



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

PROMUEVE ACCIÓN DE AMPARO. SOLICITA MEDIDA CAUTELAR.

Señor Juez:

Laura Cristina Musa, en mi carácter Asesora General Tutelar (designada por Decreto N° 272/2007 B.O.C.B.A. N° 26 30 del 22/02/07), con domicilio real en la calle French 2741, 8° piso, depto. "C" de esta Ciudad, y **Juan Carlos Toselli**, Asesor Tutelar N° 2 de lo Contencioso Administrativo y Tributario, con domicilio real en la Av. Caseros 2774, Piso 5° "C" de esta Ciudad, constituyendo domicilio procesal en la calle Combate de los Pozos 155, 7 piso, de la Ciudad de Buenos Aires, a V.S. nos presentamos y respetuosamente decimos:

OBJETO.

En el carácter invocado, venimos 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 Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes-**, con domicilio en la calle Uruguay 458 de esta Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de que se le ordene cesar en su omisión de realizar todas las acciones necesarias para remover los obstáculos que impiden el efectivo acceso a la protección y efectividad de los derechos a la convivencia familiar de los niños **C. D., L. E., M. B., J. D. y M. A. J.**, junto a su padre, **A. J.**. Estos niños, en virtud de las omisiones del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en tanto no cumplió con su obligación de generar el acceso a una política pública respetuosa de su derecho a la convivencia familiar, ni ejerció ninguna acción para remover los obstáculos que impidieran dicho acceso, actualmente se encuentran injusta e irregularmente institucionalizados por razones de pobreza.

En lo inmediato, solicitamos que se ordene al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que externe a los niños, través de la provisión de recursos suficientes y aptos para garantizar la convivencia familiar y la vivienda digna de los niños junto a su padre.

Como **medida cautelar** petitionamos que, hasta tanto se dé una solución definitiva, se ordene a la demandada adoptar sin dilaciones todas las medidas necesarias a fin de garantizar la convivencia familiar de los niños C. D.,



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

L. E., M. B., J. D. y M. A. J., junto a su padre, A. J., así como también la disposición de recursos que permitan la subsistencia de la familia.

II. LEGITIMACIÓN.

Que en orden a lo dispuesto por los artículos 14 y 125 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley N° 1903 y la Res. 37/09, nos encontramos facultados para promover la presente acción.

Conforme el artículo 1 de la ley 1903 el Ministerio Público Tutelar tiene como función esencial “promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social”.

En particular, el decreto 1527 del año 2003 establece en su artículo 1 que *“la autoridad judicial competente a fin de realizar la comunicación, prevista en el Art. 73 de la 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”*.

Por ello, dado que la Asesoría General Tutelar es la autoridad competente a quien se le practica la comunicación de las medidas de internación de los niños, niñas y adolescentes, le corresponde velar por la legalidad de procedimiento de las medidas adoptadas que resuelven la institucionalización de niños.

III. COMPETENCIA.

La competencia del Tribunal se fundamenta en el artículo 7 de la Ley de Amparo local (Ley N° 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. BREVE DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

A los fines de procurar mayor comprensión respecto del escenario institucional y legal en el que se produce el caso que nos convoca, 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 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.

Tanto la CDN, como la ley nacional 26061, establecen el derecho de los niños 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. Por ello, la ley 26.061 dispone que las medidas excepcionales deben respetar los requisitos de subsidiariedad y lapso más breve posible. Esto 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

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).



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

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 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 .

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 adolescentes**³, como organismo cuyo objetivo primordial es diseñar y desarrollar un sistema articulado de efectivización, defensa y resguardo de los derechos de la infancia⁴.

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.

² B. Of. 15/06/07

³ Ley 114, Art. 45

⁴ Ley 114, Art. 60 y 61



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

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. 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.

El día 7 de enero de 2008 los **cinco hermanos J.**, a saber: **L. de 12 años**; **C. de 9 años**, **M. B. de 7 años**, **J. de 4 años** y **A. de 3 años**, son ingresados por disposición de la Guardia Permanente de Abogados– Programa perteneciente al Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a la institución de albergue “Nuestra Señora del Valle”, establecimiento perteneciente a la Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Buenos Aires.



Según surge de la nota enviada por la Dra. C. A. de la Guardia Permanente de Abogados a la Dirección Gral. de Niñez y Adolescencia, en la cual se solicita las vacantes para el ingreso de los niños en una institución de albergue el pedido se origina a raíz de la consulta N° 067/08 efectuada por el Programa Buenos Aires Presente dependiente del Ministerio de Desarrollo Social del GCBA ***“...a partir de la situación de cinco niños que fueron desalojados de la casilla donde vivían, y no cuentan actualmente con vivienda. Los niños son L. J. de 12 años de edad, C. J. de 9 años de edad, M. B. J. de 7 años de edad, J. J. de 4 años de dad y A. J. de 3 años de edad...”***.

Hoy, a más de un año y medio después de aquella fecha, los cinco hermanos permanecen institucionalizados, actualmente en el Hogar Misericordia, por idénticos motivos –falta de recursos económicos –; y en razón del incumplimiento de las obligaciones a cargo del poder ejecutivo local de proveerles las políticas públicas adecuadas para que puedan egresar junto a su padre y retomar así la convivencia familiar, obligando a esta instancia a promover la presente acción como única vía para exigir dicho cumplimiento.

En el ínterin, el relato de los hechos que a continuación siguen, a saber:

El día 31 de enero de 2008, la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, comunica a esta instancia el ingreso de los hermanos M. B., M., L. E.E, J. y C. J. al Hogar Nuestra Señora del Valle. A raíz de ello, y tomando conocimiento a partir de dicha comunicación de la institucionalización de los niños, en cumplimiento del Decreto 1527/03 y del art. 73 de la Ley 114 que determinan el circuito legal previsto para la internación de niños en el ámbito de la CABA, desde esta Asesoría, se enviaron los Oficios AGT N° 2479/08 al Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CDNNyA) y los Oficios AGT N° 2036/08, AGT N° 2042/08, AGT N° 2054/08 y AGT N° 2111/08 a la Defensoría Zonal Caballito-Parque Centenario, organismo dependiente del Consejo de Derechos, a fin de solicitar: *“...1) Copia del acto administrativo que adopta la medida de protección especial de derechos - conforme Arts. 36 y sgtes. de la ley 114 y Art. 33 de la ley 26.061. De la misma deberá surgir: defensoría interviniente, fecha en la que se adopta, plazo temporal, fundamentos y argumentos que motiven la medida, cumplimiento de las garantías exigidas por el Art. 27 de la ley 26.061 y Art. 17 ley 114. Si hubiere, constancias de la conformidad que preste la niña y/o su representante legal para la medida que se adopta. 2) Datos del abogado asignado para la asistencia técnica del niño según lo contemplado en el Art. 27*



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

inc. c de la ley 26.061. 3) Constancia de notificación de la medida al niño y a su abogado.-“

Con fecha 12 de mayo de 2008, la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, comunica a esta instancia el traslado de los hermanos M. B., M., L. E., J. y C. J. del Hogar Nuestra Señora del Valle al Hogar Misericordia donde permanecen hasta el día de la fecha.

Los oficios previamente no fueron respondidos por el Consejo de Derechos, obligando a reiterarlos a fin de obtener la información requerida acerca de la institucionalización de los niños en cuestión. El 7 de julio de 2008, entonces, a través de los Oficios AGT N° 2036/08, AGT N° 2042/08, AGT N° 2054/08 y AGT N° 2111/08 y con fecha 7 de noviembre de 2008, a través del Oficio AGT N° 3463/08 se reiteran los oficios iniciales, reclamándole nuevamente a la Defensoría Zonal y remitiendo copia de estos Oficios a la Presidencia del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que responda la información allí solicitada ya que los niños permanecían institucionalizados. Frente al silencio absoluto del organismo se vuelve a reiterar a la Defensoría Zonal el pedido de información mediante Oficios AGT N° 3692/08, AGT N° 3694/08, AGT N° 3690/08, AGT N° 3688/08 de fecha 27 de julio de 2008 de los cuales se remite copia a la Presidencia Consejo de Derechos, y Oficio AGT N° 3952/08 de fecha 17 de diciembre de 2008.

Frente a la falta de respuesta por parte del CDNNyA, con fecha 30 de diciembre de 2008 se remiten a la Defensoría Zonal los Oficios AGT N° 4184/08, AGT N° 4192/08, AGT N° 4190/08, AGT N° 4188/08 y AGT N° 4194/08, reiteratorios de los anteriores de los que también se remitió copia a la Presidencia del Consejo de Derechos.

Por último, con fecha 30 de abril del corriente se reitera al Consejo de Derechos el pedido de información mediante Oficios AGT N° 987/09, AGT N° 988/09, AGT N° 989/09, AGT N° 990/09 y AGT N° 991/09.

