''La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve **progresivamente** el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.'' [26]

En lo que se refiere a los derechos de los niños, el artículo 39 establece que ''La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral... Se otorga prioridad, dentro de las políticas públicas, a las destinadas a las niñas, niños y adolescentes...'' La Ley 114 de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, establece en su artículo 6º ''Efectivización de derechos. La familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad, tienen el deber de asegurar a niñas, niños y adolescentes, con absoluta prioridad, la efectivización de los derechos a la vida, a la libertad, a la identidad, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a la cultura, al deporte, a la recreación, a la formación integral, al respeto, a la convivencia familiar y comunitaria, y en general, a procurar su desarrollo integral.''[27]

26 El resaltado no obra en el original.

27 Por su parte, la ''Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes'' Nº 26.061, en su artículo dispone: ''Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.''

En definitiva, la normativa local fortalece y amplía el universo legal de protección del derecho a la vivienda adecuada de los habitantes de la Ciudad, y en consecuencia, reglamenta y amplia las obligaciones asumidas en materia de respeto, protección y satisfacción de los derechos sociales. En este sentido, asume un enfoque de derechos en materia de políticas sociales y por ello se compromete a diseñar, planificar y ejecutar políticas sociales acordes con los estándares de protección de los derechos sociales.

5.3. Principio de progresividad y prohibición de regresividad.

Tanto en el derecho internacional como en el sistema constitucional nacional y local, al que hicimos referencia precedentemente, se han definido distintos criterios rectores de las políticas dirigidas a intervenir en materia de derechos sociales. En este marco, uno de los imperativos estructurales a la hora de evaluar la adecuación de una norma a los postulados y reglas del derecho de los derechos humanos es el llamado estándar legal de no regresividad o prohibición de regresividad de la política. Este principio impone claras obligaciones en cabeza de los Estados, los que tienen absolutamente vedado el retroceso en la protección de los derechos humanos.

Como ya se mencionó, nuestra Constitución local reconoce en el inc. 1 del artículo 31 el derecho a una vivienda digna y un hábitat adecuado, para lo cual establece que la Ciudad ''Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza critica y con necesidades especiales de escasos recursos'' tal la situación de mis representados.'' [28]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 26 dispone respecto de los derechos económicos, sociales y culturales la cláusula de Desarrollo Progresivo que establece ''Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, **para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos** que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de

28 El resaltado no obra en el original.

los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. En diversas Observaciones Generales se establece la obligación del Estado de demostrar que ha considerado las medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir la que haya tomado.'' [29]

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que cuenta con jerarquía constitucional, consagra el derecho a la vivienda en su artículo 11. También dispone la obligación de los Estados de adoptar de manera progresiva los medios apropiados para lograr la plena efectividad de los derechos en él consagrados. De esta manera, el artículo 2º dispone ''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.''**[30]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció el alcance de esta obligación internacional en el caso ''Aquino'' en el que declaró la inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de Riesgos de Trabajo que dispone la eximición de responsabilidad civil al empleador en casos de accidente de trabajo. Afirma al respecto que el citado art. 2.1 tiene como consecuencia que ''todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga'' (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9); asimismo: Observación General N ° 15, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6 °) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23.'' [31]

En este sentido, la Corte afirma la importancia de la cláusula de progresividad en materia de derechos humanos en tanto considera que constituye ''un principio

29 El resaltado no obra en el original.

30 El resaltado no obra en el original.

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. sentencia del 21 de septiembre de 2004.

arquitectónico del Derecho Internacional de Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular''[32]. Asimismo, agrega en el caso ''Milone'', que una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias sub examine, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11, inc. 1, por el que los estados han reconocido el derecho de todo persona ''a una mejora continua de las condiciones de existencia''.[33]

De ello surge la idea de progresividad que implica, por un lado, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, y, por el otro, la asunción de la obligación de no regresividad.

Esta progresividad permite cierta gradualidad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, el Estado puede dictar diversas medidas para la protección de los derechos, e ir mejorando las condiciones de ejercicio de los mismos. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa en su Observación General № 3 que ''El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. sentencia del 21 de septiembre de 2004.

33 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - ley 9688. . Sentencia del 26 de octubre de 2004.

que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.''

Ahora bien, el principio de progresividad también importa la obligación de no regresividad. En otros términos, el **principio de progresividad veda al Estado es la posibilidad de dictar medidas que impliquen un retroceso en esta materia. En este sentido, la obligación de progresividad prevista en el Pacto impide a los Estados retroceder en el avance de la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales. De esta manera, cuando el Estado diseñó o implementó medidas tendientes a garantizar estos derechos, luego no puede revertirlas o reemplazarlas por medidas menos protectoras.**

Los ''Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales'' elaborados por un grupo de expertos en 1997, establecen al respecto que las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. En dichas directrices se incluyen como ejemplos de estas violaciones, las siguientes: ''(a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento; ... (d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables; **(e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos...''**[34]

El Estado no puede adoptar políticas, medidas o prácticas ''regresivas'' que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales. Ello porque al tiempo que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, se compromete a no reducir los niveles de protección vigente. De esta forma, una vez puesto en vigencia un programa determinado, que implica el acceso a determinados derechos sociales, de acuerdo con cierta modalidad, no puede mediante ley, decreto o prácticas modificar el programa en términos regresivos, o lo que es lo mismo limitando sus alcances.

Comprobado que una norma o acto estatal, en materia de política social, es regresivo, pues constituye un retroceso respecto del status anterior del derecho afectado, el acto se presume ilegal. En este sentido, alegada y demostrada la regresividad de una política o programa, opera la presunción de ilegitimidad y es el propio Estado el que deberá, a partir de la inversión de la carga de la prueba, demostrar fundadamente que la medida adoptada es justificada y absolutamente necesaria

34 Estos principios han sido utilizados por el Comité de Derechos Económicos y Sociales para analizar los informes y realizar distintas observaciones. El resaltado no obra en el original.

En particular, los Dres. Ruiz y Maier, jueces de este Tribunal Supremo de Justicia reconocieron esta prohibición respecto del derecho a la vivienda. En este sentido, la Dra. Ruiz sostiene en el caso ''Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido'' que ''El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar —lo que no ha ocurrido en estos autos— por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna. En el caso, la regresividad que no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local, se configura respecto del derecho a la vivienda digna''.[35]

En definitiva, la obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos imponen al Poder Legislativo y Ejecutivo respecto de las posibilidades de reglamentación de estos derechos. De esta manera, el principio mencionado prohíbe al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos sociales de los que goza la población.

5.4. El principio de no regresividad como criterio en control judicial de razonabilidad de las normas.

Señala Courtis que existen dos nociones de regresividad: regresividad de resultados y regresividad normativa. Esta última puede aplicarse a normas jurídicas. En este sentido -no empírico sino normativo- para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.''[36]

Mientras que el análisis de la progresividad de resultado requiere un estudio empírico más complejo, el estudio de regresividad normativa resulta más sencillo,

35 Expte. nº 5033/06: ''Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido'', sentencia del 11 de diciembre de 2007.

36 Christian Courtis, ''Ni Un Paso Atrás. La Prohibición De Regresividad En Materia De Derechos Sociales'', Editores del Puerto. Año 2006.

pues basta con comparar las normas en cuestión y mostrar que la reforma implica un retroceso en la protección de los derechos invocados.

Este control de regresividad normativa es propio del control de legalidad y **razonabiliad que debe ejercer el Poder Judicial como garante del respeto de la ley.** Ello, en tanto, la idea de un derecho pleno se alcanza cuando existe algún Poder del Estado legitimado para intervenir en caso de incumplimiento de alguna obligación estatal o vulneración de un derecho por acción del propio Estado.

Al respecto, Courtis y Abramovich afirman que ''La obligación de no regresividad constituye justamente uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial''.[37]

Este principio, en nuestro sistema, funciona como un **criterio de control de la razonabilidad de las leyes y reglamentos que realiza el poder judicial en función de la garantía del debido proceso contenida en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Afirman los autores que: ''En efecto, la obligación de no regresividad implica un control 'agravado' del debido proceso sustantivo...Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluiría las reglamentaciones irrazonables, pero permitiría que legislador o al Poder Ejecutivo escoja dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política. La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal e histórica: aún siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo** no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente, **desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce. De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posible, los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y,** además, **elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes''.** [38]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la competencia del Poder Judicial en la revisión de la razonabilidad de las normas. Al respecto, afirma que ''Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines

37 Víctor Abramovich y Christian Courtis. ''Los derechos sociales como derechos exigibles''. Editorial Trotta. Año 2002.

38 Víctor Abramovich y Christian Courtis. ''Los derechos sociales como derechos exigibles''. Editorial Trotta. Año 2002. El resaltado no obra en el original.

cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta inequidad'' (Fallos 299:428).[39]

Además, sostiene expresamente que una de las pautas que debe evaluarse a la hora de efectuar este control de razonabilidad es la posible violación al principio alterum non laedere. **Al respecto, la Corte afirma sobre el alcance de este principio que ''...si se trata de establecer recomendaciones legales en el ámbito de protección de los derechos de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio** *alterum non laedere* **toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican ''alterar'' los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28).''** [40] En consecuencia, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, a la luz del principio de razonabilidad el Poder Judicial debe analizar si las normas implican limitaciones que alteren la amplitud de los derechos.

El principio de no regresividad, entonces, constituye una pauta de análisis, en ejercicio de la función judicial de control de legalidad de las normas, para evaluar su razonabilidad en los términos de los artículos 28, 31, 75, inciso 22 y 99 inciso 2, de la Constitución Nacional, el artículo 4 del Pacto Internacional del Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como también el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad.

En consecuencia, el Poder Judicial tiene plena competencia en el marco de sus funciones para evaluar las normas que aquí se están cuestionando y declarar su inconstitucionalidad.

