



## AMPARO y DESAMPARO

*Una mirada para entender el rol de los procesos de amparo en el ámbito específico de la niñez y efectuar un análisis de las razones de la dicotomía entre los derechos consagrados y la aplicación real y efectiva de los mismos.*

Por Roberto Marcial Ambrosis<sup>1</sup>

### **Introducción:**

Me he propuesto analizar, en este trabajo, cuál es el verdadero rol de la garantía constitucional del amparo en el ámbito específico de las cuestiones de infancia. Para hacerlo he de formular los siguientes interrogantes:

- A) ¿Qué es la garantía del amparo?
- B) ¿Cómo surgió esta garantía en nuestro país, hasta su consagración constitucional?
- C) ¿Cuál es la base normativa de los derechos del niño? ¿Cómo se ha usado el amparo para defenderlos?
- D) ¿Cómo puede interpretarse la expresión “interés superior del niño”? ¿La caracterización de la ley 26061 es útil para la resolución de amparos?
- E) ¿Puede pasarse por alto la referencia normativa del art. 37 de la Constitución Provincial interpretado a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? ¿Qué interpretaciones le ha dado nuestro Superior Tribunal Nacional?

---

<sup>1</sup> Abogado, Secretario del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 3, La Plata.



- F) ¿Cuál es el verdadero estado del manejo y uso de los amparos en el ámbito de Provincia de Buenos Aires en materia de infancia?
- G) ¿Qué diría un recordado personaje de mi infancia para analizar esta situación?

**A) ¿Qué es la garantía del amparo para niños y adultos?**

El amparo puede definirse como un mecanismo, que actúa a forma de garantía como una *manifestación o posibilidad de acudir ante un órgano del poder judicial o un juez*, solicitando concrete por su decisión la tutela, declaración o reconocimiento de una pretensión por una lesión actual o inminente de carácter constitucional. Es una garantía, que opera de forma extraordinaria creada para que los ciudadanos, puedan tener de inmediato, el medio de hacer efectivos sus derechos reconocidos por nuestra Constitución.

Es claro que no basta tener un derecho, sin que sea necesario poder ejercerlo pues no basta prometer o escribir garantías, sino es necesario que las mismas sean consagradas de forma efectiva: “*Las constituciones serias no deben constar de promesas, si no de garantías de ejecución*” (Morelo- Vallefín: 2004 pág. 10).

Esta garantía se encuentra consagrada y pensada de esta forma en los textos constitucionales Nacional y Provincial, en el capítulo de “Nuevos derechos y garantías”, cuyos textos he de transcribir, para efectuar un mejor análisis:

*Constitución Nacional: “Nuevos derechos y garantías (...) Artículo 43:*

*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá*



*declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.*

*Constitución Provincial art. 20:*

*“Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales: (...) 2. La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión, proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos. El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de Hábeas Corpus. No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial. La ley regulará el Amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada. (...) En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos”.*

Es también importante relacionar esta norma con lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución local: *“artículo 15. La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia*



*letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.*

De los textos constitucionales se pueden extraer las siguientes características comunes que analizaré:

- 1) El amparo puede interponerse por cualquier persona y por el mismo Estado (en el caso de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires lo incluye expresamente) y se trata de una acción rápida y expedita.
- 2) No procede en el caso que corresponda utilizar los remedios ordinarios. Es importante destacar que a mi criterio, deben interpretarse ambos textos con prevalencia de la Constitución Nacional que menciona la expresión “*siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*”. En relación a la discusión suscitada en torno a la necesidad de agotar la vía administrativa, previo a la presentación judicial de la garantía considero que en pos de una interpretación armónica de la ley, se debe colegir que la referencia normativa alude a los remedios judiciales ordinarios.
- 3) El acto lesivo puede ser una acción o una omisión, y puede provenir del Estado o de los particulares que lesione, restrinja o amenace derechos de índole constitucional, individuales y colectivos. De los dos modos comisivos es posible que se produzca una lesión o una restricción a derechos amparados en una ley, en la Constitución o un Tratado.
- 4) La amenaza, lesión o restricción a estos derechos debe ser actual o inminente, con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas. Por lo que es necesario aquí, a mi criterio,



que la lesión o la inminencia de la misma, en el caso de la administración, tenga una actividad previa por acción o por omisión, que haga pensar en forma expresa o tácita de una negativa de la misma a dar cumplimiento con el derecho conculcado.

5) El juez podrá declarar la inconstitucionalidad del acto o ley en que se funde el acto lesivo u omisión lesiva, que por nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso, se aplica sólo al caso concreto y debe probarse que se ha conculcado un legítimo interés individual afectado que se encuentra garantizado por un derecho. También, luego de la reforma constitucional, la acción puede generarse en forma colectiva, ante cualquier forma de discriminación a las personas y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como todos los derechos de incidencia colectiva en general. Aquí es claro que, desde el texto constitucional, se ha superado el antiguo concepto de interés individual o subjetivo, ampliando los horizontes y límites procesales para ejercer la legitimación para accionar por amparo, ya que podría hacerlo el propio afectado, el defensor del pueblo o las asociaciones que propendan a esos fines, como el caso de las asociaciones no gubernamentales, y sin lugar a dudas, estos derechos ahora podrán ejercerse en el rol social de ciudadano, consumidor, vecino o defensor de los derechos de niños en situación de riesgo o desamparo, sin tener que justificar la afectación individual de un derecho, cuestión que le otorga al amparo una dimensión con notoria transcendencia social y colectiva.