El día 12 de mayo del corriente año se recibió en la Asesoría las notas remitidas por la demandada bajo los Nros. COJ N° 2823/2824/2825/2826 y 2827- CDNNyA-2009 –todas ellas de idéntico tenor- las cuales en modo alguno dan respuesta a la información requerida a través de los reiterados oficios librados.

Así las cosas, con fecha 29 de mayo del corriente, desde la Asesoría General Tutelar (AGT) se promueve una acción de amparo por falta de acceso a la información (Ley 104 de la CABA). Como consecuencia de dicha acción, con fecha 23 de junio de 2009 el Consejo de Derechos dicta una medida



de protección especial mediante la cual “convalida” el alojamiento de los niños desde el 7 de enero de 2008, sin implementar ninguna medida de protección de derechos para el acceso del grupo familiar a las políticas públicas que permitirían el regreso de los niños junto a su padre. Ello teniendo en cuenta que la institucionalización de los niños se origina en una situación supuestamente puntual y de urgencia momentánea (el incendio de su propia vivienda).

El relato precedente pone en evidencia una notoria y lamentable orfandad en el obrar del Consejo de los Derechos, quien –después de un año de insistentes pedidos de información- recién a partir de la interposición de una acción judicial, se aviene a “regularizar” espasmódicamente y en virtud de la acción de amparo iniciada por la Asesoría General por acceso a la información (autos “Asesoría General Tutelar (Oficio N° 2479) contra GCBA sobre Amparo”, Expediente 34.030, que tramita ante el Juzgado N°8, Secretaría 16), la institucionalización de los hermanos J. a través de una medida de protección especial que –tal como se dijo- no remueve los obstáculos que impiden el retorno a la convivencia familiar sino que intenta formalizar de manera retroactiva el accionar del organismo a lo largo de un año.

Al respecto, de los informes remitidos por el HOGAR MISERICORDIA, donde los chicos permanecen alojados desde el 9 de Mayo de 2008, surge con claridad meridiana la carencia de recursos económicos del grupo familiar como única causal de su institucionalización y separación familiar.

Así en el informe de Agosto de 2009, puede leerse: *“PROPUESTAS Y SUGERENCIAS”: El padre de familia ha evidenciado períodos de inestabilidad demandas excesivas y saturación ante la gran dimensión de su responsabilidad. Sin embargo, a efecto de evaluar sus posibilidades se permitió que los niños permanecieran con él en las vacaciones de invierno. Así como en los fines de semana. Salvo en algunas oportunidades en la que reintegro menores antes de lo previsto por no contar con recurso económicos suficientes; no se presentaron otras dificultades de magnitud. El hogar proveyó ayuda. Se ha entregado a A. \$ 100 cada fin de semana y se lo ayudó con mercaderías...los niños siempre quieren estar con A. y aseguran que lo pasan bien. **Por lo expuesto el énfasis de la problemática reside en el aspecto económico...*** En idéntico sentido puede leerse en el informe remitido a esta Asesoría en Abril de 2009: *“Informe habitacional de la vivienda paterna: A. alquila una habitación de 3x4m, por la que abona \$ 400 mensuales, agregándose baño, cocina y un patio, Informe laboral e ingresos: A. es ayudante de albañil, ganando mensualmente un promedio de \$ 800. Sábados y domingos se ocupa del cuidado de coches en las inmediaciones de canchas de fútbol, por lo que gana \$ 50 o \$ 60 por cada día y el Informe laboral e ingresos.”.*



Asimismo, dichos informes dan cuenta del vínculo existente entre el padre y sus hijos y del deseo de todos de permanecer juntos, así como también de la inexistencia de impedimento alguno –salvo la pobreza - para que esto pueda realizarse. En el último informe señalado puede leerse: *“Dinámica familiar: Siempre asegura que su convivencia con su padre es la que le produce mayor bienestar. Los fines de semana que pasa él con su padre y hermanitos, va a visitar a sus tías y amigos. Ve televisión, van a la plaza. Su relación con el progenitor es sin conflictos, con sus hermanos también, aunque se le recomienda una mayor continencia.”*

En definitiva, del relato de los hechos se concluye que la realidad actual es que la precaria situación económica del padre de los niños, sólo le permite retirar a sus cinco hijos durante los fines de semana a partir de la ayuda que le brinda el hogar donde se encuentran institucionalizados sus hijos. Paralelamente, no existe ninguna acción desplegada desde el organismo de protección de derechos tendiente a remover los obstáculos económicos que impiden el retorno de los niños al seno familiar, los cuales son manifiestos.

VI. LA OMISIÓN DE LA AUTORIDAD. LA CONDUCTA ILEGAL IMPUGNADA.

En primer término, los niños J. hoy están separados de su grupo familiar y se encuentran internados en instituciones de alojamiento, por disposición del propio Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes del Gobierno de la CABA. Ello responde exclusivamente a la falta de recursos económicos, es decir a situaciones de pobreza.

Por otro lado, la internación se lleva a cabo de manera irregular ya que no se adoptaron ninguna de las medidas de protección de derechos apropiadas al caso, y **como primera medida, se optó por la alternativa más gravosa para los niños: separarlos de su medio familiar y comunitario y vedarles el derecho a convivir en familia.**

La actuación del Consejo a todas luces vulnera los derechos contenidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, y la normativa local aplicable.

La Ley 114, en sus disposiciones generales, establece claras obligaciones que se encuentran palmariamente incumplidas, cuya consecuencia es la permanencia de los niños en dispositivos de alojamiento.



El artículo 5, dispone la obligación de remover obstáculos que limitando de hecho la igualdad, impidan el pleno desarrollo de los niños.⁵ Por su parte, el artículo 6 establece la obligación de efectivización de los derechos, disponiendo “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.”

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 de aquellas situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías contemplados en la dicha ley.

La Ley, a su vez, dispone la garantía de igualdad⁶. También incorpora expresamente el derecho a la **convivencia familiar**, en tanto dispone “Art. 25 - Derecho a la Convivencia familiar y comunitaria. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser criados y cuidados por sus padres y a permanecer en su grupo familiar de origen, en una convivencia sustentada en vínculos y relaciones afectivas y comunitarias. En el artículo Art. 26 en miras de preservación el grupo familiar, expresamente dispone que la “carencia o insuficiencia de recursos materiales del padre, madre o responsable no constituye causa para la separación de la niña, niño o adolescente de su grupo familiar. La convivencia dentro de otros grupos familiares constituye una situación excepcional”.

Vale destacar que esta prohibición tiene como antecedente el funcionamiento histórico del modelo de la situación irregular, donde, basados en criterios segregacionistas y positivistas el “Patronato de Menores”, asume a través de mecanismos unilaterales y privativos de derechos – la atención de la infancia pobre. La simple condición de pobreza generaba la respuesta de institucionalización por parte del Estado. Vale recordar que tales internaciones

⁵ Artículo 5: “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.”

⁶ Establece al respecto que “Los niños, niñas y adolescentes tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se les reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, ideología, religión, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica, creencias culturales o cualquier otra circunstancia que implique exclusión o menoscabo de ellos, de sus padres o responsables. Las normas legales y reglamentarias de cualquier naturaleza deben aplicarse a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación alguna.”



se llevaban a cabo de manera discrecional y por tiempo indefinido. Estas prácticas han sido no sólo derogadas sino que prohibidas por la normativa nacional e internacional vigente, obligando al Gobierno a brindar respuestas compatibles con los derechos humanos.

La Ley dispone que los derechos fundamentales de los niños no pueden vulnerarse aún más por la ausencia de recursos económicos. Así, establece el artículo 43 de dicha ley: **“Desjudicialización de la pobreza.** Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, **las medidas de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas, que deben brindar orientación, ayuda y apoyo incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de niñas, niños y adolescentes.**” (el resaltado es propio).

En este caso, en lugar de dar cumplimiento a las funciones previstas legalmente y agotar a través de los mecanismos previstos todas las acciones para garantizar los derechos de los niños, el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes dispuso como primera medida la internación de los niños, incluso en un primer momento separados entre sí. **La internación, tal como lo dispone el artículo 44, debe ser excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible,** en el caso en cuestión **no** se cumplen de ningún modo estas características.

Resulta más preocupante aún la persistencia del G.C.B.A en su proceder. El Consejo ejecuta como primera opción la internación de los niños, fundamentando esto en la situación de pobreza familiar. Transcurridos varios meses de ello, los niños se encuentran en la misma situación, y el Consejo, lejos de cumplir con su misión legal no ha realizado gestiones eficientes y, sintetiza su nuevo accionar en prorrogar y reiterar, en los mismos motivos originarios por lo cual los internaron en un primer momento. Ello significa que estos meses no fueron utilizados para avanzar en gestiones, acciones o medidas en miras de preservar los derechos de los niños. En los meses de institucionalización, los niños pasaron inadvertidos para la administración pero no así para los niños que pasaron meses de su corta vida en instituciones, vedados de la convivencia familiar.

