

PROMUEVE ACCIÓN DE AMPARO

Señor Juez:

Laura Cristina Musa, Asesora General Tutelar, designada mediante Decreto Nº 272/2007, (B.O.C.B.A. Nº 2630 del 22/02/07), en mi doble carácter de Asesora interinamente a cargo de la subrogancia de la Asesoría Tutelar de Primera Instancia Nro. 2 ante el Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario, conforme la Resolución AGT Nº 73/09; y de Asesora General Tutelar (Decreto Nº 272/2007 B.O.C.B.A. Nº 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 Av. Diagonal Roque Sáenz Peña Nº 636, a V.S. me presento y respetuosamente digo:

I.- OBJETO

Por el carácter invocado, vengo a interponer acción de amparo en los términos del Art. 14 de la Constitución de la Ciudad y del Art. 2 de la Ley 2145, contra el "Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" (CDNNyA), dependiente de la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con domicilio en Diagonal Roque Sáenz Peña 547, 6to. Piso, de esta Capital Federal con el objeto de que cese en su omisión de dictar una medida de protección de derechos que regularice la situación jurídica del niño A. O., institucionalizado desde hace más de un año.

Tal como se desarrolla a continuación, se encuentra internado en un institución conveniada por el GCBA sin orden de autoridad competente desde hace dieciseis (16) meses. Ello significa que, tal internación se llevó a cabo de manera irregular y que no se cumplieron los requisitos constitucionales mínimos que prevé la ley para privar de su medio familiar y/o comunitario a un niño, esto es: debido proceso legal, determinación del plazo, fundamentación y motivación de la medida de internación, el respeto del derecho a ser oído del niño (conforme Art. 27 Ley 26.061 y Art. 44 Ley 114).

II.- LEGITIMACIÓN.

Que en orden a lo dispuesto por el artículo 14 y 125 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la ley 1903 y la Res. 37/09 me encuentro facultada para promover la presente acción.

III.- COMPETENCIA

La competencia del Tribunal se fundamenta en el art. 7 de la reciente Ley de Amparo local (Ley Nº 2145), que dispone: "...*Cuando la acción de amparo sea dirigida contra autoridades públicas de la Ciudad, será competente para conocer el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad*". Supletoriamente, se aplican los artículos 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

IV. ACLARACION PRELIMINAR - SISTEMA DE PROTECCION DE DERECHOS EN LA CABA

A los fines de procurar mayor comprensión respecto del escenario institucional y legal en el que se produce el caso que nos convoca, en forma preliminar se dará cuenta de los roles, funciones y deberes que asumen los distintos organismos del GCBA, respecto de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, especialmente en el caso de niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad social. En este marco, se describirán, conforme a la nueva normativa de protección de derechos de los niños, las responsabilidades institucionales de cada actor, a partir de la cual se mostrará sobradamente por qué y cómo el GCBA debió actuar en este caso, y al mismo tiempo, cuál es la omisión ilegal en la que recayó.

El proceso de lucha y reconocimiento internacional y regional por los derechos humanos de los niños, generó un marco de renovación normativa e institucional cuya expresión por excelencia, en nuestro país, es la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su incorporación a la Constitución de la Nación, con la máxima jerarquía normativa imperante en nuestro ordenamiento jurídico.

La Convención ha importado un cambio radical en la forma de tratamiento y definición de las personas menores de edad, en tanto inaugura un nuevo status jurídico de los niños, como sujetos titulares de derechos. Esta nueva concepción de la infancia redefine las obligaciones del Estado, que deja de ser un Estado filantrópico, caritativo y asistencial, y asume la obligación de establecer políticas públicas que garanticen respeto, protección y satisfacción de los derechos y garantías de los niños.

En este marco, y en materia de políticas sociales, tres son los compromisos estructurales: el Poder Legislativo debe revisar la legislación vigente y adecuarla a este nuevo tratado de derechos humanos; el Poder Ejecutivo debe planificar y ejecutar un programa social de gobierno que garantice efectivos servicios y programas sociales de acceso a la educación, salud, vivienda, alimentación y nivel de vida adecuado; y el Poder Judicial debe realizar el control de legalidad de las acciones u omisiones de gobierno en los casos donde se registra una vulneración de los derechos sociales de los niños.

En este aspecto, el Poder Judicial asume una función subsidiaria pero insoslayable para garantizar el efectivo acceso a los derechos, cuando las agencias dependientes del Poder Ejecutivo no cumplen o vulneran los derechos de los habitantes. En este tren de transformaciones, la Ciudad de Buenos Aires inaugura un sistema de protección integral de los derechos de los niños, donde el Poder Ejecutivo se constituye como el principal y preliminar responsable de la generación de acciones, programas y políticas para el acceso a los derechos.

La reforma legislativa, tanto nacional como local, permitió a la Ciudad ser una de las pioneras en materia de modificación y adecuación de sus normas e instituciones a los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el ámbito Nacional, la ley 26.061, “de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, dio cumplimiento legislativo a la Convención, reglamentando un conjunto de deberes y obligaciones bajo la órbita del Poder Ejecutivo, con la intención de que asuma la responsabilidad en materia de gestión de la política social. En este sentido, la nueva ley establece un Sistema de Protección Integral con un procedimiento que regula el accionar público.

La CDN y la ley nacional 26061 consagran el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres, salvo que sea necesaria dicha separación en el interés superior del niño (arts. 7, 8 y 9 CDN). Por ello, la ley 26.061 establece como criterios de aplicación de la medida excepcional (art.41) la subsidiariedad y el más breve lapso posible, lo cual obliga a las autoridades competentes a agotar previamente la aplicación de programas sociales y de políticas públicas en general, que permitan evitar la separación del niño de su medio familiar o comunitario, y a fijar un plazo a dicha separación cuando ésta resulte inevitable.

A su vez, la ley local 114, de “Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires¹”, formula un diseño institucional en virtud del cual, reconoce a los organismos administrativos de la Ciudad, dependientes del Poder Ejecutivo local, una responsabilidad directa y principal para entender en aquellas situaciones de amenaza o vulneración de derechos, que sean consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias, dificultades materiales, económicas o de vivienda.