6) En la Constitución Provincial se expresa que a falta de reglamentación se regulará el amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada, por lo que se prioriza en el texto constitucional la agilidad y sencillez por sobre otras



cuestiones que contengan las reglamentaciones, con la idea de un proceso adaptable y eficaz para evitar perjuicios irreparables.

7) Esta garantía procede ante cualquier Juez en el ámbito Provincial, y existe un notorio silencio en la Constitución Nacional en cuanto a la competencia, situación que se encuentra resuelta en la ley nacional de amparo N° 16996.

8) La ley Provincial de Amparo N° 13928 y sus modificatorias establece, en su artículo tercero, que *“será competente el juez del lugar donde el hecho, acto u omisión cuestionados tuviere o hubiese de tener efectos. Cuando se interpusiera más de una acción por un mismo hecho, acto u omisión, entenderá el que hubiere prevenido”*.

La ley Nacional 16996 en su artículo cuarto, dispone que *“será competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto. Se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas engendraran dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer de la acción. Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso”*.

Estimo en este caso que es más completa, razonable y clara la reglamentación de la ley Nacional, que la legislación reglamentaria Provincial ya que el legislador, a mi criterio, presume que el Juez requerido con competencia en razón de la materia, es quien va a dar una respuesta pronta a la lesión constitucional.

Considero entonces que la omisión de tratamiento de esta cuestión, en el orden local, deja un vacío enorme en relación a la competencia material para resolver en los



procesos de amparo que sólo trae sombras e incertidumbre a la luz prístina que irradia la mencionada garantía.

9) El Amparo no procede cuando el derecho conculcado es la libertad ambulatoria, en la que la garantía procedente será el habeas corpus. La carta magna provincial prohíbe expresamente la posibilidad de que se dé el amparo contra leyes u actos emanados del poder judicial, previsión constitucional que también confirma la ley reglamentaria.

### **B) ¿Cómo surgió esta garantía en nuestro país, hasta su consagración constitucional?**

La garantía del amparo en nuestro país, fue una invención judicial, que más adelante tuvo consagración legislativa y finalmente constitucional, que sin dudas fue marcando el ritmo de la legislación, pero conforme lo vimos, se consagró luego como una garantía presente en la Constitución Nacional y en las Cartas Magna Provinciales, y también constan de diversas reglamentaciones, pero el camino de esta garantía lo marcaron los fallos Siri y Kot que datan de los años 1957/ 1958 y algunos de sus valiosos fundamentos que transcribiré.

Del Fallo Siri, Ángel, del 27 de diciembre de 1957, CSJN Fallos: 239:459, se pueden extraer los siguientes párrafos del voto de la mayoría:

*“Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e*

*independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer “en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”, como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: “No son, como puede creerse, las «declaraciones, derechos y garantías», simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina” (“Manual de la Constitución argentina”, en “Obras completas”, vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82, confr., además, Nº 89 y 90”).*

*“Que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (Fallos, t. 168, p. 15, t. 169, p. 103 y los posteriores). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”.*



**Fallo Samuel Kot del 5 de Septiembre de 1958, Fallos 241:291:**

*“Es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerme no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aun, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la Ley Suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada -que es, desde luego, la del habeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.- por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distinguo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Las circunstancias*



*concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo”.*

*“Aun menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos 50 años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una nueva fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales”.*

*“Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país. Evidentemente, eso no es así. La Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios. Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción: “Las leyes disponen para lo futuro”, dice el art. 3º del*



*Código Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación. Con mayor fundamento, la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución. Entre esos grandes objetivos, y aun el primero entre todos, está el de asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino (Preámbulo)”.*

Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia -lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio- a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios.

Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo habría que



concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación.

Luego de esta excepcional creación judicial, para agilizar las vías ordinarias que se hallaban saturadas, surgieron las reglamentaciones. En Nación, en el año 1967 fue sancionada la ley nacional de amparo N° 16996, que con modificaciones sigue vigente pese a la reforma constitucional de 1994.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires se sancionó el decreto–ley 7166 en el año 1966, que reglamentó la garantía del amparo, norma que fue modificada por la ley 13928 que entró en vigencia con fecha 11/2/09 y luego fue modificada en razón de que generó grandes dificultades de interpretación (en relación a que dejaba vigente algunos artículos de la ley 7166), por la ley 14.192 sancionada con fecha 5 de noviembre del año 2010, que reglamenta la garantía constitucional en nuestra Provincia.

En el año 1994, luego de las reformas constitucionales la garantía adquirió otro rango normativo y un reconocimiento a modo de consagración institucional.