Lo mencionado significa que en un primer momento no sólo omiten garantizar derechos sociales básicos a los niños, sino que la respuesta de la



política pública es la internación indefinida, ya que en lo hechos nada hacen para modificar las circunstancias que motivaron la situación de internación.

Como consecuencia, no sólo los niños han sido internados por motivos de pobreza, sino que su permanencia en las instituciones son los mismos motivos: ingresaron por ser pobres y permanecen allí por ser pobres.

Teniendo en cuenta la normativa mencionada, y la cadena de omisiones e incumplimientos, la conducta del Consejo resulta absolutamente violatoria de 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.

Las omisiones tanto injustificadas cuanto arbitrarias en las que incurre el Consejo resultan de suma gravedad. Se trata del organismo encargado de adoptar las medidas de protección de los derechos de los niños en cada supuesto en particular y, en su caso, de realizar todas las **acciones necesarias para remover los obstáculos que impiden el efectivo acceso a la protección y efectividad a tales derechos** (Art. 39 de la Constitución CABA, Art. 5 Ley 114) . Sin embargo, en el caso que nos ocupa el Consejo no cumplió y permanece hasta el día de la fecha sin cumplir con sus obligaciones institucionales.

Cabe señalar que el Consejo Derechos Niños, Niñas y Adolescentes y la Dirección General de Niñez y Adolescencia (dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y organismo que provee recursos y programas sociales), han dictado la **Resolución Conjunta N° 137 MDSGC/ CDNNyA/ 09, que resulta pertinente traer a este acción para seguir analizando este caso.**

Previo comenzar el análisis de las situaciones contempladas en la misma y las obligaciones asumidas por cada organismo en función de su competencia, resulta interesante señalar lo establecido en sus considerandos en cuanto al mandato que tienen el Consejo como organismo local de aplicación de la ley 26061 y 114.

Al respecto, se señala que *“la ley 114 establece entre las atribuciones del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, **instrumentar los circuitos indispensables** para garantizar la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”*. Asimismo, del párrafo siguiente surge que *“(...) El Consejo tiene a su vez la potestad de **dictar medidas de efectivización de derechos**, comprendiendo las acciones positivas para que se **garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato** y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales”*. A su vez,



continúa diciendo “(...) como autoridad de aplicación de la ley 26061 y la ley 114, el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (...) cuando tome conocimiento de alguna amenaza o violación de derechos de niñas, niños y adolescentes **debe implementar las acciones de protección integral necesarias para la restitución de los mismos**” (el destacado no pertenece al original).

Tal como lo dispone el punto 1 del Circuito de Intervenciones entre el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Dirección General de Niñez y Adolescencia, el Consejo debe solicitar a esta Dirección el acceso a la política pública que corresponda para restituir el derecho que encuentra vulnerado (apartado c). A su vez, cuando la vulneración del derecho sea consecuencia **de la falta de acceso a una política pública** que no amerite la adopción de las medidas, **el Consejo debe poner en conocimiento a las áreas correspondientes del Gobierno quienes deben solicitar el recurso directamente al programa competente** (apartado d).

Cabe aclarar especialmente que según el propio circuito señalado, ante la ausencia de respuesta respecto a la solicitud de recurso por parte de la Dirección de Niñez “la Dirección Ejecutiva del CDNNyA determina las acciones a seguir, **la intervención de la autoridad judicial** que corresponda e informa a **la Procuración General y a la Jefatura de Gabinete de la Ciudad.**” (el resaltado es propio).

A esta altura, resulta evidente que el Consejo como la Dirección de Niñez del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, **debe adoptar todas las medidas que remuevan los obstáculos que impidan la externación de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados a fin de asegurarles, con absoluta prioridad, la efectivización de sus derechos, en el marco de la convivencia con su familia.**

En definitiva resulta alarmante que el organismo dedicado a la protección de los derechos de la niñez y adolescencia en la CABA no cumpla con las obligaciones que imponen las leyes 26061 y 114 en virtud de lo prescripto en los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional.

Las obligaciones asumidas por el GCBA de respetar y garantizar los derechos de convivencia familiar, así como también el respeto al principio de igualdad y no discriminación y el principio de autonomía personal, no pueden ser soslayadas sobre la base de una supuesta falta de disponibilidad específica de recursos presupuestarios. Ello, no sólo sería contrario a la propia letra de la Constitución local, sino que además atentaría contra la doctrina instaurada por



el Máximo Tribunal de la República a partir de normas consagradas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la Constitución Nacional.

Tal como sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación “...el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”.⁷ La Corte también ha admitido la posibilidad de cuestionar la omisión del legislador de incorporar al presupuesto los créditos necesarios para garantizar el goce de los derechos constitucionales (conf. “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, Fallos: B. 675. XLI.).

Las cuestiones presupuestarias no pueden limitar *prima facie* el ejercicio de los derechos fundamentales. Este impedimento se profundiza aún más si se trata de casos en los que se encuentran **vulnerados los derechos constitucionales de los niños**. En este caso resulta aún más alarmante ya que el Gobierno de la Ciudad asume en la actualidad un costo monetario ya que se encuentra pagando a las instituciones en donde viven los niños una beca mensual fija.

En realidad, el factor económico gravita de manera positiva en este caso, 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...**”

Por su parte, 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.*” (El destacado es propio)

⁷ Conf. causas “Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional”, Fallos: 323:1339; “Monteserín, Marcelino c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos: 324:3569; “Campodónico...”, cit., etc.; en el ámbito local, véase, por todas, Sala I, “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario c/ GCBA”, sent. del 25/6/07, cons. XI y sus citas. En sentido similar la Corte se expidió en los casos “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, CSJN, 19 de octubre de 1995) y “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, 03 de mayo de 2005.



En este sentido, en las Orientaciones Generales para los informes periódicos emitidos por el Comité de los Derechos del Niño, en el año 1996, se expresa **la prioridad presupuestaria que deben tener los Estados para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.**⁸

En definitiva, lo que el Consejo no hizo y estaba obligado a hacer, es gestionar todas las acciones y recursos necesarios para asegurar la convivencia familiar de estos niños y evitar la separación del grupo familiar a través de la institucionalización de los niños. Éste es finalmente el reclamo concreto hacia el Consejo, que se traduce en una intolerable omisión, lesiva de los derechos de los niños a su derecho a la convivencia familiar, a través de una práctica cuestionada históricamente, como es la respuesta institucionalizada de la pobreza.

VII. DERECHOS CONCULCADOS.

LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS SEPARADOS DE SU FAMILIA POR RAZONES ECONÓMICAS.

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.

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

⁸ 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 343ª sesión (13º período de sesiones), celebrada el 11 de octubre de 1996). El resaltado no obra en el original.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

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”.

Así, nuestro ordenamiento jurídico, 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.

Como ya se mencionó, este tratado cuenta con la jerarquía constitucional; 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 sólo de los jueces sino también de la administración pública⁹.

Tal como se dijo precedentemente, el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes se encuentra facultado para el dictado de medidas que importen la separación del niño de su medio familiar, éstas son la **medida excepcional** prevista en el Art. 39 de la Ley 26.061 y la **medida de protección especial** contemplada en el Art. 44 de la Ley 114. En su rol de autoridad local de aplicación del Sistema de Protección Integral consagrado en la Ley 26.061, conforme ley 2339, el Consejo debe actuar de conformidad a los lineamientos fijados por dicha ley además de los que establece la normativa local (Ley 114). Al respecto ambas leyes, la Nacional y la local, son contestes en exigir que en ningún caso la separación de un niño de su grupo familiar puede ocurrir por razones de pobreza.

Al respecto la Ley Nacional 26.061 impone en su normativa los lineamientos a los cuales los organismos administrativos de aplicación de la ley deben ajustar su actuación en el dictado de las medidas de protección de derechos, a saber, “Art. 33: “Medidas de Protección Integral de Derechos. Son aquellas emanados del órgano administrativo local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias...**La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños o adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes**

⁹ Astorga Bracht Sergio y otros c/ COMFER Decreto N° 310/1998 s/amparo. 14/10/04



mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”; Art. 34: “Finalidad. Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias” Art. 35: Aplicación: **Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes.** Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares”, Art. 37 Medidas de Protección: Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Aquellas tendientes que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar...”¹⁰

En este caso, la medida mediante la cual se dispuso la separación de los chicos de su padre, fue en principio irregular, ya que tal como fue planteado previamente, los niños fueron internados sin un acto administrativo que encuadre jurídicamente la decisión del consejo. Peor aún, dicha irregularidad fue puesta en evidencia por esta parte, cuando en el marco de una acción judicial por acceso a la información, el CDNNyA reconoce no haber dictado acto administrativo alguno donde motive y fundamente la medida de internación de los niños incumpliendo así con el debido proceso de los niños y sus obligaciones como órgano local de protección de derechos (ley 114 – ley 2339).

