

TOMO XVI – SENTENCIA – T.S.J.-

REGISTRO 561.-

FOLIO 3.181/3.189.-

PROT. ELEC. TSS1 015 S.131

Río Gallegos, 20 de diciembre de 2013.-

**Y VISTOS:**

Los presentes autos caratulados: “**DEFENSORIA OFICIAL N° UNO DE MENORES Y OTRA c/ SUBSECRETARIA DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA Y OTROS s/ ACCIÓN DE AMPARO**”, Expte. N° **D-15.194/12** (D-1.903/13-TSJ), venidos al Acuerdo para dictar sentencia; y

**CONSIDERANDO:**

**I.-** Que llegan los presentes autos a conocimiento de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 604/615 vta. por el Sr. Defensor Oficial ante las Cámaras de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial, contra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial obrante a fs. 583/590 vta.. Invoca como fundamento del recurso sub examine violación y errónea aplicación de la ley.-

**II.- El caso.** Los Sres Defensores Oficiales Titulares de las Defensorías Oficiales N° Uno y Dos de Menores de la ciudad de Río Gallegos promueven acción de amparo (confr. fs. 76/92) contra el Poder Ejecutivo Provincial, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Niñez Adolescencia y Familia, y Ministerio de Economía de la Provincia de Santa Cruz a los fines de regularizar la deuda en el pago de salarios a los encargados y operadores del sistema de ‘hogares alternativos’ (Sistema de Abrigo Socio Familiar), dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Santa Cruz, correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 2012, como asimismo el pago de las asignaciones correspondientes a cada niño, niña o adolescente alojados en los hogares del Estado, correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 2012, como así también otras necesidades de los menores.-

El fallo de Primera Instancia resuelve: 1°) hacer lugar a la acción de amparo promovida por los Sres. Defensores Oficiales Titulares de las Defensorías Oficiales N° Uno y Dos de Menores de la ciudad de Río Gallegos contra el Poder Ejecutivo Provincial, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Niñez Adolescencia y Familia, y Ministerio de Economía de la Provincia de Santa Cruz; 2°) hacer lugar al pago de las asignaciones en mora correspondiente a cada uno de los

niños incluidos en el sistema de ‘Hogares convivenciales alternativos’ en el ámbito de la ciudad de Río Gallegos y los montos adeudados por tres mensualidades (julio, agosto y septiembre de 2012) a los encargados y operadores del sistema de hogares alternativos, dependientes del Ministerio de Desarrollo Social también en el ámbito de la ciudad de Río Gallegos. Ello, sin perjuicio de acreditar el efectivo cumplimiento de los períodos pendientes, bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Asimismo, ordena que deberán los accionados respetar en lo sucesivo la prioridad en el pago de estos rubros, conforme lo establecido por el artículo 4° de la ley 3062; 3°) hacer lugar al pedido de actualización del importe de ‘asignación’ fijada por cada niño o adolescente incluido en el sistema de hogares, fijando un monto adicional de \$600 por cada niño o adolescente incluido en el sistema de ‘hogares’ o ‘abrigo socio-familiar’ del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Santa Cruz; 4°) Intimar al Ministerio de Desarrollo Social y a Subsecretaría de Niñez Adolescencia y Familia para que en el plazo de 10 días acrediten la satisfacción de necesidades urgentes detectadas en ‘hogares’ reseñados en apartado III b) y III c) de los Considerandos; 5°) intimar al Ministerio de Desarrollo Social y a la Subsecretaría de Niñez Adolescencia y Familia para que en el plazo de 10 días presenten informe actualizado y detallado de hogares, encargados, niños y adolescentes incluidos, estado edilicio y de prestaciones implementadas para asegurar condiciones de alimentación, salud, vestimenta y educación; 6°) ordenar al Poder Ejecutivo la reglamentación de los artículos 46 y 47 de la ley N° 3062, creadoras del ‘Fondo Provincial para la Niñez y Adolescencia’, y disponer de las partidas y disposiciones específicas y necesarias en el proyecto de presupuesto; 7°) atendiendo que la necesidad de reglamentación de la ley 3062 requiere del conocimiento y eventual intervención de otros Poderes del Estado, manda a comunicar el contenido de la sentencia al Poder Legislativo Provincial y al Sr. Defensor de Menores ante el Excmo. Tribunal Superior de Justicia; 8°) imponer las costas a la demandada perdidosa (confr. fs. 514/537).-