En el actual estado de las cosas, luego de que el amparo sea una garantía consagrada y reglamentada, coincido plenamente con autores como Morelo y Vallefin (año 2004, presentación parágrafo III) *“La crisis del amparo subsiste y hace renguear la hermosa saga que muestran las nuevas y las viejas garantías en el prisma de un pujante constitucionalismo, más atento a los resultados eficaces del quehacer judicial que a los enunciados y buenos propósitos de las disposiciones reglamentarias”*.



Los mismos autores mencionan también, en el párrafo V, que *“las reflexiones vuelan sobre el núcleo conceptual del amparo, se centran en el punto de la necesidad de empeñarnos –pese a las resistencias que ofrecen nuestras agobiantes circunstancias- en que vuelva por sus fueros, reconocerle, sin hipocresías, su virtualidad práctica y que el mismo debe vivir con espontaneidad. Que para ello requiere de los aires de la libertad, sin agobiadoras reglamentaciones, detallistas y paralizantes, tanto como de una **“osada prudencia”** de los jueces sin las cuales el amparo no puede desplegar sus espléndidas posibilidades de brindar una adecuada protección...”*

Si bien el amparo se ha convertido en una construcción en forma de garantía reconocida desde el punto de vista normativo como una útil y ágil herramienta para hacer efectivos derechos de índole constitucional, dejando de ser ya una invención judicial, la mencionada institución ha perdido frescura y se ha desvirtuado tanto en la osadía como en la prudencia de quienes la pergeñaron como una solución emblemática y de sólidos y claros fundamentos, en dos casos que marcaron la historia de la justicia argentina, que pusieron de resalto el valor autóctono de nuestra justicia sin importar teorías extranjeras, es decir interpretando la voluntad de nuestros primigenios constituyentes.

**C) ¿Cuál es la base normativa de los derechos del niño? Y ¿Cómo se ha usado el amparo para defenderlos?**

Los derechos de la infancia encuentran su reconocimiento en el plano nacional, a partir de la incorporación a la Constitución Nacional de la “Convención de los Derechos del Niño”, que funciona como un catálogo de derechos constitucionales de la niñez. Casi como un acto reflejo normativo, se reeditan y redefinen los derechos y garantías de los niños enunciados en la convención internacional, en la ley 26061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.



Es de observar que los derechos de la niñez también se hallan reconocidos por los artículos XI y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como un derecho inalienable del hombre.

La ley nacional 26061 vino a reglamentar la CDN, reconociendo no taxativamente los siguientes derechos, a saber:

A la vida.

A la dignidad y a la integridad personal.

A la vida privada ya la intimidad familiar.

A la identidad

A que se de identificación. Inscripción en el registro del estado y capacidad de las personas.

A acceder a la documentación

A la salud

A la educación y su gratuidad

A no ser discriminado por embarazo, maternidad o paternidad

A ser protegido en la maternidad y en la paternidad

A la libertad

Al deporte y al juego recreativo

Medioambiente sano

A asociarse libremente

Opinar y ser oído

Al trabajo digno en la adolescencia

A la seguridad social

A asegurar garantías mínimas de procedimiento. en los

Procedimientos judiciales o administrativos.



## Igualdad y no discriminación

También una importante referencia normativa se puede encontrar en el Art. 33 de la CN, en cuanto a las garantías no enumeradas que surjan del principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, principios que pueden trasladarse al ámbito de la niñez por ejemplo en la necesidad de transparentar los actos del poder judicial en los procesos de adopción de los niños o también en cuanto a la trascendencia que puede tener esta norma en el ámbito procesal del derecho de infancia, en orden a la cada vez más creciente participación de los niños en los procesos de tenencia o custodia. Sobre todo este sentido instituido por la norma, permite darle valor significativo y peso en las decisiones judiciales que tiene la palabra del niño y de donde puede colegirse que los niños más allá de su edad, deben ser escuchados en las cuestiones que hacen a su vida y su opinión debe ser tenida en cuenta como una elección válida que el Estado debe garantizar de forma integral.

Sin dudas, en pos de la protección de los derechos de la niñez, el art. 43 de la CN, contiene tres importantes garantías que servirán en su caso para defender los derechos de los derechos de la infancia, que son las garantías del amparo, el habeas corpus y el habeas data.

Pero lo relevante en este caso es la directa pauta de prioridad interpretativa que introduce el mencionado tratado que dice “*debe primar el interés superior del niño*”, establecido ello en la Convención sobre los Derechos del Niño (ver art. 3-1) situación que debería suponer para quien es neófito en derecho, que ello supone una garantía de cumplimiento mayor o una garantía reforzada por el hecho de ser niño.

La Ley 26061, además de prescribir el contenido de los derechos que he enunciado, a partir de su artículo 29, consagra el principio de efectividad, para el cual los Organismos



del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Luego para garantizar esa efectividad en su artículo **30**, obliga a comunicar a los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión y se refuerza esta obligación con el deber obligación del funcionario de recepcionar denuncias (art. **31**). En cuanto al agente público que sea requerido para recibir una denuncia de vulneración de derechos de los sujetos protegidos por esta ley, ya sea por la misma niña, niño o adolescente, o por cualquier otra persona, se encuentra obligado a recibir y tramitar tal denuncia en forma gratuita, a fin de garantizar el respeto, la prevención y la reparación del daño sufrido, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la figura de grave incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público, teniendo en cuenta que el art. 287 inc. 1 del CPPBA, obliga a los funcionarios o empleados públicos que en ejercicio de su función tomen conocimiento de la existencia de delitos a efectuar la denuncia penal.