En la Ciudad de Buenos Aires, la ley 114 creó el “Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, dependiente de la Jefatura de Gobierno de la Ciudad, de acuerdo con el Art. 39 de la Constitución, como el “organismo especializado que promueve y articula las políticas para el sector, que cuenta con unidades descentralizadas (Defensorías Zonales) que ejecutan acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados. Interviene necesariamente en las causas asistenciales”. En este sentido, frente a la mera constatación de un derecho vulnerado o amenazado, éste es el encargado de adoptar las medidas individuales de protección de derechos establecidas en la legislación vigente, por sí o a través de las defensorías zonales, que son oficinas descentralizadas geográficamente.

En el supuesto de detectarse situaciones en las que por ausencia u omisión de políticas públicas, se vulneran derechos de niños, niñas y adolescentes reconocidos en la ley, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tiene la obligación de poner en marcha, en tiempo y forma oportuno, los mecanismos de exigibilidad correspondientes para hacer cesar esa afectación de derechos, instando a las áreas de gobierno que correspondan, al cumplimiento de las políticas necesarias para la restitución inmediata de los derechos amenazados y/o vulnerados.

En el mes de septiembre de 2006, y con el fin dar cumplimiento al mandato legislativo contenido en la ley 26.061, en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 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” aprobada por ley 2339/07² y posteriormente - en febrero de 2007- se firma el Acta Complementaria .

¹ Esta ley fue sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 3/12/1998, promulgada automáticamente por el Poder Ejecutivo el 4/1/1999 y publicada en el Boletín Oficial el 3/2/1999 (Nº 624, p. 9959).

² B. Of. 15/06/07

En virtud de dicha Acta-Acuerdo (Ley 2339), la Ciudad designa al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, como el organismo que debe adoptar las medidas individuales de protección establecidas en la legislación vigente, por sí o a través de las defensorías zonales; e identifica al ex-Ministerio de Derechos Humanos, hoy Ministerio de Desarrollo Social, como la autoridad de ejecución programática de las políticas públicas 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 (cláusulas sexta y séptima).

Es el mismo Consejo quien tiene a su cargo las funciones que le incumben a la Ciudad en materia de promoción y protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes³, como organismo cuyo objetivo primordial es diseñar y desarrollar un sistema articulado de efectivización, defensa y resguardo de los derechos de la infancia⁴.

Cabe aclarar aquí, que en virtud de la legislación actual (Ley 114 . arts. 44 y 73, art. 33 d la ley 26.061), en el ámbito de la Ciudad, todo ingreso de un niño, niña o adolescente a una institución de albergue, sólo puede llevarse a cabo mediante decisión fundada del Consejo, órgano competente, a través del dictado de una medida de protección de derechos. Claro que ello no podría efectuarse sin la correspondiente asignación del recurso por parte del efector que controla y organiza las vacantes en los lugares de internación, es decir, la Dirección General de Niñez y Adolescencia. Tal internación, como anteriormente se expresó, debe reunir los criterios de subsidiariedad, excepcionalidad y más breve lapso posible.

Esta institucionalización debe ser notificada a la Asesoría General Tutelar (Decreto del Poder Ejecutivo 1527 y art.73 de la ley 114), quien tiene como misión velar por el cumplimiento de las leyes y, en este marco, por la debida legalidad de las medidas y de los procedimientos que le dieron origen. La reglamentación establecida por decreto 1527/03. prescribe que: ***“Artículo 1° - Establécese que la autoridad judicial competente a fin de realizar la comunicación, prevista en el Art. 73 de la Ley 114 "Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", es la Asesoría General Tutelar del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.***

Es así que frente a dicha comunicación, este Ministerio Público Tutelar se constituye en uno de los actores con legitimidad para actuar en el procedimiento administrativo donde se resuelven las medidas de protección especial (conforme ley 1903 y Resolución AGT 59/07). Por ello, ante cada comunicación de ingreso de un niño, niña o adolescente a un dispositivo de albergue esta AGT, conforme resolución AGT 59/07 solicita informes al Consejo, a fin de velar por la debida legalidad del procedimiento y de la medida de protección adoptada -el objetivo único de esta intervención es constatar el respeto del debido proceso en el marco de estas decisiones administrativas.

V.- HECHOS Y ANTECEDENTES

En cumplimiento del decreto 1527/03 y Art. 73 de la Ley 114, el Instituto Modelo de Adaptación Integral (IMAI), hogar conveniado con el GCBA, comunicó a esta Asesoría el ingreso del niño Nicolás O. a dicha institución, producido el día 26/11/07.

³ Ley 114, Art. 45

⁴ Ley 114, Art. 60 y 61

En base a esta información con fecha 06/12/07 la AGT solicitó al CDNNyA –oficio AGT/1280/07- la remisión de los datos sobre la Defensoría Zonal que adoptó la medida de protección especial, mediante la cual se dispuso el ingreso del niño a la institución mencionada. Respecto al citado requerimiento, el CDNNyA informó “...*que no hay medida de Protección Especial de Derechos que adopte este Consejo en el caso de marras*”.

En consecuencia y teniendo en cuenta que el CDNNyA es la autoridad administrativa de aplicación de la ley de protección integral de derechos -y, por tal motivo, no podría haber niño internado sin su intervención-, desde la Asesoría se le solicitó la inmediata intervención de la Defensoría Zonal que correspondiera, de conformidad con la legislación vigente –oficio AGT/1407/07-. El CDNNyA contestó que se había dado ya respuesta a lo requerido, citando su anterior información. Atento a ello, el 21/02/08 la AGT reiteró al Consejo la solicitud de designación de una Defensoría Zonal mediante oficio AGT/142/08.

Con fecha 26/02/08 el Instituto IMAI rectificó la información suministrada e informó a esta Asesoría que el niño no se llamaría “Nicolás” sino “ A.”. Así, el 4/03/08 se libró el oficio AGT/276/08 mediante el cual, se volvió a requerir la intervención del Consejo solicitándose la copia del acto administrativo que adoptara la medida de protección especial de derechos en la que constaren los datos de la defensoría zonal interviniente, fecha en la que se adopta, plazo temporal, fundamentos y argumentos que motiven la misma, constancias de conformidad del niño y/o su representante legal y datos del abogado asignado en los términos del Art. 27 inc. c) de la Ley 26.061.