Esto viola los artículos 43 y 44 de la Ley 114 que, como ya se mencionó, establecen la desjudicialización de la pobreza y el principio excepcionalidad de la internación. De la mera lectura de la medida de protección especial que dispuso la internación, se advierte la ilegalidad de la misma dado que el derecho vulnerado era el acceso a la convivencia familiar y en vez de disponer la inmediata aplicación de un programa social para la “sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de los niños, niñas y adolescentes” (conf. art 43), el órgano de protección dispone la vulneración de otro derecho, a permanecer dentro de su grupo familiar (Art. 9 CDNNyA; etc.).

A poco de leer las medidas que disponen el ingreso de los niños J. en las instituciones de albergue, donde aún permanecen, se advierte que el

¹⁰ El resaltado es propio.



organismo de protección ha renunciado a cumplir con sus obligaciones eligiendo vulnerar los derechos de estos niños antes que exigir al Estado infractor que cumpla con su obligación de procurar la vivienda digna para ellos y su grupo familiar a que tienen derecho. Al respecto, es dable destacar que el Sistema de protección implicó poner en la órbita del poder ejecutivo las cuestiones sociales para que sea en el ámbito del poder que dispone de los recursos donde se adopten las medidas para los problemas sociales. De esto se hablaba cuando se celebraba la desjudicialización de la pobreza, sin embargo cuando es el propio Poder Ejecutivo el que en un caso como el presente en vez de dictar las medidas de protección que tiene a su alcance, opta por separar al niño del grupo familiar, no se advierte cuál es la diferencia con el derogado patronato.

Al respecto y más allá de la angustia imaginable que la separación de sus seres queridos debe producir a los niños J., y el desamparo que debe causarles vivir en una institución de albergue, mucho se ha escrito respecto de los efectos negativos que conllevan estas experiencias. En tal sentido se ha destacado "...el retraso intelectual y especialmente el lenguaje (Golsfard 1945; Spitz, 1946), el retraso y deficiencia en el crecimiento (Backwin, 1949) y, de forma muy especial, la incapacidad para establecer relaciones afectivas profundas con los demás. Todos los autores implicados en estos estudios han enfatizado el carácter de irreversibilidad o al menos de negativo pronóstico para el tratamiento de los trastornos así originales. Este tipo de investigaciones y hallazgos tuvieron una enorme importancia social, ya que pusieron las voz de alarma de una situación claramente inadecuada".¹¹

En idéntico sentido la entonces 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, ha señalado: "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".¹²

¹¹ Conf. Fernández del Valle, J y Fuertes Zurita, J. "Acogimiento residencial en la Protección a la Infancia", Madrid, Ediciones Pirámide, 2000, p.31).

¹² Prólogo del Informe "Privados de libertad-Situación de niños, niñas y adolescentes en Argentina" –Unicef- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina- 2006.



Es así que mediante esta acción se pretende el inmediato cese de la vulneración de ambos derechos de los niños, el de acceder a una vivienda acorde a sus necesidades y el de retomar la convivencia con su grupo familiar.

La jurisprudencia del Fuero se expidió concretamente respecto de la operatividad de tales derechos.

Así, en cuanto a la protección del derecho de los niños a desarrollarse y convivir en el seno familiar, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad resolvió, en un caso, que habiendo el Magistrado de la Instancia anterior hecho *“...lugar a la acción de amparo promovida por R. A. P. y L. A. G., ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que mantenga al grupo familiar de los accionantes, en tanto perdure su situación de pobreza crítica, en algún programa de emergencia habitacional que contemple su **condición de grupo familiar**”* (fs. 116/117 vuelta). (el destacado me pertenece. 21/05/2008, Expte. nº 5536/06: “P., R. I. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”

En el mismo orden de ideas, la **SALA I** del Fuero, in re “T. D. R. S. Y OTROS C/ GCBA S/ AMPARO (ART. 14 CCABA)” , EXPTE: EXP 8336 / 0 Buenos Aires, de diciembre de 2003. recordó que *“... una solución contraria implicaría dificultar el contacto del menor L. N. con su padre y vulneraría la protección prevista a favor de los menores por el art. 39 CCABA, apartándose ostensiblemente del interés superior del niño (arts. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y 2 de la ley 114), el cual constituye la consideración primordial que debe atender este Tribunal. La Convención citada prevé el deber de asegurar a los niños y adolescentes la efectivización -entre otros- de su derecho a la vivienda (art. 6); la garantía de prioridad en la asignación de los recursos públicos para la ejecución de políticas en las áreas relacionadas con esos derechos (art. 8); la preservación de las relaciones familiares (art. 13); el derecho de los niños a ser criados y cuidados por sus padres y permanecer en su grupo familiar de origen; y establece expresamente que “[l]a carencia o insuficiencia de recursos materiales del padre, madre o responsable no constituye causa para la separación de la niña, niño o adolescente de su grupo familiar” (art. 26)...”*

En cuanto a la operatividad del derecho a una vivienda digna, en los autos “M. B. R. Y OTROS C/ GCBA Y OTROS S/ AMPARO” EXP Nº



26034/0, en el mes de diciembre de 2008, se expidió recordando que “..IX.2. En particular, el derecho de acceso a la vivienda ha recibido expresa recepción en nuestro ordenamiento. La Constitución Nacional dispone en su artículo 14 bis, tercer párrafo, que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) el acceso a una vivienda digna”. A su vez, algunos tratados internacionales —que en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22, CN, gozan de jerarquía constitucional—, han consagrado expresamente el derecho a la vivienda. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial (...) la vivienda...”. Por su parte, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre expresa que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a (...) la vivienda...”. En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé en su artículo 11 que “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...”. También la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establecen similares previsiones. Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que 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” (art. 27.2). Por su parte, en el ámbito local, la Constitución establece, en su artículo 10, 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. Éstos 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”. El artículo 20, CCBA, dispone que “se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”. En igual sentido, el artículo 31 dispone que “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



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

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”

A su turno, la SALA II en el Exte. 28517 SANABRIA ALICIA LORENA CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA) ordenó al GIBA provea a los actores II.- ..-un subsidio que les permita a los actores abonar en **forma íntegra** un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten... (el destacado me pertenece).

Consideró que “8.... tal como dejara sentado la disidencia en autos “Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ desalojo”, del 9/4/02, en materia de derecho a la vivienda, mediante la promulgación de la ley fundamental local, la Ciudad ha asumido obligaciones más amplias que las previstas en la Constitución Nacional...”

En cuanto al desarrollo de **políticas sociales**,”... la Constitución local tuteló prioritariamente a las personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad social, estableciendo como obligación estatal la coordinación de los programas tendientes a superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos (art. 17 CCABA). A su vez, la remisión no se agota originariamente en la Constitución local. Los tratados internacionales recogidos en el texto constitucional nacional, resultan, a su vez, fuentes de contenido en la materia. Así, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 11, expresa: “[l]os 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.” De lo expuesto se colige que el constituyente ha tenido en miras garantizar preferencialmente los derechos de las personas de los sectores sociales más desprotegidos y ha impuesto al Estado la carga de promover las



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

políticas públicas tendientes a excluir paulatinamente la pobreza y las situaciones que constituyen un verdadero obstáculo para el efectivo desarrollo de la persona. En otras palabras, deberá tomar acciones positivas para cumplir tales fines...”

2. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY. DISTINCIÓN ARBITRARIA E IRRAZONABLE. ESTIGMATIZACIÓN.

De lo hasta aquí mencionado, han quedado en claro dos cuestiones relevantes para la correcta resolución del presente caso: por un lado quiénes son los sujetos dañados con el comportamiento omisivo del Consejo, pero por el otro, el carácter de desaventajados en términos de su condición social y posición económica.

Es claro que los niños están institucionalizados por su condición económica desaventajada; si tuvieran recursos suficientes, vivirían con su padre. El Consejo de esta manera, no resuelve tal situación sino que reacciona de manera revictimizadora para los niños: separándolos de su padre e internándolos de manera indefinida en un establecimiento y, absurdamente pagándole una fija mensual a dicho establecimiento para procurar la manutención de los niños.