Y del mismo modo el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires establece en el art. 102 bis, ter y siguientes, el modo en que deben ser tomadas la declaraciones de los niños, niñas o adolescentes víctima de delitos sexuales para evitar su revictimización.

Estas disposiciones legales deben articularse e interpretarse **con la garantía del amparo conforme lo he explicado**, ya que se busca con incentivo normativo, que de forma clara los derechos constitucionales que poseen los niños se cumplan sin pretextos de ningún tipo, y que la acción o inacción del Estado y los particulares no podrá hacerle perder eficacia de ningún modo.



Así, la CSJN en la causa “Lifschitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional”, (Fallos: 327: 2413), analizó el sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, estatuido por la ley 22431. Respecto a las prestaciones educativas que deben reconocerse a menores discapacitados, en la causa “**I. C. F c/ provincia de Buenos Aires s/amparo**” (Fallos: 331: 2135), también sostuvo:

*“que el argumento que la protección y la asistencia integral a la discapacidad que constituye una política pública de nuestro país y el interés superior de un menor conllevan, en el contexto de particular urgencia invocado en el litigio, a no imponer a la menor discapacitada que acuda a los órganos a que se refiere la reglamentación de las leyes 22431 y 24901, sino imponer a la Dirección General de Bienestar para Personal de la Fuerza Aérea la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance —con compensación de los gastos que irroque el tratamiento ante los órganos competentes— o, más ampliamente, articular con aquéllos un mecanismo que permita contar a la niña con las prácticas y servicios necesarios para su rehabilitación, además, que los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos y que es impostergable la obligación de la autoridad pública de emprender, en este campo, acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a promover y facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que quieran los infantes, con particular énfasis en aquellos que presenten impedimentos físicos o mentales cuyo interés superior debe ser tutelado, por sobre otras consideraciones, por todos los departamentos gubernamentales”.*



Es importante destacar las consideraciones del fallo **“Quizberth de Castro”c/ GCBA s/Amparo** del 24 de abril de 2012 (Q. 64. XLVI. RECURSO DE HECHO, Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo), para entender los alcances dados por la CSJN al derecho a la vivienda en el precedente, en el que se ordenó al GCBA garantizar el derecho a la vivienda a la actora y su hijo menor de edad discapacitado. En concreto ordenó garantizar, aún en forma no definitiva, un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, disponiendo de tal forma mantener la medida cautelar hasta tanto la demandada cumpla con lo ordenado y se dio por probado que la actora y su hijo menor de edad eran habitantes de la CABA y que su situación personal, económica y social no les permitía, pese a sus razonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

Los argumentos que llevaron a la Corte a decidir de tal forma se pueden sistematizar en tres ejes que pueden resumirse por sus argumentos centrales de la siguiente manera:

**1) Operatividad del derecho a la vivienda:**

A) “La operatividad del derecho a la vivienda tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado”.

B) “Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos - como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios y otros-, así como los recursos necesarios”.



C) “En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama otros derechos”.

### ***2) Control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y ausencia de facultades discrecionales de la administración.***

A) “Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial”.

B) “Existe una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona”.

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

### ***3) Disponibilidad de los recursos estatales con estándares constitucionales***

A) “La disponibilidad de recursos aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye, en sí mismo, una justificación para no adoptar medidas”.

B) “Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales. Habida cuenta de las circunstancias reinantes, los



Estados Parte tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aún en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo”.

C) “En caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, los principales criterios objetivos a examinar son: (i) nivel de desarrollo del país, (ii) situación económica del país en ese momento -teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un período de recesión económica-, y (iii) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo”.

D) “La inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible. De esta manera debe hacerse un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de bajo costo”.

D) ¿Cómo puede interpretarse la expresión “interés superior del niño”? ¿La caracterización de la ley 26.061 es útil para la resolución de amparos?

Sin dudas que la expresión “interés superior del niño” se erige como un principio de interpretación, y tiene un punto de conexión permanente, con la garantía del amparo, en relación a que esta expresión debe entenderse como un refuerzo en el énfasis de la misma, que busca desde lo normativo igualar desigualdades, conforme puede interpretarse en el art. 1 de la ley 26061, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio *del interés superior del niño*.