Con fecha 25/03/08, en respuesta a nuestro oficio AGT /276/08, se recepcionó el COJ N° 709-CDNNyA. En tal circunstancia, la Dra. Cecilia Sosa, Directora a cargo de la Red de Defensorías del CDNNyA informó: “*no existen en nuestros registros de antecedentes de intervenciones previas por parte de una Defensoría Zonal, por lo cual se le ha solicitado a la Dirección General de Niñez informe qué organismo adoptó la Medida de Protección que dispuso el ingreso del antes mencionado al Instituto IMAI como así también remita todos los antecedentes obrantes respecto del caso*”.

Teniendo en cuenta que se trata de una medida que dispuso la separación del niño de su medio familiar y comunitario, y que el propio órgano administrativo local de protección -competente para adoptarlas-, alegaba desconocer, el 7/04/08 se libró Oficio AGT /736/08 dirigido a la Dirección General de Niñez y Adolescencia. Oficio mediante el cual, se solicitó –atento lo manifestado por la Red de Defensorías del CDNNyA- informe a esta Asesoría qué organismo adoptó la Medida de Protección que dispuso el ingreso del niño al Instituto IMAI. Con fecha 30/04/08 el pedido fue reiterado -oficio AGT/1094/08- ya que permanecía sin respuesta.

El día 30/05/08 se recibió Informe 205- DGNyA-08 remitido por la Dirección General de Niñez del GCBA, informando que “...*el Programa de Atención Integral a Niños, Niñas y Adolescentes en situación de calle, perteneciente a esta Dirección General, solicitó, la intervención del Consejo, Defensoría Once, con el objetivo de que dictaran la Medida de Protección Especial respecto del niño de mención y su hermano Rodrigo, ello en virtud de la extrema vulneración de derechos en los que se encontraban los niños...*” Adjuntando las constancias de la intervención realizada por dicho programa.

Y por último, aclara que a la fecha “...la Defensoría Zonal Once no se ha expedido respecto de la solicitud efectuada...”.

Frente a ello, con fecha 10/06/08 esta Asesoría libra un nuevo oficio al Consejo -AGT /1747/08- remitiendo la contestación de la DGNyA y solicitando – nuevamente- que disponga lo necesario para la inmediata intervención de la Defensoría Zonal que corresponda para la adopción de las medidas de protección pertinentes y la designación del abogado conforme art. 27 ley 26.061.

En respuesta a ello, con fecha 20/08/08 se recibió en esta Asesoría la nota Nº 24801-CDNNyA-2008, suscripta por la Directora de la Red de Defensorías Zonales, Dra. Sosa, en la que se informa que la Defensoría Zonal Recoleta se encontraba interviniendo dentro del marco del Art. 70 ley 114 y que se elevaba la medida que “*tomó la Guardia Permanente de Abogados*”, otro de los programas pertenecientes al CDNNyA.

Se advierte que la nota que adjunta la Dra. Sosa no se refiere a A. sino a su hermano Rodrigo, y que la misma -fechada el 8 de mayo 2008- no es un acto administrativo debidamente fundado sino una simple nota que solicita la asignación de un recurso de internación para el niño, pero sin los requisitos exigidos por la legislación vigente para tener validez (fundamentación, plazo, motivación, firma competente, etc.)

Al encontrarnos frente a la situación de un niño institucionalizado desde el 26/11/07 sin disposición de autoridad competente y, vista la grave omisión incurrida por los funcionarios del Consejo para cumplir con el mandato legal, siendo el órgano competente en la CABA para el dictado de las medidas de protección de derechos y excepcionales cuando las mismas correspondan -conforme Acta Acuerdo de Transferencia de Competencias aprobada por Ley 2339/07 y arts. 33 a 41 de la Ley 26.061-, se decidió, con fecha 13/11/08, convocar a una audiencia a celebrarse en esta Asesoría el día 20 de noviembre de 2008, a las 10,30 hrs. en los términos del Art. 49 inc. 8) de la Ley 1903.

A dicha audiencia concurrieron funcionarias del CDNNyA: la Directora General de Programas Descentralizados, Lic. Camila Suárez; la Directora de Red de Defensorías, Dra. Cecilia Sosa y la Coordinadora de la Defensoría Recoleta: Dra. Barragán Recalde. En la misma, y tras un breve intercambio de opiniones, el CDNNyA reconoce la irregularidad de la internación y en este sentido, la Dra. Barragán Recalde se comprometió a remitir, en el plazo de 5 (cinco) días hábiles, la medida de protección de derechos adoptada respecto de A. O. tal como se acredita con el acta que se adjunta.

Sin embargo, transcurridos los cinco días y por tanto vencido el plazo para la remisión de la medida, como no fuera remitida a esta Asesoría, el 3 de febrero 2009, se intimó nuevamente al Consejo (Oficio AGT /198/09) para que en plazo de 48 hrs cumpla con lo acordado. A la fecha de interposición del presente la medida en cuestión aún no ha sido cursada a esta Asesoría.

VI- DERECHOS CONCLUCADOS

La omisión en la que incurrió e incurre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vulnera los siguientes derechos: derecho a la libertad ambulatoria (art. 37 CIDN, art. 19 Ley 26061, art. 10 ley 114, Art. 7 CADH), derecho a un debido proceso

(Art. 18 Constitución Nacional Art. 27 Ley 26.061, Art. 18 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 8 y 25 CADH y Art. 9 CDN), derecho a ser oído (Art. 12 CDN, Art. 17 Ley 114, Art. 24 y 27 Ley 26.061), a un sistema de protección integral de derechos (Art. 33 y Subs. Ley 26061; Art. 6, 7 y 44 y subs, Ley 114, Ley 2339, Art. 4, 9 Convención sobre los Derechos de Niño). Asimismo, la conducta omisiva del Consejo violenta las obligaciones institucionales que le caben conforme Art.39 de la Constitución de la CABA, ley 2339⁵ y Arts. 44 y 70 Ley 114).