5.5. Modificaciones inconstitucionales introducidas por el Decreto 960/08.

Como ya he señalado, con fecha 4 de agosto de 2008, el Jefe de Gobierno dictó el Decreto 960/08 mediante el cual se modifica el Decreto № 690/06.

Si bien, en algunos aspectos, el Decreto 960/08 no violenta los derechos consagrados con anterioridad sino que significa una adecuación a la realidad actual a la que es aplicada (por ejemplo respecto de la actualización de los montos del subsidio conforme al actual costo de vida); en otros aspectos, los que aquí se im-

39 La Corte Suprema de Justicia analizo la razonabilidad de diversas normas relacionadas en el derecho laboral en los casos ''Rolón, Zapa'', sentencia del 30/10/1986, ''Vega, Humberto c/ Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde s/accidente'', entre otros.

40 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. sentencia del 21 de septiembre de 2004.

pugnan, la nueva normativa constituye un indiscutible retroceso en la protección del derecho a la vivienda adecuada.[41]

Es importante tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya se manifestó sobre la necesidad de que los Estados parte protejan el derecho a la vivienda acrecentando los subsidios otorgados. En efecto, en relación al informe periódico de Colombia del año 2007 el Comité, con motivo de la inquietud considerable de subsidios para la vivienda, instó al Gobierno ''a adoptar medidas destinadas a acrecentar los subsidios de vivienda, especialmente en las provincias más pobres''. [42] El Comité manifestó su preocupación respecto del hecho de ''que los subsidios de vivienda hayan sido reducido considerablemente y de que en las provincias de Sucre, Córdoba, Bolívar y Magdalena, entre otras, las condiciones de vida son inadecuadas y la calidad estructural de las viviendas sea mediocre''. En este sentido, recomendó ''la adopción de un sistema de financiación de viviendas para personas de pocos recursos que dé a los más pobres la posibilidad de acceder a una vivienda adecuada''.[43]

5.5.1. Objetivos del Programa.

El primer aspecto en el que el Decreto 960/08 resulta regresivo respecto del Decreto 690/06 es en el cambio de los objetivos del programa.

En efecto, el Decreto 690/06, en su artículo 3° establece que ''El programa ''Atención para Familias en Situación de Calle'', tiene como objeto el otorgamiento de subsidios a fin de brindar asistencia a las familias en situación de calle, fortaleciendo el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales y **la orientación de aquéllas en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.''**[44]

41 Al respecto, se modificó uno de los requisitos para acceder al programa. El Decreto 690/06 requería que las personas se encuentren en situación de indigencia y el Decreto 960/08 ahora establece como estándar que se encuentren bajo la línea de pobreza. Esta reforma no significa en sí misma una mejora en razón de que las personas que se encuentran en situación de calle son indigentes. En este sentido, el Decreto actual no implica avance alguno en la protección del derecho a la vivienda.

42 Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 42.

43 Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1/Add.74, 6 de diciembre de 2001, párr. 42.

44 El resaltado no obra en el original.

Por su parte, el Decreto 960/08 reforma el citado artículo, y establece la modificación de uno de los objetivos y elimina el segundo de ellos, que era central para la protección de los derechos en juego. El artículo 1º del nuevo decreto que se sancionó dispone: ''El programa otorga un subsidio con la finalidad de **mitigar la emergencia habitacional de los residentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Su objetivo primordial es el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento''.** [45]

De esta manera, se excluye como objetivo de la política pública una de las obligaciones ya auto impuesta por el propio Gobierno de la Ciudad, que generaba un nivel mínimo en el acceso a la vivienda adecuada: la orientación de las familias en situación de calle en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional; principio que formaba parte del Decreto 690/06; que lo precede. A través de esta derogación, **el Estado produce un cambio radical en su política pública, limitando su intervención a una atención parcial, más focalizada que la que preveía anteriormente y por ello, decididamente regresiva.**

Mientras que con anterioridad a la sanción del Decreto 960/08 el Estado se ocupaba de brindar asesoramiento para que las familias solucionen su problema habitacional, con esta reforma limita a su actuación al mero asistencialismo, dejando de lado el deber ya asumido de brindar orientación para que las familias puedan, en forma autónoma y más estable, superar la situación de crisis habitacional. El subsidio funciona como un paliativo que atiende a la situación emergente que padecen las personas que se encuentran en situación de calle, pero no es acompañado por ninguna otra respuesta más integral. Es decir, el Estado traslada a los afectados la responsabilidad por su situación habitacional y no genera ninguna solución real y efectiva.

Es claro que la atención de la urgencia no brida soluciones al problema de la emergencia habitacional que requiere, además de medidas rápidas, políticas que no se limiten a ''emparchar'' la emergencia sino que brinden herramientas útiles para que las familias superen la situación que padecen.

Esta posición del Estado lejos de garantizar los derechos involucrados, tiene como consecuencia fomentar la dependencia de las personas de la asistencia de Estado, con las consecuencias que esto trae en la construcción de sus identidades subjetivas. En otros términos, en estos modelos de intervención, la

45 El resaltado no obra en el original.

política social se agota en los programas sociales focalizados, reproduciendo el *statu quo* **y legitimando identidades tuteladas.** [46]

Esta reforma a los objetivos pone en evidencia que el Estado desconoce el enfoque de derechos, y asume una actitud más propia de una institución filantrópica o de beneficencia. De esta manera, el Estado se comporta como quien realiza una ayuda social, desconociendo su obligación de garantizar el acceso a una vivienda adecuada, como consecuencia del reconocimiento normativo de los derechos sociales de las personas que habitan en la Ciudad.

Este recorte en el objetivo programático resulta restrictivo, en tanto acota la forma de mirar la problemática habitacional y en consecuencia limita su abordaje a la acción de mitigar. Esta limitación pone en vista un criterio residual para la atención de las familias destinatarias, reflejando el ''achicamiento'' de la agenda del Programa ''Atención para las Familias en Situación de Calle''.

El Programa de Atención para las Familias en Situación de Calle constituye una política pública; entendiendo por tal el ''sistema de decisiones gubernamentales que a través de acciones u omisiones definen un problema de la realidad de uno o más sectores de la vida social'' (Landini, 2003). Es entonces que decidir recortar los alcances programáticos vinculados a la búsqueda de solución a la problemática habitacional supone una decisión de la política pública, muy propia del paradigma de focalización de las políticas sociales. Reconocemos en la acción de ''mitigar'' la emergencia habitacional y en la ''transitoriedad'' del fortalecimiento del ingreso familiar, dos de los supuestos principales de este paradigma (García Delgado, 2003). Al decir de este autor ''la consideración transitoria y estática de las necesidades básicas, hace que también la pobreza sea considerada un estado transitorio en la sociedad. Esta concepción lleva a generar mecanismos de respuesta de carácter puntual y por lo tanto ineficientes para la solución de la misma''.

En este orden de ideas, se ha perdido la visión de largo plazo. Sin embargo, ''por más urgentes que sean los problemas que hoy se experimentan, es preciso tener una **estrategia de mediano y largo plazo que oriente las decisiones que se toman para atender la emergencia''** (Rapoport, 2002).

Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ya se ha expedido sobre la importancia de los objetivos propuestos por el Decreto 690/06 en el marco de la política pública habitacional. En el caso ''B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo'' (Expte. 4757/06), el Dr. Casás y la Dra. Conde en su voto, se manifestaron expresamente sobre la importancia de la obligación contenida en la última parte del artículo 3º

46 Duschatzky Silvia (comp) Tutelados y Asistidos. Programas sociales, políticas públicas y subjetividad. Buenos Aires, Año 2000.

del Decreto 690/06 que la nueva normativa derogó. En este sentido, sostienen en relación a esta norma que ''De la lectura del artículo se desprende que bajo esta nueva regulación el Estado local se ha auto impuesto dos obligaciones: 1) otorgar un subsidio monetario para afrontar el pago de alojamiento y 2) orientar a las familias en la búsqueda de estrategias de solución a su problema habitacional.''[47] Entienden que **esta política contemplada por las dos obligaciones mencionadas se condice con la obligación constitucional de garantizar el derecho a la vivienda digna.** Al respecto manifiestan que ''Esta interpretación —que liga ambas acciones debidas por el Estado a un resultado positivo— resulta armónica con la realización del fin constitucional previsto en el art. 31 de la CCABA. En primer lugar, porque se tiene en cuenta la mayor amplitud del compromiso, en los términos del decreto nº 690/06, destinado a encontrar una solución en materia de tutela social y, además, porque claramente encuentra fundamento en la realidad socio-económica actual, diferente a la de años anteriores. A la fecha, atenuada la gravísima crisis económica suscitada a partir del año 2001 durante la cual, frente a la falta de demanda de empleo, sólo se pudo atemperar la situación de precariedad en materia de vivienda mediante subsidios, alojamiento en hoteles o en albergues públicos, el Gobierno ha asumido la tarea de colaborar y guiar a quienes se encuentran en esta situación para solucionar el problema habitacional. Corresponde a los poderes políticos estructurar las políticas y planes para dar satisfacción a la segunda parte de lo dispuesto en el régimen tutelar previsto en el Decreto 690/06.''[48] Al respecto, se aclara que para el logro de este objetivo, el Estado requiere de la participación y compromiso de los asistidos y que el éxito de este tipo de programas también reside en la renovación de beneficiarios para así poder atender a la mayor cantidad de personas que pudieran requerir la ayuda estatal.