La expresión “interés superior del niño”, está delimitada en su alcance y magnitud por la ley 26061, en su artículo 3°, que transcribo a continuación:

**“INTERES SUPERIOR.** *A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.*

*Debiéndose respetar:*

- a) Su condición de sujeto de derecho,*
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta,*
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural,*
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales,*
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común,*
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

*Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. **Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.**”*

Puede verse que en este caso nos encontramos con la posibilidad de articular una herramienta para hacer valederos los derechos de una forma doble o triplemente reforzada, porque es claro que la ley establece una prevalencia de derechos a favor de



los derechos de los niños, sumado a lo dispuesto en el art. 27, que obliga al Estado a garantizar los derechos las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de lo previsto en todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten. Entre ellos podemos destacar los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente,
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte,
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine,
- d) A participar activamente en todo el procedimiento,
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Se puede entender que la aplicación de esta ley es prioritaria frente a otros derechos en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las



garantías de los sujetos de esta ley, (que son los niños) son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Asimismo consagra una suerte **de legitimación pública y “erga omnes”**, para defender derechos de los niños ya que, faculta a que la omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Es de destacar que a mi modo de ver el artículo 39 de la ley de protección de infancia referida establece medidas excepcionales de protección, que tienen un punto en común con el amparo: ambos son mecanismos establecidos para hacer valer derechos y son de naturaleza extraordinaria, es decir cuando los procedimientos ordinarios no funcionan, ellos son de aplicación y tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

Sólo procederán cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en **materia de familia de cada jurisdicción**. Asimismo el funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del



plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida, resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes, medidas que se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes.

b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente.

c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes.

d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos.



e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad.

f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.

Es claro que la ley de infancia no pone obstáculos para garantizar los derechos de los niños por medio del amparo, pero considero que tanto en la competencia judicial que elige la ley para tutelar derechos, como en los plazos, puede verse modificada por una cuestión de orden público y jerarquía normativa. La ley 13928 y sus modificaciones, no prevé competencia en la materia y establece en forma imperativa otros plazos para resolver, por lo que entiendo que debe primar en estos casos lo previsto en la ley de protección de infancia a fin de no vulnerar derechos constitucionales por recortes reglamentarios de la ley de forma.

Esta primacía de los derechos del niño por sobre otros derechos se ha ventilado, en la causa 22818 del Juzgado Contencioso Administrativo N° 3 de la Plata caratulada "Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c/Sindicato Unificado de Trabajadores de la Educación de Buenos aires y otros s/amparo", y así lo ha interpretado el señor Juez Dr. Francisco Terrier en el fallo, del que me permito considerar algunas cuestiones de los derechos de los niños en el marco de un proceso de amparo:

*"A ese fin, constituye una circunstancia objetiva indisputable, que el legítimo ejercicio del derecho de huelga por parte de los docentes genera una seria colisión con otros derechos constitucionales. En tal sentido, en el caso se ve lesionado el superior interés de los niños a recibir una educación en tiempo y contenidos adecuados, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 3, 28, 29 y 30 (art. 75 inc. 22 CN). Derecho que entiendo, llegados a esta*



*instancia extrema, debe tener prevalencia sobre los restantes derechos involucrados en esta controversia. A ello se agrega el derecho de los padres para que sus hijos reciban una educación escolar acorde con el dinamismo social (artículo 12 inciso 4º del Pacto de San José de Costa Rica) y el derecho de la comunidad a que se conforme una juventud capacitada con vistas a ofrecer en un futuro próximo, soluciones idóneas tendientes a obtener la satisfacción del bien común. ...VIII. - Consecuentemente, entiendo que una correcta interpretación de nuestra Constitución Nacional, nos conduce a reconocer supremacía al derecho de aprender sobre el derecho de huelga. A la misma conclusión, se llega a través de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, como también de la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos”, siendo esta última la que atribuye **preferencia a los derechos del niño**, dado que en caso de suspensión de garantías (artículo 27), determina la posibilidad de la suspensión del derecho de huelga contemplado implícitamente en el artículo 16, **pero no los contemplados** en los artículos 12 inc. 4 y 19, es decir, el derecho de los padres a la educación de sus hijos y los derechos del niño. Asimismo, el artículo 29 de dicho instrumento internacional que contempla los criterios aplicables para interpretar la Convención, impone el deber de otorgar preferencia a las normas consagradas en la legislación local o en las convenciones internacionales **cuando las mismas dispensen a los derechos una protección mayor a la prevista en la Convención Americana, tal como acontece con la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 28 y 29)**. IX. - Que la citada prevalencia del derecho a la educación por sobre el derecho de huelga, para este caso en concreto y dadas las circunstancias particulares que han rodeado a la negociación llevada a cabo por las partes, no implica suprimir ni declarar ilegítimo el derecho de huelga, por lo que a fin de resguardar a los docentes que han adherido a dicha medida, se habrá de disponer la prohibición de efectuar descuentos salariales vinculados con la misma. Esa decisión sobre un aspecto que no ha sido solicitado por la parte actora, es una*



*forma de compensar el ejercicio de los derechos en pugna a fin de arribar a una solución que no deje **desamparada** a ninguna de las partes en juego”.*

He destacado en negrita palabras que, a mi modo de ver, son claves en el análisis efectuado por el Juez, en relación a que ordenó a los gremios docentes en forma inmediata el derecho a la educación de los niños de la provincia de Buenos Aires, mientras se dirimía un conflicto gremial por los salarios docentes, haciendo prevalecer el interés superior del niño por sobre otros derechos.

E) ¿Puede pasarse por alto la referencia normativa del art. 37 de la Constitución Provincial interpretado a luz de la Convención internacional sobre los derechos del Niño y los precedentes jurisprudenciales de la Corte C. I. D. H? y ¿Qué interpretaciones le ha dado nuestro Superior Tribunal Nacional?