Por esta razón, se constituye un caso flagrante de discriminación por condición social y posición económica, que vulnera las normas fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, que consagran el derecho a un trato igualitario y la prohibición de la discriminación.

Si se tratara de niños con los recursos económicos propios, esta acción de amparo no sería necesaria, ya que vivirían con su familia, y de esta manera no quedarían sometidos a las consecuencias negativas que la institucionalización innecesaria pudiere implicarles, y además podrían gozar de sus derechos al disfrute de la convivencia familiar, una vida plena, derecho a la educación, esparcimiento, derecho a la libertad ambulatoria y de esparcimiento, entre otros.

Las obligaciones emanadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como veremos, apuntan no sólo a lograr la “igualdad formal”, sino –y sobre todo- a garantizar una **“igualdad sustantiva”**.



Someramente, la Corte expresó en el precedente “Yatama”¹³ que el principio de igualdad *“posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, **combatir las prácticas de este carácter** y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”*; y que *“El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”*¹⁴.

Así, son varias las consecuencias de este abordaje del principio de igualdad y no discriminación. La primera de ellas es que el Estado no sólo tiene el deber de no discriminar, sino que ante ciertas situaciones de desigualdad de índole estructural, tienen la obligación de adoptar acciones afirmativas o positivas de equilibrio para asegurar el ejercicio de los derechos por ciertos grupos subordinados.

En este caso, las medidas que debe tomar el Estado consisten en poner a disposición de la familia de los recursos necesarios para poder garantizar los derechos a la convivencia familiar de los niños J..

Pero la segunda consecuencia, y que resulta sumamente relevante en el caso presente, es que es posible violar el principio de igualdad a partir de prácticas o políticas que aún siendo en apariencia neutrales, **pueden tener un impacto o un efecto discriminatorio sobre ciertos grupos desaventajados**.

De esta forma, decisiones u omisiones que pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector, pueden tener como **efecto la discriminación** de un sector definido y, por lo tanto, considerarse como violatoria de la regla de igualdad.

¹³ Corte IDH, caso “Yatama Vs. Nicaragua”; sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Ver en igual sentido Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, y Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, párr. 44.

¹⁴ Párrafos 185 y 186.



Las razones que impulsan adoptar este criterio son, principalmente, dos. En primer lugar, nuestra Constitución impide –como vimos– la existencia de diferentes “castas” o tipos de ciudadanos más allá de los motivos que justifiquen su existencia. Esto es, por el sólo hecho de que existan desigualdades ilegítimas entre las personas, **un Estado comprometido con el Estado de Derecho Constitucional tiene el deber de removerlas, sin importar si existe o no una intención deliberada para construir dichos estamentos sociales.** Tal como lo sostiene Nino, *“el fin detrás de la Cláusula de Igualdad es prevenir esos daños. Cualquier otra interpretación sirve para restringir la protección de ese principio y no respeta su esencia”*¹⁵.

En segundo lugar, la razón por la cual la discriminación debe juzgarse sobre la base de sus efectos, y no de las posibles intenciones, está relacionada con la imposibilidad de probar la intención del legislador. Al respecto, Kushner expresa que, en estos casos, *“el demandante debe o bien meterse en la cabeza de los legisladores y en sus estados de ánimo o presentar hechos tan contundentes que sea absolutamente innegable que el resultado discriminatorio fue el deseado”*¹⁶. En este mismo sentido, resulta prácticamente imposible demostrar con certeza –tal como lo requiere un proceso judicial– qué fue lo que pasaba por la mente del legislador al momento de tomar una decisión pública. Y aún si se pudiese, las decisiones legislativas, por el caso, pueden tomarse por diversas razones. No siempre –de hecho, en muy pocas ocasiones– las políticas públicas o bien las decisiones colectivas se toman por idénticas razones.

Este criterio ha sido ampliamente aceptado y desarrollado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este sentido, en el caso “Bosico”¹⁷ donde se discutía la validez de políticas estatales que denegaban la nacionalidad a niños y niñas, la Corte expresó que *“el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”*¹⁸.

¹⁵ Nino, E.; “Efecto o intención: ¿cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación?”, en Alegre M. y Gargarella R. (comps.), “El derecho a la igualdad”, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 247.

¹⁶ Kushner, R.; “Apartheid in America”, Gateway Associated Faculty, N. York, 1996, p. 100.

¹⁷ Corte IDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130

¹⁸ Párrafo 141. El resaltado nos pertenece.



Este abordaje, por otro lado, implica reconocer cómo ciertas acciones del Estado pueden impactar no en una persona individual, sino en un grupo o en un sector subordinado de la población. De allí que, tal como lo expresa Abramovich, “no solo van a ser violatorias del principio de igualdad aquellas normas, prácticas o políticas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sin un argumento razonable o lógico, sino también las que pueden tener efectos o impactos discriminatorio”¹⁹.

En este caso, el impacto es claro. Las omisiones del Estado en brindar los recursos necesarios para que los niños J. puedan convivir con su familia genera que estos niños sigan en la institución de albergue. El efecto de la omisión del estado, entonces, consiste en la institucionalización de los niños por su condición de pobreza, porque si tuvieran recursos económicos podrían estar en sus hogares con sus familias correspondientes.

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, ya mencionada, la obligación de remover los obstáculos para asegurar que los niños J. puedan materializar su plan de vida de manera igualitaria con el resto de los niños, niñas y adolescentes del consejo es insoslayable.

Clasificaciones Sospechosas de discriminación.

A través de las prácticas omisivas, la Administración lo único que logra es institucionalizar la carencia de bienes primarios básicos, institucionalizar la pobreza y así las cosas los niños continúan internados **por el sólo hecho de ser pobres, lo que se traduce en la violación de principios y normas de rango constitucional, supranacional y legal, tanto federal como local, en particular** los artículos. 16, 43, 75 inciso 22, de la Constitución Nacional: derecho a la igualdad, el derecho a un trato equitativo, y la protección antidiscriminatoria.

Viola el principio de no discriminación **por condición económica** consagrado en los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los arts. 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre

¹⁹ Abramovich, V.; “De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, trabajo en edición.



Derechos Humanos; el art. 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estos Pactos obligan a los Estados parte a no hacer distinciones arbitrarias fundadas en esa categoría. Dichos Tratados Internacionales tienen jerarquía constitucional, de acuerdo al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 2, punto 1, expresa que: *“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, **la posición económica**, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”*.²⁰ Además la práctica llevada a cabo por el Gobierno constituye una **violación a la norma nacional antidiscriminatoria, Ley Nº 23.592**.²¹

Por su parte, la Constitución de la Ciudad consagra el **principio de no discriminación en su art. 11**, el cual prohíbe discriminaciones basadas en la condición social y económica de las personas.²² Y refuerza este imperioso núcleo igualitario al declararse en su artículo 11 que: *“La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”*.

Surge de lo expuesto que en todos los instrumentos de derechos humanos de jerarquía constitucional, en la ley antidiscriminatoria y en la propia Constitución de la Ciudad, la “posición económica” y la “condición social” (o el origen social) son expresamente incluidas como el tipo de condiciones prohibidas para justificar un trato diferencial entre las personas.

Nuestro ordenamiento jurídico, cuando proscribe el trato discriminatorio, atiende en especial a ciertas categorías, que identifican a grupos desaventajados, y representan justamente los "criterios de diferenciación prohibidos". Esto quiere decir que cuando nos encontramos frente a un grupo que corresponde a una de las categorías previstas en la ley y recibe un trato no-

²⁰ El resaltado es propio.

²¹ El art. 1 consagra: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política y gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

²² Artículo 11 “Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, **condición** psicofísica, **social, económica** o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”.



igualitario, **la diferencia de trato activa una presunción de arbitrariedad**, pues el constituyente así lo ha considerado previamente.

En efecto, Maurino sostiene 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 discriminación; la diferenciación de trato sobre alguna de esas categorías dispara o activa una presunción de arbitrariedad constitucional”*²³

Si no se tratara de una de las categorías previstas, igualmente el juzgador tiene que analizar la razonabilidad de la distinción, pues siempre rige la prohibición de trato no-igualitario. Pero si el grupo que recibe un trato no-igualitario está incluido en una de las categorías, como sucede en el caso de autos, la discriminación se presume, y el examen de razonabilidad debe ser mucho más estricto, pues aquel grupo ha sido especialmente considerado precisamente por tratarse de colectivos que son marginados en forma sistemática, debido a las desigualdades fácticas existentes.

Siguiendo este criterio, cuando existan decisiones o prácticas que beneficien más a unos grupos que a otros, los tribunales inspeccionarán “estas decisiones con mayor atención cuando las minorías históricamente maltratadas se encuentren en desventaja”.²⁴

Cuando se excluye a un grupo determinado de un derecho que se concede a otro grupo, deben existir razones especiales y muy fundadas para justificar esa decisión, lo cual, como se apreciará, no es el caso de autos.