El Estado Provincial demandado plantea apelación a fs. 542/548 vta., cuestionando la condena al pago de mensualidades y ciertos rubros sin reconocer que algunos ya fueron debidamente cancelados. Se agravia por considerar que el Juez *a quo*, violentando el elemental principio republicano de la división de poderes, arrogándose facultades legislativas y ejecutivas, insólitamente dispone un aumento de \$600 de adicional de un rubro a cargo del Poder Ejecutivo. Asimismo se queja por haber sido condenado al pago de períodos no reclamados por la Defensoría, y extiende la condena a hogares de menores no incluidos originariamente en el libelo de inicio, que refiere solamente a los hogares sitios en las localidades de Río Gallegos

y Puerto Santa Cruz. Entiende que el fallo de primera instancia avasalla facultades propias del Poder Ejecutivo, al ordenarle la reglamentación de una ley, y conformar las partidas presupuestarias bajo determinadas pautas. Finalmente se agravia por la imposición de costas, al entender que revierte en el mismo Estado dicha condena, por resultar ambos contendientes, representantes de los poderes constituidos. Impugna todos y cada uno de los puntos del pronunciamiento cuestionado y hace reserva del caso federal. Asimismo, a fs. 580/581, se adjuntan informes requeridos en los puntos 4° y 5° del pronunciamiento de primera instancia, para que sean considerados cumplidos y declarados abstractos por el decisorio de la Alzada.-

La Cámara de Apelaciones (sentencia interlocutoria de fs. 583/590 vta.), hace parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 542/548 vta. y, en consecuencia, resuelve: a) declarar inoficioso el tratamiento de los puntos 2°, 4° y 5° de la sentencia del *a quo*, (pago de asignaciones en mora e intimaciones al Ministerio de Desarrollo Social y a la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia para acreditación de satisfacción de necesidades urgentes de niños, niñas y adolescentes incluidos en sistema de ‘hogares’ o ‘Abrigo sociofamiliar’ y presentación de respectivos informes actualizados para reflejar panorama de los ‘hogares’); b) revocar los puntos 3°, 6° y 7° del fallo de instancia de primer grado (actualización del importe de asignación e imposición de suma adicional de \$ 600 por cada por cada niño, niña y adolescente incluido en el sistema de ‘hogares’; orden al Poder Ejecutivo de reglamentación de los artículos 46 y 47 de la ley 3062; comunicación del contenido de la sentencia al Poder Legislativo y al Sr. Defensor de Menores ante el Excmo. Tribunal Superior de Justicia); c) imponer costas a la demandada perdidosa.-

**III.-** Contra aquella decisión se interpone Recurso de Casación, el que es declarado inadmisibles por Interlocutorio de fs. 620/621 vta., lo que da origen al recurso de queja, interpuesto a fs. 710/712 vta., y que resultara acogido por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia a fs. 720 y vta.-

Que, aduce en el recurso casatorio de fs. 604/616 que del fallo en crisis se desprende un “...notorio apartamiento y desconocimiento de la normativa Constitucional vigente como así también de Tratados Internacionales, Doctrina y Jurisprudencia relacionada, omitiendo el dictado de una sentencia conforme a derecho, procediéndose a vulnerar derechos y garantías expresamente consagrados y afectando además el derecho a una tutela judicial efectiva...” (confr. fs. 607 vta.). Considera que la Alzada, al momento de resolver dejar sin efecto la actualización del importe de adicional a la asignación fijada para cada niño o adolescente y la intimación efectuada

al Poder Ejecutivo para que reglamente la ley 3062, creando el Fondo Provincial para la Niñez y Adolescencia, y disponiendo partidas específicas en el presupuesto, no hace sino sólo mencionar el artículo 104 de la Constitución Provincial y los artículos 46 y 47 de la ley 3062, pero sin explicar los motivos de tal decisión. Y dice: "...Resulta evidente que no se ha comprendido y mucho menos valorado la normativa actualmente vigente en nuestro País... incurriendo notoriamente en una violación a la ley, supuesto contemplado en el inc. a del art. 3 de la Ley 1687... Desconoce y omite la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería estándares mínimos que son exigidos al Estado según nuestro sistema jurídico que componen la estructura del sistema de derechos fundamentales de la niñez..." (confr. fs. 607 vta.). Efectúa enumeración de los artículos que considera conculcados, a saber: art. 75, inc. 22 CN, art. 4º, 6º inc. 2 y 23 CIDN, art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), arts. 3, 10, 11, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales; arts. 7º y 9º Declaración Americana de los Derechos y Deberes; art. 1º de la ley N° 26061; art. 1, 5, 20 de la Ley 3062 (confr. fs. 608/609 vta.). Entiende que se ha producido "...una vulneración en los derechos de los niños, niñas y adolescentes quienes ante la falta de pagos de las personas que se desempeñan como operadores familiares y encargados de hogares, como así también la magra asignación económica que se abona por cada niño y/o adolescente, vulnera el derecho a una alimentación sana y acorde a su etapa de desarrollo evolutivo, a una vestimenta apropiada, derecho a la intimidad y a satisfacer sus necesidades de higiene, derecho a una vivienda digna, derecho a la educación, derecho a la salud, derecho al esparcimiento y actividades recreativas..." (confr. fs. 610 y vta.). Considera que frente a la vulnerabilidad en que se encuentra el colectivo de niños y adolescentes, reconocida por el Estado Provincial demandado, la misma Alzada, pese a advertir el incumplimiento por parte del Poder Ejecutivo y los pretextos inexcusables esgrimidos para sustraerse de su obligación, solamente se limite a una 'exhortación' (confr. fs. 610 vta.). Entiende que tras la consagración doctrinal y jurisprudencial de la operatividad de normas contenidas en los tratados internacionales, como así también la existencia de un Estado responsable y garante de los derechos de los individuos, "...Limitarse a exhortar y sugerir a un segmento del estado [sic] que se agravia por tener que cumplir con sus obligaciones, hacen letra muerta al acceso a la justicia que los sectores más vulnerables exigen tornándose ilusorio las garantías mínimas establecidas en nuestra constitución..." (confr. fs. 611 vta.). "...Luce manifiestamente irrazonable haber dejado sin efecto la sentencia que actualizaba el importe de la 'asignación' fijada por