Me parece relevante analizar una norma constitucional local que relaciona las garantías constitucionales con los derechos de la niñez, que me parece que es pasada por alto tanto por la doctrina, como por su aplicación práctica por lo que me permito transcribir y luego efectuaré el correspondiente análisis.

*Art. 36 de la Constitución Provincial:*

*Derechos sociales: La provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales y de cualquier naturaleza, que impidan o afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales:*

*A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales:*

*2. De la Niñez: Todo niño tiene derecho a protección y a la formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos.*



Parece claro entonces que el constituyente provincial manda al legislador un claro mensaje que la legislación provincial deberá eliminar los obstáculos de todo tipo, impidan el ejercitar los derechos y garantías. En el caso de los niños se establece el imperativo a la protección y a la formación integral y al cuidado preventivo y supletorio del estado en situaciones de **desamparo** y de asistencia jurídica en todos los casos, en lo que se los deberá amparar, sin justificación ni pretexto alguno.

Nuestra Corte Nacional ha dicho en la causa *“Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social — Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas— Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con discapacidad”*(16/10/2001 - Fallos: 324:3569) en relación al derecho a la salud que:

*“el Estado Nacional no puede desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas— pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que también le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud”<sup>2</sup>.*

El máximo tribunal nacional ha dicho en el caso CS, 26/03/2008, “A., M. S.”, DJ, 2008-2-772., que:

*“la ley 26061 cuando refiere al interés superior del niño, señala que este debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y*

---

<sup>2</sup> Considerando 37



*garantías reconocidos en la ley. Pues la ley 26061, en su art. 1º, establece que los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. De modo que esa sería la pauta que debe observar el juzgador, en cada caso, valorando los derechos y garantías que se hallan en juego específicamente y decidiendo cuál de ellos deberá prevalecer para integrar el principio bajo análisis. La diferencia con el concepto tutelar imperante en la lógica de las leyes internas, dictadas con anterioridad a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, consiste en que el “interés del menor” era aquél que subjetivamente entendían sus representantes legales y el juez. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, tenemos dicho que el interés superior del niño debe interpretarse como un principio garantista, en virtud de la cual el juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares —inevitables, por cierto—, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño será la máxima satisfacción de los derechos posibles —en el caso concreto—, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y no la expresión deliberada y libre del intérprete.*

En una causa sobre expediente tutelar CS, 13/05/2003, también la CSJN en los autos “Luna, Mario A.”, “cuestión de competencia” consideró que toda vez que los progenitores —entre los que el joven alterna la convivencia— se domicilian en localidades de la Provincia de Buenos Aires, vecinas entre sí y del lugar de internación del menor —quien ha sido imputado del delito de robo— así como la escasez de recursos con los que cuentan para movilizarse hacia la Capital, corresponde al tribunal provincial conocer en el expediente tutelar, pues, dicha solución se compadece con la finalidad tuitiva de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone atender el interés superior del niño en todas las medidas a tomar concernientes a ellos.



También nuestra Corte adoptó este criterio rector en el caso CS, 25/02/2003, “Batlle, Hernando” y estableció que correspondía al juez del domicilio de la denunciante y de su hijo, que además es el que previno, el conocimiento de los hechos relativos al sometimiento sexual que el progenitor cometiera en perjuicio de su hijo en ocasión de las visitas que éste le efectuara tanto en el domicilio capitalino como en el de la provincia de Buenos Aires, porque es aquél el ámbito donde la madre podrá ejercer una mejor defensa de los intereses de su hijo, siendo la solución que mejor contempla el interés superior del niño, principio consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que evita la traumática reiteración de procedimientos idénticos en distintas sedes, extrañas al lugar de residencia del menor y garantiza su protección integral de sus derechos evitando su revictimización.

La Corte ordenó en la causa “CS 18/07/2006,”Quintana, Norma B.”, JA, del fallo dictado el 7 de marzo de 2007, ordenó que el juez federal de ejecución penal integrante del Tribunal Oral en lo Criminal que impuso la condena debía entender en la acción de amparo interpuesta por la guardadora de los dos hijos de una mujer condenada con el criterio, que es el lugar de alojamiento de la madre donde se desatiende el derecho de contacto materno-filial necesario en niños de corta edad pues la petición se encuentra íntimamente relacionada con el cumplimiento de la pena interpuesta.

En el voto del Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, en disidencia parcial, expuso que debían arbitrarse las medidas necesarias para reponer las cosas al estado en que se encontraban y, en consecuencia, disponer el regreso de la interna a un lugar de detención de la ciudad de Río Gallegos, a fin de restablecer el vínculo materno-filial, sin perjuicio de lo que se resuelva, en definitiva, sobre el fondo de la cuestión, a la luz de todos los antecedentes que obran en ambas jurisdicciones y dando prioridad al **resguardo del interés superior del niño**. Porque se señaló que más allá de que estemos frente a la sustanciación de una causa penal en cuanto a que el objeto de la



litis está radicado en la comisión de un delito penal —en el caso, de la madre de los menores—, ello no es óbice para que resulte aplicable lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de conformidad a lo prescripto en el art. 3° de dicho instrumento internacional.