El Estado está constitucionalmente facultado a tratar a las personas de modo diferente, siempre que ese trato diferente se funde en un criterio justificado. Es justificado ese criterio *“cuando las distinciones que se hacen desde el poder legislativo se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”*.²⁵

La Corte Suprema de Justicia ya ha expresado que existen esas características en el caso de los extranjeros y las mujeres, dos de las categorías o circunstancias también incluidas en todos los pactos internacionales, y así también lo ha entendido el Tribunal Superior de la Ciudad.

En los casos “Repetto c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales”, “González Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, “Hooft Cornelio c/ Provincia de Buenos Aires” a partir de los votos de los jueces Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, y

²³ Maurino, Gustavo, “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.

²⁴ Dworkin, op. cit. pág. 269.

²⁵ Fallos, 238:60.



más recientemente en “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación” nuestra Corte Suprema de Justicia ha adherido a esta idea de categorías no razonables por no funcionales y ha empezado a identificar algunas otras que, en principio, nunca parecen ser razonables, o son irrazonables a priori. Ellas son similares a lo que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de Estados Unidos han denominado “categorías sospechosas”.²⁶

Así, nuestro más alto tribunal afirmó: *“...basta con recordarles a todos las palabras alguna vez usadas por la Suprema Corte de los EE.UU.: ‘Esta es precisamente la clase de opciones ... (que la ley constitucional) hizo por nosotros’ (425 U.S. 748, 770, año 1976). No hay que hacer ninguna elección, porque ésta ya ha sido hecha por los constituyentes”*; y agregó que *“aún cuando alguna ‘distinción’ o ‘discriminación’ sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican -a los fines de la eventual justificación- son muy exigentes”*, citando además antecedentes de derecho comparado que avalan esta postura, entre ellos decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de EE.UU., que exigían para justificar clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo una “justificación sumamente persuasiva”, que “sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos”, y que “solo razones muy poderosas podrán conducir a estimar compatible con la Convención una distinción fundada en el sexo”, para concluir que en el caso no se había demostrado “cuál sería el imperioso interés público” que aconsejaba excluir a las mujeres...”.²⁷

La Corte Suprema refuerza esta doctrina según la cual todas las categorías incluidas en los pactos son prima facie inconstitucionales en el fallo **“Hooft”**, donde sostiene: *“...no pueden existir normas que establezcan argentinos de primera y argentinos de segunda clase. Y que si una situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben, la inconstitucionalidad de una norma local sólo podrá ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que habría intentado resguardar y los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales, y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueve efectivamente, y además sino existen*

²⁶ Saba, Roberto, “(Des)igualdad Estructural”, publicado en Jorge Amaya (ed.), Visiones de la Constitución, 1853-2004, UCES, 2004, pp. 479-514; Maurino, Gustavo; Op. Cit..

²⁷ Voto del juez Petracchi, consid. 7, 8 y 9, en “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, 19/09/00.



otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que los impuestos por la regulación cuestionada".²⁸

Por su parte, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, también ha establecido su doctrina sobre las categorías sospechosas en votos de algunos jueces relativos a la constitucionalidad del Estatuto Docente Municipal. Tanto en "Sandez Carlos Armando c/ Gobierno de la Ciudad s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad" como en "Salgado, Graciela Beatriz c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad", donde el Tribunal decidió invalidar las normas impugnadas al acoger el agravio de los respectivos actores, referido al trato discriminatorio —fundado en la edad— que dichas normas imponían sobre un grupo de personas.

En "Asociación por los derechos civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", donde estaba en juego la nacionalidad de la actora, los jueces sostuvieron que: *"el estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera racionalidad. El Estado debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo. No basta, entonces, con señalar la licitud del fin a alcanzar, sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una clasificación sospechosa para cumplir esos fines"*.

En el fallo Salgado, el juez Maier sostuvo explícitamente la postura transcrita anteriormente y consideró que el uso de categorías sospechosas por parte de la legislación local justifica un trato especialmente considerado de parte del gobierno hacia ese grupo que ha sido históricamente postergado y que la legislación vuelve a discriminar, como en este caso el Estatuto Docente.

Más recientemente, este mismo juez en el fallo ADC sostuvo: *"a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador o por el poder reglamentador, el constituyente de la CABA ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad"*.

Con estas decisiones el Superior Tribunal de la Ciudad ha consagrado la noción de categorías sospechosas como aquellas expresiones de

²⁸ "Hooft, Cornelio c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". 16/11/04 voto de los jueces Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, (el resaltado nos pertenece)



situaciones de desigualdad estructural, expresamente resaltadas y reconocidas en diversos instrumentos constitucionales y de jerarquía constitucional.

Así como la nacionalidad o el sexo son categorías sospechosas, la condición social y la posición económica también lo son, y por las mismas razones: porque ellas protegen a grupos históricamente postergados, marginados y excluidos del goce de los derechos fundamentales y los bienes públicos. Porque estos grupos carecen de medios suficientes para que sus intereses sean procesados en igualdad de condiciones por las instituciones públicas y están sujetos históricamente a la hostilidad, desinterés y falta de consideración por parte del sistema institucional, cuando no a la persecución directa e incluso a la segregación legal.

Las personas o grupos socioeconómicamente marginados o desfavorecidos merecen una tutela especial frente a decisiones públicas que – precisamente- impacten disvaliosamente sobre ellos. Esa es la función constitucional de su inclusión en todas y cada una de las cláusulas antidiscriminatorias de las Convenciones Internacionales, la Constitución Local y la ley antidiscriminatoria Nacional.

Por ello, cada vez que un acto u omisión del gobierno o una norma emanada de la legislatura discrimine a un grupo de personas históricamente vulnerado, estará creando situaciones de desigualdad estructural, ya que favorecerá a la instalación y afianzamiento de prácticas segregacionistas que vulneran los derechos de los ciudadanos. Ello, se enmarca dentro de aquellas prácticas que producen “Desigualdad estructural”, fenómeno que se genera a raíz de una serie de dinámicas sociales reiteradas que conducen a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos.²⁹

El mecanismo de escrutinio estricto.

Cuando una norma o práctica tiene por objeto o resultado poner en desventaja a uno de los grupos identificados en base a las categorías expresamente señaladas en los pactos como “generadoras de sospechosa discriminación”, el análisis constitucional de esa norma o práctica a la luz del principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, debe realizarse en base a un criterio estricto y severo, diferente al de la mera

²⁹ TORBISCO CASALS, Neus, “La institucionalización de la diferencia: algunas notas sobre desigualdad estructural y democracia” en “Los límites de la democracia” SELA 2004, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp.39.



razonabilidad de fines y proporcionalidad de medios, pues resulta aplicable una especie de presunción de violación de estos principios en perjuicio del grupo protegido por las categorías sospechosas. En este sentido, *“El escrutinio estricto debe hacerse presente toda vez que se encuentre afectado un derecho fundamental o bien cuando se haya estipulado una clasificación discriminatoria privándose a algunos de lo que se concede a otros. Su aplicación importará invertir la carga de la prueba y por ende se presumirá que la norma o acto en cuestión es inválido, debiendo quien alega su validez, reunir elementos de prueba a tales efectos”*.³⁰

Por este motivo, a la hora de evaluar ese acto o norma posiblemente discriminatoria de un grupo desaventajado, los jueces deberán exigirle al Estado en cuestión razones mucho más profundas y excepcionales para llegar a justificar esa norma o acto. Más allá de circunstancias normales de razonabilidad o discrecionalidad (que guarden una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente), se exige la acreditación de un “interés estatal urgente” que justifique haber tomado esa medida, y la inexistencia de otras alternativas menos gravosas para los derechos del grupo afectado.

Como vimos, según la decisión de la Corte en el fallo “Hooff”, las categorías sospechosas son todas aquellas que los pactos prohíben, es decir, que siempre que una norma o un acto discrimine a un grupo de personas en base a cualquiera de las categorías enunciadas en los pactos a los que Argentina adhirió, deberá ser sometida a un alto test de razonabilidad, es decir, deberá aprobar ese “escrutinio estricto” para poder implementarse.

En el caso de autos, ya hemos visto que la omisión del Consejo afecta a los niños J. por la sencilla razón de su posición históricamente más desaventajada en términos socioeconómicos. Por supuesto, la presunción propia del escrutinio estricto no queda supeditada a la existencia de decisiones o actos del poder administrador. Por el contrario, la presunción se activa, también, ante omisiones: en la medida en que el Estado –de manera tanto estructural, como individual- institucionalice la pobreza a través de la omisión de brindar soluciones genuinas, se presume que dicha omisión es discriminatoria y, por tanto, violatoria del principio de igual consideración y respeto.