cada niño o adolescente incluido el sistema de hogares como así también la orden dirigida al Poder ejecutivo para que reglamente los art. 46 y 47 de la ley 3.062 disponiendo así las partidas y disposiciones específicas y necesarias en el proyecto de presupuesto so pretexto de una división de poderes por lo que en consecuencia, se hace necesario el presente recurso como remedio procesal tendiente a que se case la sentencia recurrida y se dicte una resolución conforme a derecho...” (confr. fs. 612). En cuanto a la errónea aplicación de la ley, dice sentirse agraviado por la revocación por parte de la Alzada de los puntos 6° y 7° de la sentencia de grado, en virtud de los cuales se ordenaba la reglamentación de los arts. 46 y 47 de la ley 3062 (creación del Fondo Provincial para la Niñez y Adolescencia, y la disposición de partidas específicas en el proyecto de presupuesto), y la comunicación al Poder Legislativo Provincial y al Sr. Defensor de Menores ante el Excmo. Tribunal Superior de Justicia del contenido del decisorio de primera instancia (confr. fs. 612 y vta.). Señala que el pronunciamiento de la Alzada no ha hecho ninguna mención a la normativa que regula los deberes reglamentarios del Poder Ejecutivo (confr. fs. 612 vta.). Tras conceptualizar la ‘inconstitucionalidad por omisión’ y ponderar la obligación positiva del Estado de responder ante la violación de derechos de la infancia y adolescencia - buceando en destacados autores y fallos jurisprudenciales-, el impugnante insiste en que la resolución cuestionada, con la sola exhortación efectuada al Poder Ejecutivo a reglamentar los arts. 46 y 47 de la ley 3062 y tras la errada interpretación del principio republicano de división de los poderes, continua avalando el incumplimiento estatal de reglamentación en el plazo de ciento ochenta (180) días desde la promulgación (art. 83 Ley 3062), eludiendo de este modo los deberes que son impuestos constitucionalmente en relación a los niños institucionalizados, que se encuentran en constatada situación de vulnerabilidad (confr. fs. 613/614). Por todo ello, considera “...necesario subsanar esta vulneración de derechos mediante el presente recurso solicitando que se efectivice la creación del fondo Provincial para la Niñez, conforme expresamente dijo el legislador el cual estará integrado por los recursos asignados anualmente en el Presupuesto Provincial...” (confr. fs. 615). Asimismo, formula reserva del caso federal (confr. fs. 615 y vta.).-

Únicamente la demandada, a fs. 725/730 vta., presenta el memorial, en los términos del art. 8° de la ley 1687 (confr. certificación actuaria de fs. 731).-

A fs. 731. se corre vista al Sr. Agente Fiscal ante este Tribunal, quien contesta el traslado a fs. 732/735 vta., donde expresa que: “...A poco que se avanza en el análisis de los agravios expuestos por la actora, es dable advertir que la