En consecuencia, en el voto citado surge con total claridad el avance que implicó el Decreto 690/06 en relación a la norma anterior que reemplazó, en el sentido de implica una **política con capacidad de generar un mejor estándar de calidad en el acceso al derecho de vivienda adecuada.**

Para ser aún más ilustrativa, vale recordar que el Dr. Lozano, además de adherir al voto citado, agrega que ''El giro que asume la política para superar el déficit de vivienda a partir de la vigencia del decreto 690/06 no es menor. A diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior (vgr. art. 10 del decreto 895/02) la pro-

47 Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, caso ''B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo'' (Expte. 4757/06), resolución de fecha 25 de abril de 2007.

48 Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, caso ''B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo'' (Expte. 4757/06), resolución de fecha 25 de abril de 2007.

puesta de salida estable que condicionaba la extensión del subsidio, ahora, no está exclusivamente a cargo del beneficiario sino que requiere que la Administración brinde orientación en la materia. La discontinuidad del subsidio queda ligada a una actividad conjunta del requirente y la autoridad de aplicación para superar la situación de calle.''[49]

Tan coincidente en la jurisprudencia del Tribunal que, en virtud del mismo razonamiento, ha reconocido que la obligación de entrega del subsidio subsiste **hasta tanto se dé una solución definitiva al problema habitacional de las personas que lo necesitan.** Al respecto, Lozano caso ''Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido'' afirmó que ''4. Así explicado el alcance de las obligaciones a cargo del GCBA, cabe concluir que, ni los pagos efectuados en concepto del programa creado por el decreto 895/02, ni los acordados desde la inclusión en el régimen del decreto 690/06 permiten tener por agotadas las prestaciones allí previstas. Esto último pues, conforme a los fundamentos desarrollados en los puntos precedentes, el demandado debió acreditar, y no lo hizo, el cumplimiento de las pautas que para asignar el beneficio habitacional dispone el decreto 690/06 (punto 2 de este voto), así como el acatamiento de las previsiones establecidas en el art. 3 de esa norma (punto 3 de este voto). En tal sentido, el recurrente no muestra que la incorporación de la actora en el 'Registro de la Unidad de Administración de Beneficiarios del instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires' configure actualmente una solución a su problemática habitacional. 5. Todo lo dicho es suficiente para resolver el recurso del GCBA sin que sea necesario expedirse sobre los restantes planteos formulados. En consecuencia, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia de Cámara —que, a su vez, confirma la de primera instancia— en cuanto ordena al GCBA que ''brinde una adecuada cobertura de la emergencia habitacional a la actora y su grupo familiar'' en el marco de los programas de emergencia habitacional, regulados actualmente por el decreto n° 690/GCBA/06.'' [50]

Tal como lo analiza este Tribunal Superior, el Gobierno de la Ciudad ha ido dictando diversas normas que progresivamente han avanzado en la protección del derecho a una vivienda adecuada. En este sentido, el Decreto 607/97 creó el Programa Integrador para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia

49 Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, caso ''B.M. y otros c/ GCBA s/ amparo'' (Expte. 4757/06), resolución de fecha 25 de abril de 2007.

50 Expte. n° 5033/06: ''Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido'', sentencia del 11 de diciembre de 2007.

Habitacional, cuyo objetivo era brindar asistencia social transitoria a grupos familiares sin recursos económicos que transiten una situación de emergencia habitacional, proporcionando orientación y asistencia para solucionar dicha emergencia. A través de este programa el Gobierno prestaba asistencia a personas y familias sin techo, otorgándoles alojamiento en dormitorios de hoteles. Para ello, subsidiaba directamente a los hoteles. Si bien el programa era transitorio, el Gobierno continuó brindando asistencia aún vencidos los plazos establecidos legalmente. Luego de ello, el Decreto 895 modificó los programas existentes. A partir de la entrada en vigencia del decreto, se estableció, como forma de prestación, la entrega de un subsidio habitacional a familias en situación de calle. Dicho subsidio consistía en la entrega, por única vez, de $ 1800 por familia, a pagarse en un máximo de seis cuotas mensuales. Además, el programa preveía que las familias alojadas en hotel dejaran de ser beneficiarias del decreto 607 y, a cambio, cobraran un subsidio por única vez. Este decreto también contaba con medidas para lograr la solución definitiva del programa habitacional.

Siguiendo esta línea, el Decreto 690/06 contempla claramente los dos objetivos: la entrega del subsidio para paliar la situación de emergencia actual o inminente y la orientación destinada a encontrar una solución definitiva al problema habitacional. Este avance ha sido reivindicado por el Tribunal Superior de Justicia en los fallos citados, en los que hace especial hincapié en la importancia de la existencia de la segunda de las obligaciones, al punto de disponer la continuidad del subsidio para el caso en que ésta se encuentre incumplida.

Este progreso en la política pública para hacer frente a la crisis habitacional y garantizar el derecho a la vivienda digna de los habitantes de la Ciudad, ha sido desvirtuado absurdamente por el Poder Ejecutivo a través del dictado de la norma aquí impugnada del Decreto 960/08.

La modificación que en los objetivos del programa introdujo el Poder Ejecutivo parece tener la clara intención de quitar del sistema la norma sobre la cual el Tribunal sustenta su jurisprudencia. En efecto, el poder administrador, a través del dictado de este Decreto parece desestimar la jurisprudencia unánime y pacífica de este Tribunal, desconociendo las virtudes de doctrina en tanto dispone claras consecuencias sobre los derechos de las personas afectadas en su calidad de vida diaria: según la jurisprudencia de este Tribunal, quienes se encuentran en situación de calle y han recibido subsidios tienen el derecho a continuar con la prestación hasta tanto se dispongan las medidas tendientes a la orientación para la solución definitiva para la crisis habitacional que padecen.

El Poder Ejecutivo tiene vedado, por la prohibición de regresividad, dictar normas que impliquen un retroceso en la protección del derecho a la vivienda que implica el Decreto 690/06 y la consecuente jurisprudencia del Tribunal Superior.

En consecuencia, la modificación propuesta por el Decreto 960/08 (art. 1) en tanto reforma el objetivo de brindar asistencia por la idea de ''mitigar'' la emergencia sin ofrecer ningún programa o asistencia alternativa que se ocupe de la necesidad de obtener una solución definitiva al problema de la vivienda, e incorpora la transitoriedad de las medidas en reemplazo de la política de solución de la problemática habitacional, resulta claramente un retroceso en la protección del derecho a la vivienda digna.

5.5.2. Población destinataria.

El segundo aspecto en el que el Decreto 960/08 resulta regresivo es el relacionado con la reducción de la población destinataria del subsidio.

El Decreto 690/06 en su artículo 4° prevé: ''El presente programa asiste a familias o personas solas en situación de calle, entendiendo por tal a aquéllas que se encuentran en **inminente situación de desamparo habitacional, o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas y que reúnan las condiciones previstas en el artículo 8° del presente decreto.''**[51]

El Decreto 960/08 en su artículo 2º establece que ''El presente programa asiste a las familias o personas solas en situación de calle **efectiva y comprobable, entendiéndose por tal, a aquéllas que se encuentren en forma transitoria sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas y que reúnan las condiciones previstas en el artículo 11 del presente Decreto. De esta forma, se elimina como beneficiarios de este programa, a quienes por cualquier causal se hallaren en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle, universo poblacional que hasta el momento sí era asistido a partir del anterior decreto.''** [52]

De esta forma, se evidencia que el Decreto 960/08 reduce la población destinataria a las personas o familias en situación de calle; desestimando las circunstancias que contemplaban los decretos antecedentes[53] en esta materia, respecto

51 El resaltado no obra en el original.

52 El resaltado no obra en el original.

53 Acerca de este punto, vale la pena señalar algunos antecedentes. En el año 2005 el Decreto 97/06 amplió los efectos del Decreto 1234/04 que efectivizaba la asistencia a familias en situación de calle que se encontraran alojadas en hoteles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, clausurados administrativamente. Dicha ampliaciones obedecían a la consideración de la totalidad de las personas y/o grupos familiares que se encontraran dentro de los programas preexistentes a la entrada en vigencia del art. 19 del Decreto 895/02 -en referencia a la población alojada en hoteles- que hubiesen optado por permanecer alojados en hoteles y que no se hubieran acogido a los beneficios previstos en los decretos mencionados.

de la atención de personas o familias **''en riesgo de ser desalojados o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle''. Ello además se realiza sin que el GCBA haya puesto en funcionamiento otro tipo de asistencia para quienes ahora quedan excluidos del subsidio, dejándolos sujetos al pleno azar, lo que fortalece aún más el criterio regresivo de esta norma.**

Por otra parte, con la modificación impuesta por el Decreto 960/08, el Estado abandona su obligación preventiva, con miras a evitar que las situaciones de precariedad habitacional se agudicen. El Estado local no sólo desiste de su obligación, ya auto impuesta con el decreto anterior, de asistir en la etapa de amenaza a las condiciones de habitabilidad de las familias, sino que requiere que se lleven a sus últimos extremos (como estar en calle), es decir, la administración exige la producción del daño en lugar de actuar de manera preventiva, con los costos en materia de derechos que el cambio de esta política implica.