En nuestro ordenamiento interno, la supremacía de los tratados internacionales ha adquirido rango constitucional, conforme art 75 inc. 22 de la Carta Magna Nacional.

En este orden de ideas, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece específicamente en su artículo 9: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, **a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.** Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones".

Es así, como nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la incorporación de los pactos, reconoce constitucionalmente el derecho de los niños, niñas, adolescentes al más **alto nivel de protección**; como así también, instala en cabeza del Estado la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de estos derechos, y en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales.

Estos instrumentos internacionales, introducen en forma expresa el derecho a la igualdad, la prohibición de discriminar y la obligación de proteger los derechos fundamentales contra cualquier tipo de discriminación. En particular, protegen la igualdad y la no discriminación por razones económicas el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

En consecuencia, la posición económica nunca puede obstaculizar el ejercicio de los derechos de las personas. Lo contrario implicaría una vulneración a la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional, así como también a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y por ende una situación de irregularidad e ilegalidad manifiesta.

⁵ Ley 2339 - Cláusula Sexta: "LA CIUDAD" expresa que es el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, por sí o a través de las defensorías zonales el organismo que adopta las medidas individuales de protección establecidas en la legislación vigente; SEPTIMA: "LA CIUDAD" deja constancia que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 inciso c) de la Ley Nº 26.061, identifica al Ministerio de Derechos Humanos y Sociales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como la autoridad de ejecución programática de las políticas públicas sociales de infancia y adolescencia, y en tal carácter el área de gobierno responsable de organizar y brindar las prestaciones necesarias para dar respuesta a los derechos sociales demandados."- BOCBA Nº 2706 del 15/06/2007

El factor económico debe gravitar de manera totalmente opuesta, en virtud de la absoluta prioridad que establece la Constitución de la Ciudad para hacer frente a las necesidades de los grupos más desaventajados de la sociedad por razones económicas, y, en particular, de los menores de edad. Así, el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad establece: “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...”

Como ya se mencionó, los Pactos se encuentran reconocidos constitucionalmente por nuestro ordenamiento jurídico, conforme art. 75 inc. 22 de Nuestra Carta Magna, adquiriendo la jerarquía más alta, dentro de nuestra pirámide normativa; y rigiendo al respecto, el concepto de “tutela efectiva” como regla jurídica; tutela efectiva de los derechos fundamentales que ha sido entendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como un deber no solo de los jueces sino también de la administración pública⁶.

Reconocimiento y aplicación en el ámbito local.

Teniendo en cuenta la normativa mencionada, una cadena de omisiones e incumplimientos, como la del caso que nos ocupa resulta absolutamente contrapuesta a la Constitución de la Ciudad y al espíritu y finalidad del Sistema de Protección Integral de Derechos, establecido a nivel Nacional por la Ley 26.061 y a Nivel Local por la Ley 114.

En efecto, tal como se argumentó previamente, la ley 26.061 ha diseñado un Sistema de Protección Integral con un procedimiento que regula el accionar público respecto de la infancia y la adolescencia, adecuando la institucionalidad de los organismos administrativos. El Sistema se organiza en tres niveles: políticas públicas, medidas de protección integral de derechos y medidas excepcionales de protección de derechos.

En el primer nivel, los organismos administrativos deben favorecer el acceso a las políticas públicas universales y/o su permanencia, a fin de garantizar el ejercicio de los derechos a la educación, a la salud, al desarrollo humano, y en general a los derechos sociales, económicos y culturales que hacen posible y afianzan la crianza de un niño en su grupo familiar y la vida en comunidad.

El segundo nivel, se trata de situaciones en las que por ausencia u omisión de políticas públicas, se vulneran derechos de niños, niñas y adolescentes reconocidos en la ley. En estos casos, la autoridad administrativa de aplicación local de la ley 26.061 es la responsable de activar los mecanismos de exigibilidad, instando a las áreas que correspondan al cumplimiento de las políticas necesarias para la restitución inmediata de los derechos amenazados y/o vulnerados. Medidas éstas que en la práctica -y en relación a este caso en particular- no han existido, o han sido insuficientes para garantizar los derechos del adolescente.

El tercer nivel es el que corresponde a la “Medida Excepcional”, prevista – como su nombre lo indica- para situaciones excepcionales, al evaluarse la necesidad de separar al niño de su grupo familiar.

⁶ Astorga Bracht Sergio y otros c/ COMFER Decreto N° 310/1998 s/amparo. 14/10/04

Medida de Privación del medio familiar y la garantía del debido proceso

En la actualidad ya no existen dudas acerca de reconocer la institucionalización de un niño como una medida de privación de libertad y es justamente por este motivo que, para que dicha medida sea legítima, debe cumplir con ciertos recaudos legales.

En sintonía con ello, la Regla 11. b, amplía la antigua noción de internación a todas las formas de privación de libertad para precisamente ampliar la extensión de garantías. Así, la Regla dispone: "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."

Recientemente, la Resolución 01/08 de la CIDH, denominada "Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas", claramente expresa "...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 entre 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".

La hegemonía del modelo de patronato⁷, sobre todo en su implementación operativa, subsistió en gran medida gracias a conceptos eufemísticos. Así, la privación de libertad no se asumía como tal sino que se denominaba como una medida tuitiva. Esto permitía no solo prácticas autolegitimantes, sino que arrasaba con cualquier garantía posible que limitara el poder omnímodo e ilimitado del poder judicial para disponer sobre la vida y el paradero de los niños pobres.

Nuestra CSJN explica esto mismo en el caso Maldonado, manifestando en sus considerandos: "...26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares". Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. **En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la "libertad ambulatoria", aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u**

⁷ Nutridas por la Ley 10.903 hoy derogada, decreto 22.278 entre otros.

otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias.“ (el destacado me pertenece).

Llamar a las cosas por su nombre –no es un sinceramiento caprichoso o retórico sino que permite actuar en consecuencia. Así, si la institucionalización de un niño, es reconocida como una medida de privación, debe cumplir con ciertos recaudos constitucionales, tales como el debido proceso y una eficaz tutela judicial (Art. 8 CADH – Art. 18 CN. Art. 27 ley 26061 y Ley 114).