Por ello resulta imperiosa e inevitable la valoración de la práctica estatal a la luz del estándar de escrutinio estricto. El Gobierno debe ser sometido a este alto test.

³⁰ ATTA, Gustavo A., “El control de razonabilidad: escrutinio estricto”, La Ley 2003-C, pp. 247.



Y en tal sentido anticipamos que no existe ningún “interés estatal especial” que justifique dicha omisión, y mucho menos se puede considerar que el eventual interés estatal especial que existiera (que no puede siquiera concebirse) no podría servirse con medidas menos restrictivas y lesivas para el grupo afectado.

¿Cuál podría ser el interés del Estado en no permitir que los niños J. puedan vivir en un lugar donde sus derechos más fundamentales puedan ser cumplidos y efectivizados plenamente? ¿Cuál es el criterio que permite sustentar las omisiones estatales para con el grupo de los niños que carecen de recursos económicos de aquellos que poseen lo necesario para materializar sus planes de vida? La Administración, en este sentido, carece de respuestas.

VIII. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD.

No puede caber ninguna duda que frente a actos u omisiones ilegales perpetrados por la autoridad administrativa, que en forma actual y con alcance colectivo lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos constitucionalmente garantizados, serán imprescindibles acciones y decisiones judiciales acordes a la naturaleza de dichas afectaciones. Y es en ese sentido que la presente acción de amparo, conforme lo establecido por el artículo 14, apartados 1º y 2º de la Constitución local, se erige como el medio idóneo a fin de alcanzar la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales conculcados por la omisión gubernamental.

Huelga recordar, por lo demás, que la promoción de la vía amparista en nuestra jurisdicción no está sujeta a términos o plazos de caducidad, los que han sido reputados inconstitucionales por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, quien se ha pronunciado expresamente respecto del art. 4º de la ley de amparo 2145 (conf. causa “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 27 de diciembre de 2007), norma que no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico local de conformidad con lo dispuesto en el art. 113, inc. 2º CCABA. Además, el daño es continuado.

Por otra parte, la naturaleza del asunto es apta para integrar el conocimiento de una causa judicial, al tratarse de decisiones adoptadas por los poderes públicos que afectan derechos y garantías básicas de las personas, de raigambre constitucional, inclusive si han sido acordados en una ley o en un tratado.



Con respecto al carácter principal o subsidiario de la vía del amparo, el Tribunal Superior de Justicia ha dicho que el amparo “...es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial, más idóneo, esto es, más expeditivo y rápido... Por vía del amparo se realiza tanto el fin preventivo como el inhibitorio propios de la función jurisdiccional, la cual, como está reconocido desde hace décadas en la doctrina y en el derecho comparado, no se agota en su dimensión represiva” (conf. el voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz in re “T. S. c/ GCBA s/amparo”, sentencia del 26 de diciembre de 2000).

En sentido coincidente, la Sala I del fuero ha expresado sobre este tópico que “...si bien la Corte Suprema ha establecido que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que alude el texto constitucional requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo debate y prueba (Fallos, 306:1253; 307:747), no por ello puede clasificarse el amparo como herramienta excepcional. Por el contrario, ya ha señalado esta sala que toda vez que esta acción constituye una garantía constitucional, para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y garantías, la procedencia del amparo debe ser analizada con un criterio amplio.... En consecuencia, la idoneidad de la vía debe determinarse en cada caso, en función de la naturaleza y caracteres que reviste el acto u omisión presuntamente arbitrario o ilegítimo y de la concreta necesidad de acudir al proceso de amparo para evitar o hacer cesar prontamente sus efectos” (conf. entre otros, autos “Quiroga, Estela Julia c/ GCBA –Secretaría de Hacienda y Finanzas –Dirección de Medicina del Trabajo s/amparo”).

Por su parte la Sala II señaló que “La constitución define el marco en el cual propiamente el amparo sucede, pero en modo alguno califica este suceso de excepcional o general. La tarea judicial, por tanto, debe permanecer ajena a cualquier supuesto de existencia de la acción, salvo aquellos caracteres que se enuncian en la Constitución y que remiten la procedencia del amparo al acontecimiento puntual, que queda calificado como tal, en virtud de su respuesta singular a los requisitos constitucionales. Extremar la ponderación y la prudencia -siguiendo los lineamientos de inveterada jurisprudencia- en el análisis de la admisibilidad del amparo -y de cualquier pretensión que se allegue ante la Justicia- debe entenderse como hipótesis siempre actual de trabajo ante la constante renovación de ‘casos concretos’. No, en cambio, como elemento apriorístico que remita a concepciones abstractas de excepcionalidad de la acción que suponen rasgos de pertinencia con anterioridad a la consideración



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

de las circunstancias concretas de la causa” (sentencia del 10 de agosto de 2007 en los autos “Aranovich, Claudia Elsa c/ OSCBA s/ amparo”).

En definitiva, 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 CONSEJO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES. Dicha omisión consiste en no haber realizado todas las gestiones necesarias para garantizar que los niños accedan a su derecho a la convivencia familiar en una vivienda adecuada.

b) Que en **forma actual lesiona**, el derecho a la convivencia familiar, derecho a un sistema de protección integral de derechos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación y autonomía personal. Asimismo, la conducta omisiva, 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 acciones para revertir la internación por razones económicas, y el dictado de una medida de internación vulnerando con ello todo el régimen jurídico aplicable.

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).

IX. MEDIDA CAUTELAR.



Tal como se expresó en el objeto de la acción, dada la gravedad y la urgencia que requiere la atención de los derechos de los niños involucrados, solicitamos que, como medida cautelar, mientras dure el trámite de esta acción, se ordene a la demandada adoptar sin dilaciones todas las medidas necesarias a fin de garantizar la convivencia familiar de los niños **C. D., L. E., M. B., J. D. y M. A. J.**, junto a su padre, **A. J.**, así como también la disposición de recursos que permitan la subsistencia de la familia.

El artículo 177 del CCAyT determina que *“Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo..., aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida. Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas en este Código”*.

Con relación a las medidas cautelares innovativas la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que *“tales medidas están orientadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado, tornándose de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del pronunciamiento de la sentencia definitiva. El anticipo de jurisdicción en el examen de las medidas cautelares innovativas no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del actor. Lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie –según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado”* (C.S.J.N., Camacho Acosta, Máximo c/ Grafi Graf S.R.L. y otros”, 7/8/97, L.L. del 13/10/97).

Por ello, la procedencia de las medidas cautelares se condiciona a la existencia de la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*) en que la tutela jurídica de la sentencia definitiva pueda llegar a resultar inútil por el transcurso del tiempo, configurándose un daño irreparable al actor cuyo derecho es finalmente reconocido.

Las medidas cautelares integran el derecho a la tutela efectiva, máxime cuando el concederla, aún cuando coincida su objeto con el de la litis, resulta el único medio para evitar que los tiempos del trámite judicial hagan



perder virtualidad o eficacia al pronunciamiento ulterior que reconociera el derecho.

Así la protección judicial efectiva se erige en una de las piedras basales del sistema de protección de derechos, ya que de no existir una adecuada protección judicial de los derechos consagrados en los textos internacionales de derechos humanos, en la Constitución y en el ámbito interno del Estado, su vigencia se torna ilusoria (arg. conf. Luis Carranza Torres, “Derecho a la salud y medidas cautelares”, ED 20/2/04).

La **verosimilitud del derecho** ha quedado plasmada a través de lo expuesto en esta acción. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo en cuenta la naturaleza de las medidas cautelares, señaló que no exigen a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud, y que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 306:2060, entre otros).

Respecto del requisito de **peligro en la demora**, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado que es necesario “una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia” (in re “Milano D. c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,” 11/7/96).

Como ha manifestado la jurisprudencia del fuero en numerosos antecedentes, *“la prudencia aconseja tener en cuenta la urgencia que preanuncia el peligro en la demora y nada resulta más estéril que una medida cautelar decretada tardíamente”* (Juzgado CAyT N° 6 en “GIANINI MARIA LUISA Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, expte. 20816/0).

El resto de los requisitos contenidos en el artículo 15 de la Ley 2145 son la **contracautela** y la **no frustración del interés público**. Referido a la contracautela y ante la urgencia del caso, dejamos desde ya prestada la caución juratoria que se nos pudiera requerir.

Con respecto a este último, no requiere mayor prueba y debate que lo aquí solicitado no afecta ni pone en riesgo el interés público. Por el contrario, lo que esta medida requiere se encuentra destinada al cumplimiento del interés público, en tanto cumplimiento del pleno goce y efectividad de los



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

derechos fundamentales (Cfme. Balbín, C.; “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, T.I, capítulo X).