En este sentido, en la Observación General № 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se analiza el derecho a la vivienda adecuada y, en particular, la protección contra los desalojos forzosos. Así, se establece que una legislación contra estos desalojos es una base esencial para la protección eficaz de este derecho, afirmando al respecto que ''Esa legislación debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras...'' [54] Agrega que los Estados Partes deben velar porque las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para **prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzados que se lleven a cabo.**

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió sobre la obligación de prevención en el caso ''Velásquez Rodríguez c/ Honduras'' en el que afirma que ''El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las come-

54 Observación General № 7. El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16º período de sesiones. Ginebra, 28 de abril a 16 de mayo de 1997.

ta, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.''[55]

En este sentido, la Relatoría Especial sobre vivienda adecuada de la ONU en su informe afirma que ''Los Estados deberían explorar plenamente todas las posibles alternativas a los desalojos.''[56] Además, establece expresamente que ''Los Estados deben abstenerse de introducir cualesquiera medidas deliberadamente regresivas con respecto a la protección de jure o de facto contra los desalojos forzosos.''[57]

El otorgamiento del subsidio antes de que se produzca el desalojo, tal como lo establecía el anterior programa según el Decreto 690/06, implicaba cumplir con el mandato internacional mencionado en el sentido de que el Estado prevenía el desalojo forzado permitiendo a las personas que sigan gozando de su derecho a la vivienda. La modificación introducida que requiere que las personas estén en situación de calle para acceder al subsidio, limita la intervención del Estado requiriendo que el desalojo se produzca, lo que implica un retroceso en materia de derechos y constituye un incumplimiento del Estado respecto de las obligaciones mencionadas. Esta falla es aún más grave si tenemos en cuenta la afectación que se produce sobre los grupos vulnerables especialmente destacados en la Observación General mencionada. En efecto, en este documento se afirma que ''Las mujeres, **los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos.''**[58]

Lo antedicho resulta manifiestamente restrictivo en cuanto limita no sólo el universo de familias plausibles de incorporación, sino que además somete a las familias potenciales destinatarias a instancias **de verificación y comprobación de su situación de calle. Y verdaderamente estas ideas nos remiten a una visión**

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988.

56 Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado de la ONU. A/HRC/4/18.

57 Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado de la ONU. A/HRC/4/18.

58 Observación General № 7. El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto): los desalojos forzosos. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16º período de sesiones. Ginebra, 28 de abril a 16 de mayo de 1997. El resaltado no obra en el original.

positivista decimonónica respecto de la pobreza: Distinguir al pobre ''merecedor'', al ''buen pobre'', capaz de demostrar ''su'' estado.

No se determina en qué consiste la acreditación efectiva y comprobable de situación de calle, quién debe efectuarla -obviamente la carga de la prueba no puede recaer sobre las víctimas de las violaciones a los derechos-, cómo lo acredita, si prestarán servicios de asistencia jurídica gratuita para los casos en que se rechace esta acreditación, entre otras tantas cuestiones.

En consecuencia, este requisito reduce el número de posibles asistidos, ya que quienes no puedan acreditar los requisitos de la norma, podrían quedar fuera del programa. Mucho más restringe el alcance del programa al excluir a quienes en forma inminente pueden quedar en situación de calle, habilitando la intervención social luego de configurada la violación al derecho en lugar de mantener la política anterior que proponía la disposición de medidas para evitar la vulneración.

Es por ello que el artículo 2º del Decreto 960/08 que modifica el artículo 4º del Decreto 690/06 implica un mecanismo ostensiblemente regresivo, y por ello, inconstitucional.

5.5.3. Requisitos de Accesibilidad.

El Decreto 960/08 también implica retrocesos en lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad al programa.

El Decreto 690 establece como requisitos para la concesión de los beneficios los siguientes: ''Artículo 11 - Para la obtención del subsidio creado por el presente decreto se requiere:

a) encontrarse en ''situación de calle'' de conformidad con lo establecido en el artículo 3° y con las restricciones dispuestas por el artículo 4° del presente decreto;

b) ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de un (1) año;

c) poseer ingresos menores al monto resultante del índice correspondiente a la canasta básica alimentaria, elaborada mensualmente por el INDEC;

d) presentar la documentación exigida por las normas reglamentarias del presente decreto, a fin de acreditar los requisitos establecidos en el presente artículo;

e) estar inscriptos en el Registro Único de Beneficiarios.''

El Decreto 960/08 modifica algunos de estos requisitos. En lo que se refiere a la reforma del inciso b) este decreto evidencia un retroceso, en tanto dispone ''b) ser residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con una antigüedad mínima de dos (2) años''.

En este sentido, es necesario tener presente que la Constitución de la Ciudad contempla la consagración de derechos a todos los ''habitantes'' sin realizar distinción de ningún tipo, con lo cual el simple establecimiento de una exigencia de residencia podría generar un legítimo cuestionamiento en virtud de la discriminación efectuada. Por su parte, el aumento de requisito de residencia de un año a dos, no resiste el menor análisis, en tanto deja automáticamente excluidos de la asistencia a todos aquellos que, detentando la calidad de residentes por un año (y por lo tanto siendo asistidos por el anterior decreto), no puedan acreditar un período de dos.

Cabe preguntarse al respecto si esta modificación normativa implica que quienes se encuentran en situación de calle pero cuentan con una residencia de un año y diez meses deben continuar en esta situación, con el costo en materia de derechos que esto implica, por el término de dos meses más, para poder acceder al beneficio. ¿Por analogía, esta norma significa que quien sufre un accidente necesita acreditar un certificado de residencia para ser atendido en un hospital público? Si las respuestas a estas preguntas son afirmativas, la modificación dispuesta implica un absurdo insostenible a la luz de nuestro sistema constitucional.

Lo señalado, evidencia que el nuevo decreto implica un retroceso respecto de la regulación anterior que, por tal, resulta inconstitucional.

5.5.4. Prestaciones.

También se advierten regresiones respecto de las prestaciones previstas en el nuevo decreto. El artículo 3º del Decreto 960/08 incorpora en su último párrafo al artículo 5º del anterior Decreto 690/06 que expresa: ''La autoridad de aplicación podrá asignar asimismo prioridades en el otorgamiento del beneficio, y eventualmente extender los plazos previstos para el subsidio, de modo de atender reclamos según las particulares situaciones que puedan acaecer, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente.''

La nueva norma no especifica cuáles serán los criterios para la asignación de prioridades ni los motivos para la extensión de los plazos, sobre todo teniendo en cuenta que los requerimientos para el ingreso y permanencia en el Programa están formulados en la norma. Esta falta de clarificación, otorga un marco de discrecionalidad absoluta a la Administración, que genera inseguridad jurídica de los potenciales asistidos y vulneración al debido proceso, en tanto los habitantes no conocen todas las condiciones, criterios y requisitos que puede evaluar la administración para admitirlos o rechazarlo como beneficiarios del subsidio. La vaguedad de la norma en este aspecto permite descalificarla como tal.

La discrecionalidad otorgada a la administración es inadmisible. Sin perjuicio de ello, en el caso en que se considere permitida, la forma en que a través de esta norma el poder administrador se la auto-concede es insostenible. Ello, en razón de que dicha norma no cuenta con elementos indispensables como la regulación de la toma de decisión, cuestión sobre la cual pesa la revisión judicial de estas decisiones. No establece quién es el órgano competente, qué elementos se tendrán en cuenta para determinar los límites a la discrecionalidad, el objeto, la finalidad, entre otras cuestiones. La discrecionalidad sólo podría encontrarse legitimada cuando se permite la elección entre dos o más opciones válidas, pero nunca cuando las opciones consisten en el otorgamiento o no de un derecho. Al respecto, es importante tener presente que este orden de prioridades –imaginables e infinitas- de ningún modo podrían implicar que quienes cumplan con los requisitos para acceder al programa, queden fuera de él. Permitir este tipo de decisiones implicaría facultar a la administración a modificar de hecho la propia norma.

Tanto la posibilidad de asignar prioridades como la eventualidad en la extensión de los plazos previstos para el subsidio, teniendo presente el cumplimiento de las metas presupuestarias proyectadas anualmente, son pautas claramente regresivas que el Estado tiene vedado tomar. Todas aquellas personas que cumplan con los requisitos de accesibilidad deben obtener el subsidio.

Si el Estado carece de recursos deberá demostrarlo debidamente, cuestión que de ninguna manera surge del nuevo decreto en cuestión por razones claras. El Estado no puede demostrar la ausencia de recursos porque actualmente cuenta con una subejecución de partidas presupuestarias.

En efecto, la jurisdicción 45 del Ministerio de Desarrollo Social, cuenta con una partida vigente de $843.166.293, cuya mitad es de $421.583.147, la partida definitiva es de $323.787.986 y la efectivamente devengada de $311.427.269. Este Ministerio tiene una ejecución del 37% de su presupuesto, y una subejecución presupuestaria de $110.155.877. Por su parte, las partidas correspondientes a la Jefatura de Gobierno sólo tiene ejecutado el 29% de su presupuesto, por lo que cuenta con una subejecución de $151.326.284 (jurisdicción 20), mientras que la Jefatura de Gabinete de Ministros cuenta con una subejecución de $20.065.266 (jurisdicción 21), ya que sólo ejecutó el 34% de su presupuesto. Todo ello surge de las cifras provisorias al 30 de junio de 2008.

Además, el Estado debe dar **absoluta prioridad en la distribución de las partidas presupuestarias a la atención de la emergencia habitacional en general de las personas de escasos recursos, y de la protección del derecho a la vivienda de las personas menores de edad, en particular. Ello, conforme lo establece el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad, la Convención de los Derechos**

del Niño y la Ley № 114 de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires en su artículo 6º.[59] Esta prioridad se justifica además en la obligación del Estado de dictar medidas de acción positiva para lograr la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, entre otros grupos desaventajados.

Específicamente en relación al derecho a la vivienda y al Decreto 690/06, el Dr. Maier en el caso ''Moravito'' sostiene: ''Yo estimo que la siguiente idea debería atraer el suficiente consenso: el programa, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y establece **temas de interés superlativo frente a otros programas o necesidades; se trata, cuando menos, de que la Constitución fija ya un orden lexicográfico de prioridades para los gobernantes. Trasladado este razonamiento al subjudice, el fracaso de toda la argumentación epistemológica del recurrente respecto de este punto central y de la imposibilidad de regreso finca, precisamente, en que él no identifica o individualiza los fines políticos prioritarios que atiende el gobierno y cuya atención le impide la atención del involucrado en el caso.** [60]

En consecuencia, el agregado propuesto al artículo 5º resulta manifiestamente inconstitucional.