De hecho la Corte, ha decidido despejar todas las dudas y no deja margen a una interpretación libre y abierta, sino que ordena en forma prioritaria el cumplimiento y efectivización de los derechos consagrados en el instrumento internacional, que es parte de nuestra Constitución, reflejados luego en nuestra ley de protección integral de los derechos del niño. Esta es la interpretación que debe propiciarse en el reconocimiento de la calidad de sujeto del niño como titular de derechos, no obstante su condición de incapaz.

En el valioso trabajo de investigación<sup>3</sup> realizado por integrantes del Instituto de Derechos del Niño, que publica esta revista, entre ellos el Dr. Ernesto E. Domenech y María José Lescano, se ha concluido en el mismo sentido que he manifestado más arriba. Allí se señala

*“Si bien, como se ha puesto de relieve con anterioridad, no se ha efectuado aún una campaña masiva de información y sensibilización, la posibilidad de efectuarla estaría en los planes de la Subsecretaría. Por ahora la incertidumbre acerca de la nueva legislación continúa, aunque naturalmente el proceso de implementación ha dado a conocer la ley entre quienes se vinculan al trabajo con niños y adolescentes y, en menor medida, aunque tibia y gradualmente, en los medios masivos de comunicación.*

---

<sup>3</sup> Me refiero a “La nueva normativa de protección a la infancia y la adolescencia en la provincia de Buenos Aires”, realizado con apoyo de UNICEF. Disponible en:  
[http://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion\\_a\\_la\\_infancia\\_12\\_11.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_a_la_infancia_12_11.pdf)



*Como evaluación de lo que ha acontecido con la gestión del diseño administrativo, en el área del Poder Ejecutivo, se puede observar que el Sistema de Promoción y Protección de Derechos involucra muy diversos actores, de muy distintas jurisdicciones, con una gama imprecisa de recursos disponibles. Esta complejidad afecta los procesos de gestión y transición.*

*Los sistemas más accesibles para el ciudadano, los locales, no se encuentran asegurados, y pese a la aceptación “voluntaria” de los municipios a la que se ha hecho referencia, tales compromisos no se han ejecutado por completo. Los Servicios Zonales no se presentan como instancias de fácil acceso para los ciudadanos. La función que los mismos deben desplegar, su lugar de emplazamiento, el horario de atención, el personal que los integra, etc. son algunos de los factores que permanecen en el desconocimiento de la población, quienes eventualmente podrían llegar a requerir de sus servicios. Por otra parte estos servicios dependen de una transformación interna que se realiza con operadores socializados con otras prácticas y otras funciones”.*

Entiendo entonces, que conforme la situación y fundamentos que he señalado en cuanto al acceso irrestricto a la justicia la competencia en las acciones de amparo que tengan que ver con derechos de niños debería ser especializada para evitar contrasentidos o vulneraciones de derechos o malas interpretaciones derivadas de deficiencias técnicas en la reglamentación del amparo en la provincia de Buenos Aires,.

La situación de la niñez, presentó aquí cambios normativos constantes, que no se adaptan a la realidad constitucional nacional, ni provincial y sobre todo pienso que se desatiende la problemática de la niñez y la adolescencia y al propio tiempo genera dudas sobre la aplicación de la supremacía de los derechos y las herramientas para hacer efectivos los derechos sustanciales de los niños en suelo bonaerense.



F) ¿Cuál es el verdadero estado del manejo y uso de los amparos en la Provincia de Buenos Aires en cuestiones de infancia?

Me parece relevante ahora avocarme entonces, al caso de la garantía constitucional del amparo en la Provincia de Buenos Aires, ya que como hemos dicho, es el ciudadano el que tiene que articular garantías para ejercitar no sólo intereses individuales, sino colectivos. Pero en la práctica, a pesar de su consagración normativa constitucional por efecto de una excesiva reglamentación se diluye en forma considerable, **creando una curiosa paradoja en relación a la especialidad en la materia**, ya que en los amparos relacionados con las cuestiones de niñez vamos a estar ante un juez especializado en las cuestiones de niñez en los casos de jueces de responsabilidad juvenil o los jueces de familia, pero si la acción de amparo ***se dirige contra acciones u omisiones, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, regidas por el Derecho Administrativo será Tribunal de Alzada la Cámara en lo Contencioso Administrativo, de modo que vamos a tener un juez especializado en cuestiones de niñez en primera instancia y no especializado en la instancia revisora.***

Porque un Juez “sacado” de la competencia debe invertir ese tiempo para “ponerse en tarea” y corre mayores riesgos de equivocarse tramitando recursos que en el ámbito local se sustancian en una Cámara con competencia en la materia específica.

Si bien ambas constituciones reconocen la opción de elegir cualquier juez para reparar los agravios a los derechos que protegen por la vía del amparo, esta herramienta excepcional del justiciable, presenta dificultades como un procedimiento eficaz para restablecer derechos, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.



A mi criterio esta norma de competencia tiende a garantizar un amplio acceso a la jurisdicción, en una provincia que es vasta en su territorio, y en la que la antigua legislación obligaba a los ciudadanos de la provincia a presentar un amparo en la ciudad capital de manera obligatoria.