En este sentido, los requisitos de legalidad y no arbitrariedad que se exige para la privación de libertad, deben también aplicarse a la hora de internar a un niño en cualquier dispositivo distinto al de su medio familiar y/ o comunitario.

Por ello, es necesario resaltar que lo que se discute aquí no es la pertenencia o necesidad de adoptar una medida de internación respecto de . Muy por el contrario, como MPT, bregamos porque el órgano local de protección cuente con la idoneidad institucional pertinente para abordar el caso, diseñar la mejor estrategia de intervención y llevarla a cabo en el marco jurídico actual. Lamentablemente, la realidad da sobradas muestras de circunstancias en donde deben adoptarse medidas de internación en miras de proteger los derechos de los niños involucrados. Lo que sí se cuestiona aquí es la manera ilegal, discrecional, arbitraria e ilegítima, en la que actuó el Consejo como órgano competente para ello, replicando prácticas que la normativa prohibió categóricamente, como es la internación despojada de garantías y, a su vez, sustrayendo tal accionar del control judicial ejercido por esta AGT⁸ y al niño de la tutela judicial efectiva.

Cabe recordar aquí que, el accionar desplegado por el Consejo se asimila notablemente a la modalidad en la que se llevaba a cabo, la actualmente derogada protección de persona (antes regulada en el Art. 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Ello así, por sus características de inaudita parte, internaciones indefinidas en fundamento y en plazo temporal y ausencia absoluta de garantías constitucionales básicas. En consonancia, *“esta medida habilita el ejercicio arbitrario e ilegítimo de mecanismos de recontrol social punitivo en sede civil y, además, de no ser idónea para la protección de los derechos subjetivos, resulta lesiva de numerosos derechos constitucionalmente reconocidos. Su aplicación afecta a todo el elenco de garantías sustantivas y adjetivas derivadas de normas constitucionales, e importa una intervención netamente inquisitiva por parte de una justicia que se caracterizó históricamente por el rol acotado de la injerencia oficiosa del juez⁹”*.

En esta misma línea, recientemente la CSJN sostuvo: *“que los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de*

⁸ Al respecto ver Causa: Nº 5815-01-00/08 “LEGAJO DE PRISIÓN PREVENTIVA EN AUTOS G, L. O s/infr. art(s) 189 bis. Camara Contravecnional y de Faltas. 2008 “A partir de la Resolución AGT 68/07 se establece que la Asesoría General Tutelar se limitará a cumplir funciones de contralor respecto de los D.D.H.H. de sus representados, así como tareas de resguardo de la legalidad y justa aplicación de la ley sobre los mismos, buscando la adecuación a los estándares internacionales de D.D.H.H consagrados por la Constitución. 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”

⁹ Maria Karina Valobra en “Control sociopenal en sede civil”, en Justicia y Derechos del Niño. Nº 3. UNICEF. 2001

encierro forzoso –sea por penas, medidas de seguridad o meras internaciones preventivas y cautelares de personas sin conductas delictivas, con fundamento muchas veces en la peligrosidad presunta y como instancia del tratamiento– actualmente son fortalecidos y consolidados en la Constitución Nacional (Arts. 17, 17, 19, 33, 41, 43 y 75 inc. 22 y 23) y en instrumentos nacionales de derechos humanos¹⁰”.

La exégesis normativa permite construir un procedimiento específico y obligatorio para llevar a cabo la institucionalización del niño en el ámbito de la Ciudad de Bs. As.; procedimiento que en el caso en cuestión se omitió completamente.

Tal procedimiento impone la existencia de ciertos requisitos legales que debe contener la mencionada medida de protección, ésta debe realizarse a través de un acto administrativo que respete todos y cada uno de los principios de derecho administrativo y las garantías procesales específicas contempladas en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley 114 y en la Ley nacional 26.061.

La ley 26.061 reglamenta a nivel nacional las disposiciones constitucionales contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), que es un tratado de derechos humanos para la infancia. La CDN consagra el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares y a no ser separado de sus padres, salvo que sea necesaria dicha separación en el interés superior del niño (arts. 7, 8 y 9 CDN). Por ello, la ley 26.061 establece como criterios de aplicación de la medida excepcional (art.41) que sea una medida subsidiaria y por el más breve lapso posible, lo cual obliga a las autoridades competentes a agotar previamente la aplicación de programas sociales y de políticas públicas en general que permitan evitar la separación, y a fijar un plazo a dicha separación cuando esta es inevitable.

A la hora de definir el “debido proceso” –en el caso Baena-, la Corte Interamericana sostuvo que es “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso”. Es notable la amplitud de alcance que la Corte le asigna a este derecho, directamente aplicable al caso en discusión.

En la opinión consultiva N° 17/2002¹¹ acerca de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la propia Corte Interamericana se refiere específicamente al proceso administrativo y señala: “Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa, deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable; en el caso de que resulte necesario una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible; que quienes intervengan en los procesos decisorios sean personas con la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño; que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y resocializar al menor, cuando ello sea pertinente; y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. **Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y**

¹⁰ “R, M, J s/ insania” CSJN 2008 – competencia N° 1195 XLII

¹¹ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, Corte I.D.H., (Ser. A) No. 17 (2002).

limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad. (Párrafo 103). Finalmente, la CIDH, concluye “10. ***Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos***”.

El hecho de que el Consejo sea la autoridad de aplicación conforme la ley 2339 y el Acta Acuerdo previamente analizado, no lo exime de cumplir con el dictado de una medida a través de un acto administrativo con las características previamente señaladas.

Asimismo, el incumplimiento del GCBA en la debida asistencia de es manifiestamente violatorio del deber que asumió la Ciudad como responsable de la adopción de las acciones y medidas de efectivización de los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes, conforme arts. 6 y 7 de la ley 114.