En cuanto a la finalidad de las prestaciones, el artículo 10 del Decreto 690/06 establece: El subsidio que se otorgue puede ser destinado para: a) cubrir gastos de alojamiento, b) cubrir toda índole de gastos emergentes, en los casos en que a

59 En este sentido, en las Orientaciones Generales para los informes periódicos emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, en el año 1996, expresa la prioridad presupuestaria que deben tener los Estados para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. Al respecto se solicita a los Estados que ''Utilizando indicadores o cifras fijadas como objetivo cuando resulte necesario, sírvanse indicar qué medidas se han tomado para asegurar la aplicación, en los planos nacional, regional y local y, cuando corresponda, en los planos federal y provincial, de los derechos económicos, sociales y culturales del niño hasta el máximo de los recursos disponibles, incluidas:...las medidas tomadas para garantizar que todas las autoridades nacionales, regionales y locales competentes basen sus decisiones presupuestarias en el interés superior del niño y evalúen la prioridad que se da a los niños en la elaboración de sus políticas;... las medidas tomadas para que los niños, en particular los pertenecientes a los grupos más desfavorecidos, sean protegidos de los efectos adversos de las políticas económicas, incluida la reducción de los créditos presupuestarios en el sector social.'' Orientaciones Generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los estados partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención de los Derechos el Niño, Aprobadas por el Comité en su 343º sesión (13º período de sesiones), celebrada el 11 de octubre de 1996.

60 Expte. nº 5033/06: ''Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido'', sentencia del 11 de diciembre de 2007.

los beneficiarios del presente programa, se les otorgue un crédito hipotecario del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o requieran del mismo para la obtención de una solución habitacional definitiva.''

El artículo 4º del Decreto 960/08 modifica esta norma y dispone ''El subsidio que se otorgue tendrá como único destino cubrir los gastos de alojamiento. Excepcionalmente, el mismo podrá estar destinado a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia, quedando facultada la Autoridad de Aplicación, previo dictamen favorable del área técnica que se establezca vía reglamentaria, a disponer la entrega del beneficio en un pago único a tal efecto.''

En este sentido, el decreto establece que la asignación monetaria **''tendrá como único destino cubrir gastos de alojamiento''. En este aspecto se restringen, en comparación con el decreto 690/06, las posibilidades de utilización del subsidio en tanto se plantea que sólo de manera excepcional la utilización del mismo ''(...) a la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia'', con previo dictamen favorable del Área Técnica.**

Una vez más, el GCBA también acota sus márgenes de intervención y decide dejar de asistir en forma inmediata frente a la posibilidad de acceder a una solución definitiva, sin que dicha medida haya sido debidamente justificada como un accionar racional, fundado en un interés imperioso que justifique la medida adoptada.

Es de destacar también que esta modalidad de prestación mediante una asignación monetaria para cubrir gastos de alojamiento, responsabiliza a las personas o familias de conseguirlo y mantenerlo; es decir, que éstos deben ''hacerse cargo'' de su situación de desventaja, frente a una política pública que reduce su agenda de intervención.

En consecuencia, el artículo 3º del Decreto 960/08 en su último párrafo, en tanto establece la posibilidad de establecer prioridades y la eventualidad de la continuación del subsidio también implica un retroceso claramente inconstitucional. El artículo 4º que sustituye el 10 del Decreto 690/06 también basado en la excepcionalidad del beneficio y la limitación del destino del beneficio implica también un retroceso que vulnera la constitución.

5.5.5. Caducidad.

El Decreto 690/06 en su artículo 14 establece ''Son causales de caducidad del beneficio: a) cesación de las causas que dieron origen al otorgamiento del subsidio, b) que el grupo familiar no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo precedente.'' Por su parte, el Decreto 960/08 incorpora a esta norma lo siguiente

''c) por otras causales debidamente fundadas, previo informe técnico que así lo aconseje, de acuerdo se determine en la reglamentación. En todos los supuestos, deberá mediar el dictado de un acto administrativo por parte de la Autoridad de Aplicación, el cual podrá ser recurrido por quienes acrediten la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo, en los términos de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires''.

Al incorporar ''otras causales debidamente fundadas, previo informe técnico'' para determinar la caducidad del beneficio, se reforma la norma agregando un principio que constituye otro parámetro de discrecionalidad absoluta y atenta contra el principio de que el Estado fije pautas claras en la implementación de sus políticas, generando inseguridad jurídica. Nuevamente, la discrecionalidad que se auto-concede el Poder Ejecutivo no cumple con los requisitos que este tipo de medidas deben satisfacer, en tanto no establece la regulación de un proceso para la toma de decisiones entre opciones razonables, y la determinación de criterios que permitan la revisión judiciales de las decisiones tomadas.

La amplitud de esta norma es tal que permite a la administración disponer cualquier tipo de causales de caducidad de los beneficios. El sistema crea un estado de incertidumbre y fortalece la idea de la dependencia de las familias a la voluntad del Estado para el retiro del subsidio en cuestión. Esta modalidad de intervención es propia de un sistema de corte caritativo, que desconoce las obligaciones legales asumidas por el Estado. En este sentido, concederse la posibilidad de retirar el subsidio en forma unilateral y al margen de las causales taxativamente establecidas, importa comportarse como un organismo de atención filantrópica, que ayuda como y cuando puede y quiere, y no como un Estado Social de Derecho, que debe poner en marcha acciones concretas dirigidas a satisfacer los derechos de sus habitantes, en tantos éstos son sujetos de derechos y no mero objetos de asistencia.

La inclusión de esta cláusula normativa importa ampliar indefinida e infinitamente las posibles causales de caducidad del beneficio, teniendo en cuenta que en el anterior decreto eran taxativas, produciendo una regresión para los beneficiarios, quienes se encontrarían sometidos al pleno arbitrio de la administración, sin reglas claras y con mayores opciones para poder ser excluidos del programa. En este aspecto, la norma impugnada también deviene inconstitucional.

5.6. Inversión de la carga de la prueba. Escrutinio estricto.

En el apartado anterior se ha dado cuenta de los aspectos regresivos del Decreto 960/08, en relación con Decreto 690/06, por lo cual, la norma impugnada, en los aspectos referidos, se debe presumir inconstitucional.

En este sentido, una vez denunciada y mostrada la violación del estándar legal de no regresividad, es el demandado quien debe probar que la medida dictada es razonable. En este sentido, Abramovich y Courtis afirman que ''Trasladando el esquema al análisis de regresividad, el demandante corre entonces con la carga de demostrar inicialmente el carácter regresivo de la norma, acreditando que el grado de protección ofrecido por la nueva norma constituye un retroceso con respecto al existente con la norma anterior. Probado esto, la norma se presume inválida, y corresponde al Estado la carga de acreditar que, pese a ser regresiva, la norma es justificable.''[61]

Esta carga de la prueba en poder del Estado fue afirmada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en diversas observaciones generales. A modo de ejemplo, en la Observación General Nº 13 referida al Derecho a la Educación, el Comité afirma que ''45. La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, **el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte''.**[62] En igual sentido, en la Observación General Nº 14 se establece que ''32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, **corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.''** [63]

Igual criterio siguió el Comité en la Observación General Nº 15 referida al derecho al agua, en la que sostiene que ''Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte de-

61 Víctor Abramovich y Christian Courtis. ''Los derechos sociales como derechos exigibles''. Editorial Trotta. Año 2002.

62 El resaltado no obra en el original.

63 El resaltado no obra en el original.

mostrar que se han aplicado tras un examen sumamente exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte.''[64]

Respecto del derecho al trabajo el Comité expresa en la Observación general № 18:'' Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes'' [65]

En el caso ''Aquino'' ya citado, la Corte Suprema de Justicia sostiene la existencia de la presunción aquí invocada y su alto impacto, en tanto afirma, respecto de la norma que exime de responsabilidad civil al empleador modificando el sistema anterior de reparación integral que ''...existe una ''fuerte presunción'' contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Socales y Culturales. Observación General № 14 y № 15, cits., págs 103 -párr.32- y 122 -párr.19-, respectivamente), sobre todo cuando las orientación del PIDESC no es otra que ''la mejora continua de las condiciones de existencia'', según reza, preceptivamente, su art. 11.1'' [66]

Esta presunción de inconstitucionalidad que recae sobre las medidas que vulneran el principio de no regresividad, implica la inversión de la carga de la prueba, por lo que, en caso de dudas, el juez debe hacer lugar al cuestionamiento de las medidas impugnadas.

El principio de no regresividad funciona como las categorías sospechosas en materia de discriminación. La normativa nacional e internacional prohíbe la discriminación basada en diversas categorías. En este sentido, sostiene Maurino que ''Cuando una norma legal o práctica de hecho impone un trato desigual respecto de alguna de estas categorías, resulta *prima facie* **violatoria del principio de no**

64 Observación general № 15 del por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 29º período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

65 Observación general № 18: El derecho al trabajo, aprobada el 24 de noviembre de 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

66 Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. sentencia del 21 de septiembre de 2004.

discriminación; la diferenciación de trato sobre alguna de esas categorías dispara o activa una presunción de arbitrariedad constitucional. [67]

Ante estos casos, corresponde además un escrutinio estricto de las razones que se alegan en favor de la norma que se presume inconstitucional. Para ello el Estado debe demostrar a) la existencia de un interés calificado que de fundamento a la reforma cuestionada, b) el carácter imperioso de la nueva normativa y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos, menos restrictivos del derecho en cuestión.[68]

En el mismo sentido, Maurino refiere que ''Cuando se activa este exigente test, la medida impugnada se presume inconstitucional y sólo puede ser legitimada si el demandado prueba que ella persigue un fin estatal no sólo legitimo y relevante, sino imperioso, y que el medio elegido resulta la alternativa menos lesiva para los derechos de los afectados; no basta con que sea un medio idóneo, debe probarse que es necesario e imprescindible, que resulta la única forma de realizar ese fin imperioso. Como puede apreciarse, cuando está en juego el escrutinio estricto, ello no implica una prohibición absoluta de distinciones -de iure o de facto- **relativa a los criterios sospechosos, sino la activación de una presunción de inconstitucionalidad** (de discriminación prima facie), **que sólo puede ser levantada con una prueba especial -aunque difícil por cierto- sobre los fines y los medios que la determinan''.**[69] La Corte Suprema admitió el escrutinio estricto para supuestos de discriminación en los casos ''Hooft'' y ''Gottschau'', entre otros.