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.

X. PRUEBA

Se ofrecen los siguientes medios de prueba:

A. Documental: A los fines de acreditar fehacientemente lo expresado, acompaño:

- Comunicación de ingreso de los hermanos J. al Hogar Nuestra Señora del Valle.

- Comunicación remitida por la Dirección General de Niñez y Adolescencia en fecha 12/05/08 de traslado de los niños al Hogar Misericordia.

- Nota de fecha 7 de enero de 2008 remitida por la Guardia Permanente de Abogados del CDNNyA a la Dirección General de Niñez y Adolescencia.

- Copia certificada de los siguientes oficios: AGT N° 2479/08, AGT N° 3463/08, AGT N° 3952/08, AGT N° 4184/08, AGT N° 4185/08, AGT N° 988/09, AGT N° 2036/08, AGT N° 2404/08, AGT N° 2403/08, AGT N° 3692/08, AGT N° 3693/08, AGT N° 4192/08, AGT N° 4193/08, AGT N° 987/09, AGT N° 2042/08, AGT N° 2043/08, AGT N° 2451/08, AGT N° 2452/08, AGT N° 3694/08, AGT N° 3695/08, AGT N° 4190/08, AGT N° 4191/08, AGT N° 991/09, AGT N° 2054/08, AGT N° 2055/08, AGT N° 2399/08, AGT N° 2400/08, AGT N° 3690/08, AGT N° 3691/08, AGT N° 4188/08, AGT N° 4189/08, AGT N° 990/09,

- AGT N° 2111/08, AGT N° 2112/08, AGT N° 2401/08, AGT N° 2402/08, AGT N° 3688/08, AGT N° 3689/08, AGT N° 4194/08, AGT N° 4195/08, y AGT N° 989/09.

- Copia simple de las notas COJ 2823/ 2824 / 2825 / 2826 /2827 – CDNNyA - 2009 remitidas por el Consejo de Derechos en fecha 12 de mayo y copia simple del informe adjunto a dicha nota.

- Tres informes del Hogar Misericordia de Abril 2009, Julio 2009 y Agosto 2009.



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

- Resolución de fecha 23 de junio de 2009 del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

B. Documental en poder de la contraria

Toda vez que la documental que se acompaña en copia se encuentra en poder de la demandada, 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.

Asimismo, solicitamos que se libre oficio al Juzgado N°8, Secretaría 16, para que remita a effectum vivendi, el expediente "Asesoría General Tutelar (Oficio N° 2479) contra GCBA sobre Amparo", Expediente 34.030.

XI. PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ART. 22 Y 23 DE LA LEY DE AMPARO.

La regulación que los arts. 22 y 23 de la Ley N° 2145 contienen con relación a los plazos de interposición de los recursos de inconstitucionalidad y queja habilitados por la Constitución local (arts. 113, incisos 3º y 4º) y la ley 402 de Procedimientos ante el TSJ (arts. 27 y 33), es pasible de cuestionamiento constitucional.

Ello así, en la medida en que la reducción "a la mitad" en el primer caso (recurso de inconstitucionalidad) y su fijación en "dos (2) días" (recurso de queja) que establece la Ley de Amparo (arts. 22 y 23, respectivamente) resulta ser una reglamentación legal irrazonable (art. 28, CN) que resulta contraria a la garantía de la defensa en juicio (art. 18, CN) y lesiona y desnaturaliza los derechos reconocidos en los arts. 2.1 (3) y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ("PIDCyP") y en los arts. 8.1, 8.2 (h) y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica" ("CADH"), ambos integrantes del bloque de constitucionalidad federal, que, por expreso mandato del constituyente federal, gozan de idéntica jerarquía que el Texto Fundamental de la Nación (art. 75, inc. 22).



Existen varias razones para sostener ello. En primer término, por la afectación que provoca en el derecho a ser oído previsto en el art. 14 del PIDCyP y 8º de la CADH. La irrazonable brevedad de estos plazos provoca la imposibilidad de revisión del Tribunal Superior de esta Ciudad Autónoma, dado que –cabe recordar– estos recursos deben presentarse "fundamentados" (art. 28, primer párrafo, y 33, segundo párrafo, Ley Nº 402). En este sentido, los recursos de inconstitucionalidad y de queja tienen una serie de requisitos "formales", exigencias de índole procesal que deben cumplirse ineludiblemente al tiempo de su articulación y cuya importancia es tal que su ausencia determina la inadmisibilidad del recurso.

En este mismo orden de ideas, nuestra Corte Federal ha descalificado por ser contrarias a la garantía de la defensa en juicio a aquellas normas legales o reglamentarias que no incluían un término razonable para deducir una impugnación, impidiendo fundar adecuadamente los argumentos contrarios al pronunciamiento cuya modificación se pretendía. De lo contrario, se advirtió, se torna ilusorio el derecho de defensa (cf. doctrina de Fallos: 295:726 y 316:2539).

En segundo lugar, se afecta una de las garantías mínimas establecidas en la Convención Americana, cual es "el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior" (párrafo 2º, inc. h), el que rige en cualquier clase de procesos (conf. Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá), sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C, Nº 72).

Asimismo, el art. 25, párrafo 1º de la Convención Americana, incorpora, según tiene dicho el Tribunal Interamericano, el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismos procesales de protección destinados a garantizar los derechos fundamentales de la persona, los cuales deben sustanciarse de conformidad con las reglas del debido proceso legal (cf. entre otros el Caso de los 19 Comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C, Nº 109, párrafo 194). En esta línea de pensamiento, para que los Estados parte cumplan su obligación contenida en el art. 25.1 CADH, no basta con la existencia formal de tales recursos, sino que ellos deben: a) brindar a la persona la posibilidad real de interponer el recurso que le permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida; b) dar resultados o respuestas al fin para el que fueron creados; c) dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención (cf., entre otros, casos Juan Humberto Sánchez, cit., párr. 121; Cinco Pensionistas, 28/2/03, Serie C, Nº 98, párr. 126; Acosta Calderón, 24/6/05, Serie C, Nº 129, párr. 93; Yatama, cit., párr. 169; en igual sentido: casos Tibi, 7/9/04, Serie C, Nº 114, párr. 131; Maritza



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

Urrutia, 27/11/03, Serie C, N° 103, párr. 117 y Juan Humberto Sánchez, 7/6/03, Serie C, N° 99, párr. 121).

XII. FORMULA RESERVA.

En este escrito se ha desarrollado el caso constitucional y la índole federal que presenta esta acción.

La omisión de brindar recursos económicos suficientes en la que incurre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vulnera los siguientes derechos: derechos de convivencia familiar, preservación del grupo familiar (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional; artículo 7, 8 y 9 de la Convención de sobre los Derechos del Niños y 41 de la ley Nacional); el derecho a la vivienda (artículos 14 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional; artículo 25, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 11.1 el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales); a un sistema de protección integral de derechos (artículos 4 y 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 2339³¹ y Arts. 44 y 70 Ley 114), y el principio de autonomía contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La institucionalización de los niños responde a la ausencia de recursos económicos, razón por la cual, se vulnera el principio de igualdad y se está dando un trato discriminatorio en razón de la condición económica que viola la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos. (artículos 16, 43, 75 inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los arts. 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el art. 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). También se vulnera el principio de autonomía personal, violando los artículos 19 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

³¹ 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 N° 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 N° 2706 del 15/06/2007



*Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar*

Finalmente, la omisión vulnera las obligaciones institucionales que le caben al CDNNyA conforme el Art.39 de la Constitución de la CABA, ley 23932 y los Arts. 44 y 70 de la Ley 114, 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.

XIII. AUTORIZA.

Solicito se autorice a las .(.); 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

XIV. PETITORIO.

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

1. Nos tenga por presentados, por parte en el carácter invocado, y por constituido el domicilio procesal indicado.
2. Tenga por ofrecida la prueba y por acompañada la documental.
- 3.- Se haga lugar a la medida cautelar solicitada.
4. Dé traslado de la presente acción a la demandada.
5. Se haga lugar a la presente acción de amparo, ordenado al Gobierno de la Ciudad -Consejo de Derechos del Niño, Niña y Adolescentes- cesar en su omisión de realizar todas las acciones necesarias para remover los obstáculos que impiden el efectivo acceso a la protección y efectividad de los derechos a la convivencia familiar de los niños **C. D., L. E., M. B., J. D. y M. A. J.**, junto a su padre, **A. J.**.

³² 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 N° 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 N° 2706 del 15/06/2007



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ministerio Público Tutelar

6. A todo evento, tenga por efectuada la reserva del caso constitucional y federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERÁ JUSTICIA