VII.- REQUISITOS FORMALES DE ADMISIBILIDAD

Los requisitos formales de admisibilidad del artículo 43 de la Constitución de la Nación y del Artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se verifican en cuanto:

a) Existe una **omisión de autoridad pública**, ya que se trata de una omisión del PODER EJECUTIVO de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, en este caso del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y adolescentes;

b) Que en **forma actual lesiona**, derecho a la libertad ambulatoria (art. 37 CIDN, art. 19 ley 26061, art. 10 ley 114, Art. 7 CADH), derecho a un debido proceso (Art. 18 constitución nacional Art. 27 Ley 26.061, Art. 18 Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, Art. 8 y 25 CADH y Art. 9 CDN), derecho a ser oído (Art. 12 CDN, Art. 17 Ley 114, Art. 24 y 27 Ley 26.061), derecho a la convivencia familiar y comunitaria (Art. 9 CDN, Art. 3 ley 26061, Arts 25 y 26 Ley 114, Art. 19 CADH); derecho a un sistema de protección integral de derechos (Art. 32, 33 y Subs. Ley 26061; Art. 6, 7 y 44 y subs, Ley 114, Arts. Ley 2339, Art. 4, 9 Convención sobre los Derechos de Niño). Asimismo, la conducta omisiva del Consejo, soslaya las obligaciones institucionales que le caben conforme Art. 39 de la Constitución de la CABA, ley 2339 y Arts. 44 y 70 de la Ley 114.

c) Conculca con **ilegalidad y arbitrariedad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución de la Ciudad** y la Constitución de la Nación precedentemente enumerados. La ilegalidad y arbitrariedad está dada por la falta de dictado de la medida de protección de derechos por parte del Consejo, organismo que se encuentra obligado a ello en su rol de autoridad de aplicación de la Ley 114 y de la ley 26.061.

Tal como fuera desarrollado anteriormente, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ha puesto en cabeza del Consejo la calidad de autoridad de aplicación de

la ley 114 y de la ley 26.061. Esto significa que es el máximo órgano local de protección de derechos (Ley 2339, Art. 39 Const. CABA), responsable de adoptar las medidas de protección de derechos que estime necesarias en el marco de sus intervenciones, ya sean estas propias o a demanda de otros organismos tal como en es el caso analizado aquí.

Asimismo, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a través de la Dirección General de Niñez y Adolescencia, celebra convenios con instituciones privadas de albergue, bajo distintas modalidades: convivenciales, de atención especializada, de salud mental y de medio camino para que presten sus servicios en los supuestos de requerirse internaciones de niños, asignando las vacantes en dichas instituciones.

En el caso de , según lo manifestado por autoridades de la Dirección de Niñez, el “Programa de Niños en situación de calle” determinó que existía vulneración de sus derechos y que con el objeto de salvaguardarlos debía adoptarse una medida de internación, haciéndoselo saber a la autoridad investida de competencia para adoptar dicha medida, es decir, al Consejo de Derechos. Frente a ello, el Consejo sólo requirió la asignación de una vacante para , y procedió a institucionalizado sin más formalidades.

El debido procedimiento, legalmente estipulado y como fuera explicado anteriormente, fue totalmente omitido por el Consejo. Incluso, tal como se desprende de la prueba que se adjunta, esta situación fue advertida al Consejo por esta Asesoría en reiteradas ocasiones, efectuándose los requerimientos en este sentido, sin cesar el organismo en su omisión ni provocar ninguna reacción institucional más que la propia desidia.

Vale destacar que, la institución donde se encuentra internado es una institución de salud mental¹², o “de atención especializada” definida por la Dirección General de Niñez y Adolescencia en términos de *Prestación que contempla la atención a niñas, niños y adolescentes, que requieran mayor contención profesional relativa a su salud mental en el espacio institucional convivencial y que contemplen la administración de medicación específica si fuera necesario. Garantizando el derecho al bienestar, a la educación y a las mejores condiciones posibles para el desarrollo físico, intelectual y afectivo*. Ello significa que , tiene una doble condición de vulnerabilidad en tanto niño. Por un lado, como persona en crecimiento, despojado violentamente de sus derechos más básicos por encontrarse en situación de extrema pobreza, como es la “situación de calle¹³”. Por el otro, aparentemente sufre un padecimiento en su salud mental, razón que

¹² Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental- Resolución 46/119 – ONU. 1991. “(...)c) por atención de la salud mental se entenderá el análisis y diagnóstico del estado de salud mental de una persona, y el tratamiento, el cuidado y las medidas de rehabilitación aplicadas a una enfermedad mental real o presunta d) por institución psiquiátrica se entenderá todo establecimiento o dependencia de una establecimiento que tenga como función primaria la atención de la salud mental”

¹³ Ley 114 – **Artículo 4º - Derechos fundamentales.** Todos los niños, niñas y adolescentes gozan de los derechos fundamentales inherentes a su condición de personas. La Ciudad propicia su participación social y garantiza todas las oportunidades para su pleno desarrollo físico, psíquico, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad, igualdad y dignidad. **Artículo 5º - Remoción de obstáculos.** La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de niñas, niños y adolescentes y su efectiva participación en la vida política, económica y social de la comunidad. **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

lo vuelve más vulnerable, y frágil¹⁴. (Ley 448, ley 153, Ley 22914). Estos condicionamientos de vulnerabilidad que le fueron impuestos a por la comunidad adulta, deberían operar a su favor y resguardar al extremo sus derechos. Sin embargo, ello fue soslayado por el Consejo, actuando al margen de la normativa vigente.

Asimismo, este mismo organismo quien mantiene a desatendido en sus derechos, es quien debe garantizar la transitoriedad, excepcionalidad de la medida de internación conforme Art. 44, y 70 Ley 114. Cabe preguntarse entonces, cómo se cumple con la obligación que impone la ley si no existen motivos, fundamentos, plazos de la medida sin caer en otra grave omisión. Resulta evidente que la omisión en el dictado de una medida, lejos de ser un rigorismo formal, arrastra también el menoscabo de otros derechos, ya que lleva un año y 4 meses institucionalizado sin medida fundada que avale la legalidad del procedimiento administrativo, y sin que –paradójicamente- el organismo que debiera trabajar sobre su egreso se responsabilice realmente de ello, dando cabalmente cuenta de la adopción de medidas de efectivización de derechos.

El Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes incurre en una omisión ilegal y manifiesta, en tanto, como organismo de protección de derechos de la infancia obligado, omite el dictado de una medida que regularice la situación jurídica de , habilitando prácticas hoy prohibidas por ley. Tal conducta omisiva, persiste e impide tanto el control judicial a realizarse por esta Asesoría como el acceso a la justicia y a la tutela efectiva que le asiste a .

d) En cuanto el recaudo **“medio judicial más idóneo”**, para la situación planteada, no existe un remedio judicial alternativo que sea expedito, rápido y que, garantizando una decisión oportuna de jurisdicción, resguarde los derechos fundamentales conculcados. A esto se suma, que estamos ante una cuestión de pleno derecho en la que no es necesario un amplio debate o la producción de prueba, ya que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está obligado, por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la normativa nacional y local vigente a planificar y ejecutar las políticas públicas destinadas a los sectores más vulnerables de la sociedad (art. 17 de la Constitución local).

El Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes es el organismo encargado de adoptar las medidas de protección de derechos de los niños en cada caso en particular y, en su caso de realizar todas las acciones necesarias para remover los

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.

Artículo 7º - Medidas de efectivización, definición y objetivos. El Gobierno de la Ciudad adopta medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes por normas jurídicas, operativas o programáticas. Las medidas de efectivización de derechos comprenden las de acción positiva que garantizan la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales vigentes, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la legislación nacional. .Su objetivo esencial es la prevención y detección precoz de aquellas situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías contemplados en la presente ley. **Artículo 8º - Garantía de Prioridad.** Los/las niños, niñas y adolescentes tienen prioridad en la: protección y auxilio cualquiera sea la circunstancia; atención en los servicios públicos; asignación de recursos públicos en la formulación y ejecución de políticas en las áreas relacionadas con la efectivización y la protección de los derechos de la niñez, la adolescencia y la familia; consideración y ponderación de las necesidades y problemáticas de la comunidad local a la que pertenecen.

¹⁴ “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, que se encuentra vigente (incorporada al derecho interno por la ley 25.280). Ley 153, Ley 448, CDN, CADH., entre otros.

obstáculos que impiden el efectivo acceso a la protección y efectividad a tales derechos (Art. 39 de la Constitución CABA, Art. 5 Ley 114).

Pese a los reiterados y sistemáticos requerimientos de este Ministerio Público Tutelar, dicho organismo continúa sin cumplir sus obligaciones institucionales; violentando de esta manera tanto los derechos que le asisten a A., como la misión de esta Asesoría para cumplir con la manda legal de velar por la legalidad del procedimiento administrativo que culmina con la adopción de una medida de alojamiento en una institución determinada.

En este sentido, las consecuencias de la utilización de la vía ordinaria, aún en el supuesto de alcanzar una sentencia de primera instancia favorable, redundaría en un proceso lento que duraría como mínimo varios meses y que se devoraría la pretensión procesal.

En el caso en cuestión y tal como se ha dicho, esta omisión en la que incurre el Consejo, no solo avasalla la garantía del debido proceso a -tornando su internación ilegal e indeterminada y por ello injusta- sino que también impide que este Ministerio Público Tutelar ejerza su misión institucional.

VIII.-MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA

Asimismo, solicito como **medida cautelar** que se ordene al Consejo en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley 26.061 en el ámbito de la CABA la regularización de la situación jurídica del niño a través del dictado de una medida de protección de derechos acorde, respetuosa de los parámetros legales existentes, con el objeto de materializar efectivamente las garantías, limitaciones y principios que rigen el Sistema de Protección Integral de Derechos instituido en nuestro país.

Los requisitos exigidos por el Art. 15 de la Ley 2145 para el otorgamiento de la medida cautelar se encuentran acreditados tal como se señala a continuación.

1) Verosimilitud del derecho invocado.

El “*fumus bonis iuris*” surge inequívocamente de la lectura los hechos expuestos.

En el campo jurisdiccional, para que la viabilidad de la medida precautoria prospere los tribunales nacionales han exigido la acreditación “prima facie” de la arbitrariedad del acto cuya descalificación se persigue, o la violación de la ley, a fin de hacer caer la presunción de legalidad de que goza y, por lo tanto, suspender la ejecutoriedad del acto.

En el presente caso, la arbitraria y discrecional omisión en la que ha incurrido el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en relación al joven O. acredita prima facie la violación de la ley que obliga al Poder Ejecutivo local, a través del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, conforme las competencias establecidas por el Decreto N° 2075/GCBA/2007. Esta violación de la ley además se encuentra acreditada mediante la falta de remisión de la medida a esta AGT a pesar de los pedidos reiterados; las respuestas insuficientes propiciadas a los oficios librados al Consejo de Derechos y demás omisiones relatados en el ítem “Hechos y Antecedentes” , al cual me remito “brevitatis causae”.

2) Peligro en la demora .

La natural e inevitable lentitud de los procedimientos puede provocar el riesgo seguro de que la resolución del conflicto resulte tardía, con una sentencia que quizás sea absolutamente justa pero paradójicamente ineficaz. Puede suceder, que mientras se aguarda el normal desenlace del proceso común, se alteren y agraven las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se procuró la puesta en marcha del órgano jurisdiccional, tornando de esta manera en ilusorias o ineficaces las decisiones jurisdiccionales destinadas a restablecer la plena vigencia del derecho sometido a debate. Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que: “ *El restante, es el peligro en la demora, consistente en la irreparabilidad del daño que se producirá en el tiempo que insumirá el dictado de la sentencia; consecuentemente la mera acreditación del peligro de modo objetivo torna operativa su procedencia La jurisprudencia de modo genérico entiende que "El peligro de la demora pide una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegue a producir el hecho que se pretende evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operando por una posterior sentencia"* (C.S. 306-2: 2061 y sgtes.)

En el caso concreto el peligro en la demora ha sido acabadamente descrito por la Representante de UNICEF, Gladis Acosta Vargas, en su prólogo al informe “Privados de Libertad” sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados en la Argentina, a saber: “***En ese sentido, entendemos que la privación de la libertad constituye una severa restricción de derechos que provoca deterioros irreversibles en el normal desarrollo y evolución de los niños, niñas y adolescentes por el nivel de sufrimiento que conlleva. La selectiva aplicación hace más vulnerables a aquellos en situación de pobreza, producto de los resabios de los sistemas tutelares aún existentes en el país, contrarios a la Convención y a la Constitución Nacional***”.