6. Formulan reserva.

Dada la índole federal de gran parte de los argumentos desarrollados en la presente (artículos 14 bis, 16, 28, 31, 75, inciso. 22 y 23, 99 inciso 2, de la Constitución Nacional; artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 2, 4 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 5 inc. E de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 14 inciso 22 de la Convención por

67 Gustavo Maurino, ''Protección Constitucional para los más humildes'', en ''El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario'', Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, Lexis Nexis, Año 2007.

68 Cf, Courtis Christian, ob ict.

69 Gustavo Maurino, ''Protección Constitucional para los más humildes'', en ''El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario'', Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, Lexis Nexis, Año 2007.

la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres, y demás normas mencionadas en este escrito), es que formulamos la reserva de interponer oportunamente el recurso extraordinario federal ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la ley 48), para el supuesto en que dichos planteos no fueran aceptados por V.E.

7. Autoriza.

Solicito se autorice a los Dres. Mabel López Oliva (DNI 23.251.181), Ernesto Blanck (DNI 28.418.154), Romina Faerman (DNI 25.248.268) y Guido Alonso (DNI 23.327.699) a examinar el expediente, retirar oficios, copias, testimonios, diligenciar mandamientos, cédulas, retirar el expediente en préstamo y, en general, a realizar cualquier gestión tendiente a controlar las presentes actuaciones.-

8. Petitorio.

Por todo lo expuesto solicito:

1. Se me tenga por presentada, por parte y por constituido el domicilio.-
2. Se tenga por promovida la presente acción de inconstitucionalidad en tres ejemplares, se tenga presente la reserva del caso federal y por constituido el domicilio en la causa.-
3. Se tenga presente las autorizaciones conferidas.-
4. Se dé traslado de la presente a la demandada y se convoque a la audiencia prevista en el art. 6º de la ley 402.-
5. Se haga lugar a la presente acción declarándose la inconstitucionalidad, y la pérdida de vigencia (arts. 113, inc. 2º CCABA y 24 de la ley 402) de las normas del Decreto 960/08 que implican un retroceso respecto protección al derecho a la vivienda contenida en el Decreto 690/06, entre ellas, el artículo 1º del Decreto 960/08, en tanto modifica el artículo 3º del Decreto 690/06; el artículo 2º del Decreto 960/08 que modifica el artículo 4º del Decreto 690/06; el artículo 3º del Decreto 960/08, sólo respecto del último párrafo que incorpora al artículo 5º; el artículo 4º del Decreto 960/08, en tanto modifica el artículo 10 del Decreto 690/06; el artículo 5º del Decreto 960/08, en tanto modifica el inciso b) del artículo 11 del Decreto 690/06; el artículo 7º del Decreto 960/08, en tanto incorpora el inciso c) artículo 14 del Decreto 690/06.

Provea V.E. De Conformidad
Será Justicia

Anexo 7

ANÁLISIS DEL PLAN SOBRE SALUD MENTAL DEL GCBA

1. Introducción

La misión constitucional que la Asesoría General ha asumido esta vinculada al monitoreo y control de las políticas públicas, con la finalidad de que éstas sean respetuosas, garanticen, protejan y satisfagan los estándares de derechos humanos reconocidos a las personas con padecimientos en su salud mental.

Este estándar esta dado por el marco normativo, tanto nacional como supranacional, aplicable a las personas con padecimientos en su salud mental. Este marco normativo esta compuesto, por la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (Cf. Art. 75 inc. 22) como son la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros convenios en vigor para el Estado Nacional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280). Asimismo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 46/119, del 17 de noviembre de 1991 ha adoptado los ''Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental''. Este documento conocido como los ''Principios de Salud Mental'' y considerado como el estándar más completo a nivel internacional sobre la protección de los derechos de las personas con padecimientos mentales las cuales ''deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental'' (Principio 20.2).

En este mismo sentido, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos ''*M.J.R.*'' del 19 de febrero de 2008, ha sostenido que ''el marco normativo tanto nacional como supranacional, permite fijar un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar a los siguientes: a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para

atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición''.

También es preciso incluir entre estos estándares, la Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Nro. 1/08, que se trata de un documento de principios y buenas prácticas para proteger a las personas privadas de libertad en el continente, donde expresamente incluye a personas internadas en hospitales.

En este sentido y en miras de confeccionar un diagnostico crítico del estado actual de las políticas públicas ejecutadas en la Ciudad, hemos realizado varias visitas institucionales a los servicios de atención (hogares, comunidades terapéuticas, clínicas siquiátricas, hospitales, etc.). Asimismo hemos solicitado a las autoridades políticas responsables del área, información oficial acerca de todos los programas existentes. Para enriquecer y completar este análisis mantenemos contacto periódico y sistemático con referentes temáticos académicos y sociales.

En este marco hemos solicitado al Ministro de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires información referida al plan de Salud Mental anunciado por el Señor Jefe de Gobierno, con el objetivo de realizar un estudio y evaluación de la misma, desde una perspectiva estrictamente jurídica. Aquí se desarrolla la devolución comprometida.

2. Diagnóstico de la situación

La Ciudad de Buenos Aires, cuenta con la Ley de Salud Mental 448, que se inscribe en los lineamientos de la Constitución Nacional, de la Constitución de la Ciudad (Art. 21 inc. 12), así como también en la Ley Básica de Salud (ley 153). Define los derechos humanos y las garantías de las personas asistidas por padecimientos en su salud mental.

Si bien, la ley 448 se propuso propiciar la deshospitalización, la rehabilitación y la reinserción social de los pacientes internados, al mismo tiempo, que intentaba implantar un sistema basado en la prevención, promoción y protección de la salud mental y el modelo hospitalocéntrico, y favorecer y apoyar iniciativas que alienten prácticas comunitarias de reinserción y rehabilitación, por múltiples razones, nada de esto pudo lograr.

Podemos decir que coincidimos con el diagnóstico de la situación que hace el Ministerio de Salud y la crisis del sistema, en tanto, hoy en día nos encontramos

con que la política se estructura sobre el recurso ''*manicomialización*'', en un sistema de internación que se encuentra colapsado y en estado de abandono y donde la mayoría de internaciones son evitables, ya que se ejecutan y se mantienen por cuestiones sociales y no terapéuticas. El plazo previsto por el Art. 24 de la ley 448, de un mes renovable, se torna ilusorio.

Con solo visitar, cualquier día, cualquier hora, cualquiera de los hospitales monovalentes de salud mental de la Ciudad, se puede constatar que el sistema de internación se encuentra colapsado en la cantidad de plazas y la calidad de servicio medico que se presta y que presentan deficiencias edilicias muy serias que generan condiciones de habitabilidad inhumanas. A esto debe agregarse la falta de personal (enfermería, terapistas ocupaciones, médicos, psicólogos, trabajadores sociales) y el poco personal que hay esta trabajando en su totalidad en el ámbito intra-hospitalario por lo tanto no hay personal destinado para trabajar el egreso. Además, en el ámbito hospitalario la intervención se limita casi con exclusividad al tratamiento medicamentoso y casi no existe otro tipo de servicio que se dirija a favorecer el ejercicio del derecho a la recreación, educación, formación laboral, deporte, etc.

Por otro lado, la mayoría de internaciones son evitables, ya que se ejecutan y se mantienen por cuestiones sociales, es decir que los pacientes que podrían continuar su tratamiento en una vida extra muros continúan internados por falta de programas que procuren, fomenten y sostengan la externación o el tratamiento en libertad o en un medio abierto. De esta forma hemos observado como, lejos de lo que manda la ley, las internaciones también se sostienen por criterios de control o judiciales y no por criterios médicos de salud. En muchas oportunidades los profesionales nos han señalado su discrepancia con la orden de internación emitida por el Poder Judicial pero ello se ejecuta aun más. Así, el Poder Judicial se corre del rol que le cabe como órgano de control jurisdiccional en donde garantiza la presencia de ciertos requisitos (presencia de defensa, plazo de internación, medidas de privación de libertad). Tal es así que el propio articulado de la ley contempla cierto control de estas internaciones. En su Art. 39 de la ley 448, regula ''*la autoridad de aplicación informará trimestralmente al Consejo de la Magistratura los casos en las internaciones dispuestas judicialmente no fueran necesarias, a juicio del equipo de salud mental interviniente*''. Si bien le hemos solicitado a la DGSM la existencia de este listado nos informaron que este no existe.

3. El Proyecto de Reformulación del Sistema de Atención de la Salud Mental

En primer lugar, cabe destacar que al día de la fecha se halla vigente el ''Plan de Salud Mental de la CABA'' previsto para los años 2002-2006, implementado por la Ex Dirección General de Salud Mental (Resolución Nº 1044/SS/04, prorrogada por Nota Nº 425/DGSM/2007 y vuelta a prorrogar por Resolución 2340/MSGC/2007, del 30/10/07 que establece ''Prorrogar las actividades emprendidas en el marco del Plan de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires (2002-2006), implementado a través de la Resolución Nº 1044/SS/2004, durante el año 2007''. Por lo tanto, cabe preguntarse cual es al Plan de Salud Mental vigente hoy en día en la Ciudad y si acaso, no carecemos de uno.