Entiendo que los jueces responsabilidad penal juvenil o los jueces de familia, deberían intervenir por amparo o “habeas corpus”, cuando esté en juego la libertad ambulatoria de un menor y los segundos para dar solución a todos los otros problemas de infancia, de forma de que asumen competencia exclusiva y originaria y como lo hacen como ahora que atienden problemas ajenos a su competencia. Situación que hace que el caso de las garantías constitucionales niños en la Provincia de Buenos Aires, en vez de mejorarse la forma de restablecer derechos conculcados de manera rápida y eficaz, por una mala articulación jurisdiccional, una difusa reglamentación con superposición e inflación de normas, pueden convertir a los derechos del niño en el panfleto publicitario.

G) ¿Qué diría un recordado personaje de mi infancia para analizar esta situación?

Trataré entonces de explicar esta situación echando mano, para estar en sintonía con la temática, a un viejo personaje de mi infancia. Puedo colegir que la finalidad del amparo, que debería servir para restablecer derechos de manera expedita y rápida, se desdibuja. Pienso entonces, en una imagen y me figuro que el amparista se convierte en el partenaire de un personaje de la televisión, llamando a un singular superhéroe que acudía al ruego *¿y ahora quién podrá ayudarme?*

En consecuencia aparecerá en escena el inefable “Chapulín colorado”, creación artística del recordado programa infantil “Chespirito”.



Y ante una situación que parece divertida, pero no lo es, reina el desconcierto de los letrados, que efectúan las presentaciones y la incertidumbre de los magistrados que tienen que resolver cuestiones de contenido netamente contencioso administrativa, cuando el sorteo asigna competencia a un Tribunal Criminal, un Juzgado Correccional o un órgano del fuero de responsabilidad penal juvenil que se encuentran colapsados en sus propias materias. Parece entonces extraña esta adjudicación de competencia a órganos sin especialidad que son considerados como una suerte de superhéroes capaces de resolver cualquier petición por la vía del amparo. Y más extraño lo es si se tiene en cuenta que los órganos revisores, las Cámaras Contencioso administrativa, son por el contrario altamente especializadas.

Es claro que si en el propio ámbito de la administración de Justicia, priman de manera creciente las normas que consagran la inequidad en el reparto del trabajo entre los órganos de los distintos fueros ¿qué pueden esperar los justiciables? Sólo el desconcierto y la “rara sensación” de esperar justicia de un personaje con perfil poco justiciero, dotado de un mazo de cotillón y unas singulares antenitas usándolas **como un radar destinada a encontrar la buena suerte mientras clama” *Síganme los Buenos*”.**

La sana niñez que me ha permitido recordar al “Chapulín Colorado” y realizar esta asociación, quizás en el futuro no nos permita que los niños en nuestra provincia puedan gozar de los derechos a alimentarse, a tener un hogar, una identidad, salud y a sobre todo el derecho a educarse y crecer en el lugar donde se los proteja, se los contenga y se valore el interés superior del niño sin parodias que hagan pensar que se fomenta lo contrario por la inacción del Estado.



### **Conclusión:**

Estoy convencido que poco importan esas voces pequeñas, que se encuentran acalladas por la marginalidad y la pobreza, pues la inacción del Estado sólo provoca reacciones de otros sectores en casos de cimbronazos, ciertos o mediáticos o corrupción. Pero si nos detenemos a mirar la situación de los más vulnerables observaremos la daga silenciosa de la ineficiencia o el autismo del Estado que por otro lado es quien declama en forma sistemática que garantiza con más derechos a los niños y los protege del desamparo como una proclama lanzada al viento.

El amparo es un camino, una herramienta útil para restablecer derechos constitucionales que fueron conculcados, pero su reglamentación actual y sus difusas interpretaciones, hacen pensar en una dicotomía entre lo normado y la aplicación real de los derechos de los niños.

Me parece relevante volver a valorar en nuestro ámbito Provincial, los considerandos efectuados por la CSJN en los fallos “Siri y Kot” y volverlos a reinterpretar a luz de nuestra actual constitución, no permitiendo que la reglamentación diluya los límites y su carácter excepcional, que en el caso de los derechos de la niñez tendrán que contener dentro de esa filosofía y esos contenidos el interés superior del niño como un faro que ilumine el camino de la actuación de la justicia.

Es necesario adecuar nuestra reglamentación provincial de la garantía amparo en relación a la normativa de los derechos del niño en pos de no hacer virtuales declamaciones de sus derechos, sobre todo respecto de la competencia en la materia para resolver estas cuestiones.



Debemos debatir y repensar cómo hacer efectivos los derechos de la niñez y dar impulso a la figura de un Juez capaz de proteger y poner límites al mismo tiempo a los niños y al Estado. Una figura ágil y presente que ampare y cobije con sus actos los niños que sufren la violación de garantías constitucionales de manera efectiva. Acaso entonces se pueda escuchar “*no contaban con mi astucia*”.

### **Bibliografía**

Agusto M. Morelo y Carlos A Vallefín “El amparo. Régimen Procesal”. Quinta Edición. Publicado en la ciudad de la Plata en el año 2004 por Librería Editora Platense S. A.