3) No frustración del interés público

La medida cautelar solicitada consistente en el dictado de la medida de protección de derechos por parte de la autoridad competente, no generará una frustración del interés público, sino que -por el contrario- lo que se impedirá es que continúe la vulneración de derechos del niño, lográndose de esta forma, la restitución de los mismos, situación que -sin duda- será beneficiosa para el interés público.

Al respecto, y para el caso que V.S entienda que no se encuentra cumplido este requisito, planteo la inconstitucionalidad de la manda que ordena acreditar previamente al dictado de la medida, la no frustración del interés público. Ello, en virtud de que la vaguedad e indeterminación del concepto jurídico incorporado como requisito para la procedencia de la cautelar da lugar a interpretaciones discrecionales que podrían ser restrictivas e impedirían la toma de estas medidas afectando el efectivo resguardo de derechos y garantías de rango constitucional.

4) Contracautela.

Ante la urgencia del caso, dejo desde ya prestada la caución juratoria que se me pudiera requerir.

XI.- INEXISTENCIA DE OTRAS MEDIDAS CAUTELARES IDÓNEAS

Dada la urgencia por remediar las consecuencias de la ilegal omisión por parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en proporcionar al niño un marco legal adecuado a la situación -subsidiaria, excepcional y transitoria- de separación de su medio familiar y comunitario, las otras medidas procesales que contempla el Código ritual no permiten asegurar los derechos cuya cautela se pide mediante la interposición de esta acción, en virtud de la naturaleza del objeto.

Lo hasta aquí expuesto demuestra que en el caso se hallan largamente reunidos los requisitos exigidos para el otorgamiento de la medida cautelar innovativa.

Por todo ello, solicito al magistrado actuante que decrete la medida innovativa solicitada.

XII- PRUEBA

Se ofrecen los siguientes medios de prueba:

A. Documental: Se acompaña la siguiente, a saber:

- 1) Copia certificada de la comunicación de ingreso al INSTITUTO MODELO DE ADAPTACION INTEGRAL (IMAI) del niño Nicolás O. receptada en la Asesoría General Tutelar (AGT) en fecha 27/11/07.
- 2) Copia certificada del oficio AGT N° 1280/07 diligenciado en el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CDNNyA) en fecha 6/12/07.
- 3) Copia certificada de la COJ N° 4120-DGNyA-2007 remitida por el CDNNyA y receptada en la AGT en fecha 14/12/07.
- 4) Copia certificada del oficio AGT 1407/07 diligenciada en el CDNNyA en fecha 26/12/07.
- 5) Copia certificada de la COJ N° 4446-CDNNyA-2007 remitida por el CDNNyA y receptada en la AGT en fecha 3/01/08.
- 6) Copia certificada del oficio AGT N° 142/08 diligenciada en el CDNNyA con fecha 21/02/08.
- 7) Copia certificada del oficio AGT N° 143/08 librado al IMAI diligenciado con fecha 26/02/08.
- 8) Copia certificada de la nota remitida por el IMAI a la AGT en fecha 26/02/08.
- 9) Copia certificada del oficio AGT 276/06 diligenciado en el CDNNyA en fecha 4/03/08.
- 10) Copia certificada de la COJ N° 709-CDNNyA remitido por el CDNNyA y receptado en la AGT en fecha 25/03/08.
- 11) Copia certificada del oficio AGT 736/08 diligenciado en la Dirección General de Niñez y Adolescencia (DGNyA) en fecha 7/04/08.
- 12) Copia certificada del oficio AGT 1094/08 diligenciada en la DGNyA en fecha 30/04/08.
- 13) Copia certificada del Informe 205 DGNyA-08 remitido a la AGT en fecha 30/05/08.
- 14) Copias simples de las constancias de intervención acompañadas al Informe 205 DGNyA-08.
- 15) Copia certificada del oficio AGT 1747/08 diligenciado en el CDNNyA con fecha 10/06/08.
- 16) Copia simple de la Nota N° 24801-CDNNyA-2008 remitida por el CDNNyA y receptada en la Asesoría con fecha 20/08/08.
- 17) Copia certificada del Acta de audiencia de fecha 20/11/08.
- 18) Copia certificada del oficio AGT 198/09 diligenciada en el CDNNyA con fecha 3/02/09.
- 19) Copia certificada de la Resolución AGT 73/09.

B. Documental en poder de la contraria

Toda vez que la documental que se acompaña en copia se encuentra en poder de la demandad, solicito se la intime a su presentación bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 316 del CCAyT.

C. Informativa

Para el supuesto caso de desconocerse la prueba documental acompañada, solicito se libren oficios a los organismos en ella involucrados.

XIII. FORMULA RESERVA.

Dado el caso constitucional y la índole federal de gran parte de los argumentos desarrollados en la presente (derecho a la salud integral, art, 21 inc. c de la Constitución Local, art. 24 CIDN; derecho del niño mental o físicamente impedido al disfrute de una vida plena y decente, art. 23 CIDN, art. 75 inc. 22 de Nuestra Carta Magna; derecho a la educación, art. 28 CIDN y esparcimiento, art. 31 CIDN; derecho a la libertad ambulatoria, art. 37 CIDN), es que formulo la reserva de interponer oportunamente el caso constitucional ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (Art. 10 de la Constitución de la Ciudad) y recurso extraordinario federal ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Art. 14 de la ley 48), para el supuesto improbable en que dichos planteos no fueran aceptados por V.S.

XIV. AUTORIZA

XV. PETITORIO.

En consecuencia, en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas precedentemente, solicito al señor Juez que:

1. Me tenga por presentada, por parte en el carácter invocado, y por constituido el domicilio indicado.
2. Tenga por ofrecida la prueba y acompañada la documental.
- 3.- Se haga lugar a la medida cautelar solicitada.
4. Dé traslado de la presente acción al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
5. Oportunamente, se haga lugar al amparo interpuesto, ordenando a la accionada a otorgar en forma inmediata y eficaz el dictado de la medida.
6. A todo evento, tenga por efectuada la reserva del caso constitucional y federal.

***PROVEER DE CONFORMIDAD que
HARA JUSTICIA***