Con respecto a la elaboración del Proyecto de Reformulación del Sistema de Atención de la Salud Mental anunciado, se debe decir que el Plan fue totalmente inconsulto, desconociéndose los organismos de consulta creados, como es el Consejo de Salud Mental (COGESAM) (Cf. Art. 7º Ley 448). Creemos que la generación de un proceso participativo para la elaboración de un proyecto de tal envergadura enriquece el producto a la vez permite la búsqueda de consensos y así un mayor apoyo y una mayor probabilidad de éxito. Sin la participación de todos los actores involucrados no hay forma de instrumentar el plan con una mínima sustentabilidad que lo garantice. Teniendo en cuenta lo complejo y lo sensible de esta temática el convencimiento y compromiso de quienes diariamente trabajan con ello es imprescindible para llevar adelante cualquier reforma estructural y más aun por lo ambiciosa de la propuesta[1].

También entendemos preocupante la desjerarquización de la Dirección de Salud Mental, que se transformo en una Dirección General Adjunta de Salud Mental, dependiente de la Dirección General de Redes y Programas de Salud del Ministerio de Salud. Esto no es menor, ya que de conformidad con el art. 4 ley 448 y su decreto reglamentario (Decreto 635/04), se le impone a la Dirección de Salud Mental el deber de: 1) elaborar el diseño; 2) definir los objetivos; 3) requerir las plantas física, de equipamiento y de personal; 4) establecer los modos de organización e interrelación de los efectores a través de la Red. A lo largo de todo el texto legal la

1 En este mismo sentido se enmarca, la reciente Resolución del Ministerio de Salud Nro. 750/08, del 21 de abril de 2008, que crea una ''*Comisión para la Implementación y Desarrollo del Plan de Salud Mental*'' y que solo estará integrada por dos representantes de la Federación Médica Gremial de Capital Federal, dos representantes de la Asociación de Médicos Municipales, dos representantes de la Federación de Profesionales y dos del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

autoridad de aplicación tiene responsabilidades trascendentales tanto a nivel general como la elaboración de la política pública y particular acerca del control en los casos particulares. En este sentido podemos visualizar el poder real que tiene este tema en la agenda política. Decimos ello porque adecuar la normativa local a los requerimientos internacionales es esencial pero no suficiente para modificar una situación dramática y una practica histórica con esta población. Por ello sin una definición política que permita que todo lo contemplado en la ley pueda cumplirse es imposible pensar en un cambio real que habilite a la autoridad de aplicación a realizar todo lo que la ley le manda. Funciones tales como el poder de regulación y fiscalización ya que ejerce el poder de policía en el ámbito de su competencia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 41, 42, 43 y 44 de la Ley Nº 153, contemplando la especificidad de la Salud Mental (Art. 18), supervisión sobre el accionar de las instituciones privadas (Art. 25), función de elaboración del Plan de Salud Mental, conducción y regulación del sistema de Salud Mental (Art. 4), entre tantas otras competencias.

El cambio de modelo y el proceso de desmanicomialización que implica es complejo, ya que no se trata sólo de ''desarticular'' los grandes neuropsiquiatricos, se requiere además, de una adecuada reinserción social de los pacientes, y el desarrollo de formas alternativas efectivas y eficaces de asistencia en la comunidad. No se puede intentar un discurso antimanicomial sino se crean estructuras sustitutivas adecuadas que se sostengan temporalmente. La deshospitalización no puede disponerse sin tener en cuenta la existencia de recursos humanos y materiales, como alternativas a la internación, que permitan atender psiquiátricamente en la comunidad en el marco de condiciones dignas de vida.

A continuación, desarrollaremos punto por punto el **''Proyecto de Reformulación del Sistema de Atención de la Salud Mental''.** A modo de anticipación podemos decir que los enunciados no llegan a constituirse como ''Plan'' ya que son muchos enunciados que no se profundizan y ningún aspecto de ellos contempla: plazos, fuente de financiamiento, ámbitos de capacitación, metas físicas, presupuesto asignado, recursos humanos asignados, etc.

- **a) Promoción de la desinstitucionalización del modelo asilar. Articulación con el Ministerio de Desarrollo Social. Apreciaciones criticas**

El ''*Proyecto de Reformulación del Sistema de Atención de la Salud Mental*'' establece que se va a ''*Promover la externación de los pacientes, centrando la atención en ella y su entorno. En aquellos casos en los cuales no cuentan con vínculos familiares, poder recurrir a un espacio alternativo a través del trabajo de las áreas sociales dependientes del* **Ministerio de Desarrollo Social.** *No se trata de*

expulsarlas de las mismas, sino de brindar un proceso de transformación que les permita reintegrarse a la sociedad y continuar acompañándolas ya en el afuera, promoviendo el desarrollo de las potencialidades de las personas'' (Punto 2º) y continua diciendo que ''*Dado el despliegue de recursos terapéuticos es imprescindible la tarea consensuada y pautada de las acciones, con el* **Ministerio de Desarrollo Social**'' (Punto 6º).

Esto es concordante con el Artículo 15º de la ley 448, de Salud Mental que establece que ''*La personas que en el momento de la externación no cuenten con un grupo familiar continente, serán albergadas en establecimientos que al efecto dispondrá el área de* **Promoción Social**''.

El problema es que en ningún lugar se mencionan los planes y programas, así como los recursos presupuestarios, humanos y materiales que se van a destinar para desarrollar cumplir estos objetivos planteados.

Asimismo, en ningún lugar se desarrolla la implementación de subsidios desde el Ministerio de Desarrollo Social a fin de estimular la autonomía de las personas hoy institucionalizadas por cuestiones sociales. Esto es central, ya que el diagnóstico mismo del Ministerio de Salud revela la gran cantidad de personas con posibilidades de alta pero que se continúan internados por problemas socioeconómicos.

Para promover la desinstitucionalización del modelo asilar se deben ir creando paralelamente formas alternativas de asistir a los pacientes, buscando asegurarles su adecuada reinserción social. Entendemos que se deben evitar las internaciones no imprescindibles, a las vez que se crean instituciones intermedias a fin de que los pacientes crónicos no queden abandonados.

Pese a lo participación esencial del Ministerio de Desarrollo Social nada se dice acerca de los ámbitos de articulación que se diseñaran, a nivel general (programas, plazo, metas físicas, recursos disponibles) y a nivel particular (oficina o programa a cargo a donde se derivará al paciente, interlocutores disponibles para los servicios sociales de los hospitales).

b) Apertura de un nuevo Centro de Evaluación y Derivación (CED) / Servicio de Orientación y Evaluación (SOE)

El powerpoint informa que el nuevo Centro de Evaluación y Derivación (CED) tendrá:

a) Atención 24 horas.

b) Evaluación y asistencia integral e interdisciplinaria del paciente

c) Orientación del paciente dentro de las 72 horas hacia la modalidad de tratamiento adecuado para cada caso.

Es poco clara la relación del nuevo Centro de Evaluación y Derivación (CED) / Servicio de Orientación y Evaluación (SOE), es decir si el CED viene a reemplazar al SOE o a complementarlo.

Por otro lado, entendemos que el adecuado funcionamiento del Centro de Evaluación y Derivación, en tanto cumpla rigurosamente con los plazos y abordaje previsto, es una instancia muy importante para apreciar si el estado del paciente requiere una internación, como una instancia del tratamiento y evitar una hospitalización, en la medida de lo posible.

No obstante, cabe destacar que nos encontramos frente al riesgo de que se caiga en una nueva forma, no solo de centralización, sino también de discriminación y estigmatización.

Resulta contradictorio apuntalar el ámbito comunitario del paciente, fortalecer su entorno, jerarquizar la atención primaria de salud y, generar al mismo tiempo un espacio de atención centralizado (en lo distribución física y en lo que respecta al hospital es reproducir la lógica del monovalente).

Tampoco surge con precisión cuándo el paciente debe dirigirse a SOE/CED y cuándo debe hacerlo directamente a los recursos cercanos a su domicilio (Hospital General, Centro de Salud Mental). Por las diapositivas parece desprenderse que la derivación al SOE/CED es institucional y solo podría ingresar un paciente una vez que hay circulado por otro dispositivo (guardias, centros de salud) pero ello no es claro en la propuesta operativa. Tampoco es claro por qué y en qué circunstancias el paciente es derivado al SOE/CED (es decir, que criterios se utilizan, si médicos, de plazas, vacantes, etc.), ni con qué medios vuelve a ser derivado hacia el dispositivo adecuado para su caso. Cabría preguntarse también si en el CED el paciente recibe algún tipo de tratamiento, ya que según figura en el Proyecto, su misión consiste en evaluar, externar y derivar dentro de las 72 hs. Habría que ver qué sucede en los casos en donde es necesaria la atención de urgencia, si se estaría centralizando la evaluación del CED o se acudiría al Hospital o Centro cercano.

Como posibles derivaciones desde el SOE/CED surge los ''Centros de Atención de Adicciones'' - ellos en la actualidad no existen. Asimismo cabria tener en cuenta la ley 2.318 de ''*Prevención y asistencial del consumo de sustancias psicoactivas y de otras prácticas de riesgo adictivo*'' *para no superponer recursos ni intervenciones que actúen en detrimento de la persona.*

No esta claro si hay un solo Centro de Evaluación y Derivación o sería uno por cada una de las cuatro regiones sanitarias. En el caso que se este pensando en un solo Centro de Evaluación y Derivación, esta centralización entraría en contradicción con la descentralización y el acercamiento al ámbito del paciente que se propulsa en el mismo Plan.

Paralelamente, esta idea genera una estigmatización de la persona afectada en su salud mental, chocando con la idea de propulsar la atención en los Hospitales Generales del sistema de salud.

Vale destacar que en la visita realizada al Hospital Borda, pudimos ver el funcionamiento del SOE que parece ser el embrión de esta propuesta y la verdad que dista mucho de los fines proclamados. En el Hospital Borda pudimos ver que el sector funcionaba como un pabellón más por el caudal de la demanda sin ninguna diferenciación en el abordaje, que el tiempo de permanencia era de meses, que por la población que los profesionales manifestaban manejar era un lugar de privación de libertad.

c) Internación en hospitales generales

El Proyecto anuncia que en el nuevo modelo va a haber internaciones en hospitales generales. En la actualidad, los dos únicos hospitales generales que cuentan con camas de internación psiquiátrica son el Piñero y Álvarez. Se había anunciado que se iban a agregar camas en el Durand y el Rivadavia pero esto todavía no se concreto aun.

Son de público conocimiento las resistencias del sistema médico a la inclusión de un sector de internación para pacientes psiquiátricos en hospitales generales. Sin lugar a dudas, es una lucha cultural a asumir y de la propuesta presentada no se desprende métodos para ello.

d) Creación de nuevos centros de internación

El Proyecto propone la creación de nuevos centros de internación pero nada dice acerca de la cantidad, capacidad, ubicación geográfica, modalidad de intervención, duración de las internaciones y demás.

El paso de la institucionalización en grandes neuropsiquiátricos a pequeños centros de internación, no es sinónimo de un proceso de desintitucionalización.

El alojamiento de pacientes en manicomios de tamaño más reducido, no garantiza de por sí más derechos que las internaciones actuales en el Borda y en el Moyano.

De lo que se trata es de promover la desinstitucionalización del modelo asilar y de buscarla adecuada reinserción social de los pacientes, no de crear instituciones con la misma lógica pero más reducidas.

e) Traslado de pacientes a clínicas privadas

Cabe resaltar la total ausencia de controles por parte del Estado sobre las clínicas privadas pese a lo previsto en el Art. 25 de la ley 448[2]. Si los lugares de internación son lugares difíciles de acceder, estas clínicas lo son aun más.

Por un lado, cabe decir que muchas de estas clínicas privadas son financiadas mediante convenios con el Estado local, por lo que son recursos tercerizados por el Gobierno de la Ciudad, que ''contrata'' a una clínica para que presten un servicio médico. La ausencia del Estado en el perfil de la intervención así como en el control del funcionamiento implica la privatización de hecho de un servicio público.

Por otro lado, aunque las clínicas privadas no reciban ningún tipo de subsidio por parte del Estado, éste no puede renunciar a controlar las condiciones, no solo de habitabilidad de los mismos, sino de calidad de vida y de servicio de salud que se les brinda a las personas allí alojadas.

f) Puesta en funcionamiento de Hospitales de día y casas de medio camino

El plan anuncia la apertura de hospitales de día y casas de medio camino. Pero nada se dice de donde van a estar ubicadas, ni de cuantos hospitales de día y cuantas casas de medio camino se planea poner en funcionamiento, ni si van a estar ubicadas en los hospitales generales.

Tampoco se dice nada acerca de los diferentes tipos de programa que se proponen de acuerdo a los distintos grados de autonomía ni los recursos humanos con los que contarían ni que tipo de abordaje implementarían.

En este sentido, actualmente en la Ciudad de Buenos Aires, existe el ''*Programa de Externación Asistida para la Integración Social*'' (PREASIS), que apunta a la reinserción social de las personas externadas de los sistemas hospitalarios de la Red de Salud Mental, estimulando la autonomía en el desarrollo de las personas, a través de un tratamiento social de lo convivencial. Cuenta con dos casas, una para varones y otra para mujeres, en donde viven ocho personas en cada una.

En la visita realizada a los dos hogares del PREASIS en el año 2007, se nos informó que se encontraba prevista la creación de tres hogares dependientes del PREASIS en el Presupuesto para el año 2008. De todas formas, no es claro el procedimiento establecido para que un paciente con posibilidades de externación pueda acceder a dicho programa ni si el tiempo establecido de permanencia en dichos hogares es suficiente para lograr la autonomía definitiva.

2 Ley 448- **Artículo 25º** Para el caso de instituciones de carácter privado y de la seguridad social, deben elevarse los informes a los que alude el artículo 23º a la autoridad de aplicación, a fin de que tome conocimiento de las causas y condiciones que sustentan la necesidad del procedimiento y su mantenimiento, en los términos de lo establecido en el artículo 24º.

Sin lugar a dudas, se trata de una modalidad de intervención novedosa, por medio de la apertura de camas extra hospitalarias y de la interacción comunitaria de las personas. No obstante, el principal desafió es poder generar autosuficiencia en estas personas, sobre todo desde el plano laboral ya que hoy dependen económicamente del Estado, siendo de esta manera muy difícil la externación definitiva del sistema.

Por otro lado, estas dos casas son a todas luces totalmente insuficientes para poder abarcar la población afectada y con posibilidades de ser incluidas en el Programa. Por lo que esta experiencia nos dice que deberían ser múltiples las casas de medio camino que se deberían poner en marcha.

g) La prevención

El Plan nada dice acerca de la prevención. Es preciso decir que para prevenir la sola ley no alcanza, se requiere de planificación y del desarrollo de programas adecuados de salud.

En cuanto a los diferentes niveles de atención, en el Proyecto no hay ningún desarrollo acerca de la prevención y de la atención primaria de la salud mental. En la actualidad funcionan treinta y nueve Centros de Salud y Acción Comunitaria (CESACs) y dos Centros de Salud Mental. El nuevo modelo no especifica si la atención será brindada por estos centros o si prevé la creación de otros. Tampoco lo hace en lo que respecta a la atención domiciliaria y ambulatoria.

h) Adicciones. Implementación de la Ley 2.318

El Proyecto no aborda el tema de adicciones, solo anuncia la creación de ''Centros de Atención de Adicciones''.

Éste sigue siendo un hueco que no es abordado desde ninguna política pública de la Ciudad, ya que la Ciudad no cuenta con lugares de internación para adicciones. Ninguno de los Hospitales Generales ni los de emergencia cuenta con personal especializado en el abordaje y tratamiento de pacientes adictos, y en el caso de aquellos pacientes que requieren tratamiento de desintoxicación, el hospital capacitado para realizarlo es el Hospital Fernández. Teniendo en cuenta que las patologías duales son cada vez más frecuentes, despierta gran preocupación que el único abordaje que estos efectores realizan es psiquiátrico, en los casos que presentan cuadros agudos de descompensación psiquiátrica, pero no el relativo al problema de la adicción.

El Ministerio de Desarrollo Social cuenta con un centro de asistencia social denominado ''Casa Puerto'' destinado únicamente a menores de 18 años afectados por el consumo de ''Paco'' pero se desconocen la capacidad de alojamiento, los requisitos y procedimiento para el ingreso, la modalidad de prestación y servicios que brinda, etc. De todas formas, es evidente que resulta insuficiente la existencia de un sólo centro para atender la demanda de la población afectada.

i) Otros nudos críticos.

Entendemos que existen nudos críticos que han sido omitidos y que hacen a la esencia de cualquier reforma propuesta. En este sentido identificamos como imprescindible, acercar posiciones con algunos actores que en la cotidianeidad hacen a la calidad del servicio de salud:

- Articulación con efectores del cono urbano bonaerense - para evitar que la variable de ajuste sea la persona que desea acceder a un servicio de salud y que no se vea atrapada en la burocracia territorial
- Articulación con el Poder judicial, tanto de la Nación, como de la Ciudad, como de la Provincia de Buenos Aires.
- Articulación con el Cuerpo Medico Forense.
- Articulación con el Área de Adicciones
- Articulación con Ministerio de Desarrollo Social y otros dispositivos del área

4. El control de la legalidad. El rol de la justicia.

El sistema de salud mental no puede girar en torno únicamente a la internación del enfermo, debe recordarse que toda restricción / resignación de la libertad que ella importa debe justificarse por la existencia verificada de causales razonables; de lo contrario el acto médico es arbitrario, ilegítimo y lesivo.

En este sentido, la ley nacional 22.914 y la ley local 448 dan cumplimiento al mandato constitucional, pero no puede olvidarse el importante rol que incumbe a los jueces en lo que hace al control de la legalidad de toda restricción de la libertad de las personas.

Con respecto a la tutela judicial, entendemos que no debe caerse en la judicialización total de las personas con padecimientos mentales, pero tampoco eliminar el control judicial cuando se restringe la libertad y se puede afectar la integridad física y mental del individuo.

En este sentido, se puede observar que las internaciones se disponen sin ninguna garantía en el procedimiento ni defensa de la persona y la falta de seguimiento, revisión y control de las internaciones, inexistencia de ''plazo razonable'' revisión judicial.

La tutela judicial efectiva requiere un rol más activo por parte de la Justicia a fin de hacer efectivos el debido proceso legal, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro.

En este punto es preciso traer a colación el citado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que estableció que ''la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo, y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados. De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración'' (Cons. 10º). Asimismo, continuo sosteniendo que se debe ''asegurar un reconocimiento pleno a la garantía de un debido proceso con que cuenta toda persona, que en el particular, versará sobre una internación psiquiátrica oportuna, limitada en el tiempo y adecuada a parámetros constitucionales, puesto que la decisión de internar como la de retener a un paciente en una institución psiquiátrica, son parte de un proceso que debe estar dotado del respeto por todas las garantías procedimentales contra reclusiones/ enclaustramientos arbitraria/os.'' (Cons. 13º).

Laura Musa

Asesora General Tutelar
Combate de los Pozos 155, 7º piso
Tel. 4011-1432/1425
Mail: agt@jusbaires.gov.ar