misma no ha logrado demostrar que el razonamiento que motiva la solución a la que arriba el a-quo presenta vicios o irregularidades de la entidad exigida para dar sustento al remedio casatorio, no lográndose advertir la aplicación errónea de la ley ni la violación de la doctrina legal. Para mayor abundamiento he de esgrimir que los argumentos planteados en el libelo recursivo, reflejan que la quejosa interpreta erróneamente las normas que rigen la instancia extraordinaria de la casación, pues a mi entender de ninguna manera cabe la aplicación errónea de la ley, ya que el recurso deducido sólo traduce un dispar criterio de interpretación y aplicación de normas de derecho común y de valoración de los elementos de juicio insuficientes para configurar un caso susceptible de ser analizado en la instancia excepcional... Es por ello que dichos agravios deben ser rechazados...” (confr. fs. 733 y vta.). El Sr. Fiscal coincide con la Alzada en lo referido a la revocación del “...aumento y/o actualización del importe de la ‘asignación’ fijada por el Juez de Primera Instancia y que se debía sumar a lo que el Estado Provincial abona por cada niño o adolescente incluido en el sistema de hogares o abrigo socio familiar del Ministerio de Desarrollo Social, en función de lo establecido en la ley 3062...” (confr. fs. 733 vta.), por entender que la composición de la ley de presupuesto no puede ser establecida por una sentencia judicial, pues “...significaría invadir esferas de poder pertenecientes a otro u otros órganos e inmiscuirse en políticas de contenido general que no le conciernen... el Poder Judicial no debe inmiscuirse en materias propias del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo como es la política económica...” (confr. fs. 734.). En otro pasaje de su dictamen sostiene que “...Lo que si puede y debe hacer el Poder Ejecutivo es reglamentar en forma urgente la ley 3062, especialmente en el art 46... y el art. 47... Es decir esta reglamentación es esencial en este caso para que sea plenamente eficaz la protección integral que el Estado Provincial pretende dar, a la Niñez y adolescencia...” (confr. fs. 734 vta.). Y continúa: “...voy a disentir con lo resuelto por la Excma. Cámara al exhortar y no intimar al Poder Ejecutivo a que en un plazo breve proceda a la reglamentación total de la ley 3062.... la falta de reglamentación implica en la práctica un doble derecho de veto, lo que constituye una violación a los principios de la Constitución Provincial con el agravante de que esta omisión implica bloquear la voluntad legislativa que no cuenta con el mecanismo de equilibrio que es la insistencia. El Poder Ejecutivo debe cumplir con la obligación reglamentaria prevista en la Constitución y de esta manera viabilizar los derechos garantizados en el plexo legal vigente...” (confr. fs. 735). Concluye que “...no corresponde decirle al Poder Ejecutivo a través de una sentencia ‘en cuánto debe actualizar la asignación fijada por cada niño o adolescente’ incluido en el sistema de hogares o abrigo socio familiar, fijando el Juez la suma del

adicional (\$600) como pretende la quejosa, lo que hay que hacer es intimar al Poder Ejecutivo para la reglamentación urgente de la ley 3062 lo que traería aparejada la creación del ‘Fondo Provincial para la Niñez y la Adolescencia’ con su consecuente partida presupuestaria, lo cual permitiría cerrar el ‘círculo virtuoso republicano’...” (confr. fs. 735 vta.).-

**IV.-** Que conforme ha quedado planteada la cuestión extraordinaria articulada por la parte, la misma se desarrolla por el carril impugnativo establecido por el artículo 3, inciso a) de la ley 1687.-

Que a fin de ser exhaustivos en el tratamiento de los pretensos agravios que esgrime la recurrente es pertinente efectuar las siguientes consideraciones.-

Que, no se trata de abordar el tratamiento general de la temática de infancia y adolescencia sino, por el contrario, de analizar si en el *sub examine* se ha verificado “un acto, hecho u omisión de los poderes públicos que lesione, restrinja o altere con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos y garantías invocados por los peticionantes” (confr. art. 43, CN).-

Que, no se debe perder de vista que es la misma Constitución Nacional la que obliga al Poder Judicial a ordenar una acción positiva en amparo de los derechos de la niñez y adolescencia conculcados, en respeto a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados (art. 75, inc 22, CN).-

Que, teniendo presente que las prestaciones sociales son disciplinadas por normas jurídicas -aún sin reglamentar-, en casos como el presente, la revisión judicial se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones positivas establecidas por las normas, y en caso de incumplimiento, ordenar su remedio, sin que esto importe violación alguna de la división de poderes.-

Que, se ha alegado por el recurrente que la sentencia en crisis vulnera numerosas normas constitucionales y de instrumentos internacionales de igual jerarquía, particularmente las relacionadas con la protección de derechos del colectivo social de niños, niñas y adolescentes y que directamente comprometen el “Interés Superior del Niño”.-

Que, en relación a los derechos debatidos en el *sub lite*, no resultan ser meras declaraciones y proclamas, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Que, al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en varias oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional, en cuanto norma ju-

rídica, reconoce derechos humanos, y para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos: 327:3677). La no reglamentación de las garantías mínimas hace letra muerta el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables, tornando ilusoria las proclamas contenidas en la Constitución.-

Que, a fs. 589, puntualmente la sentencia de la Excma. Cámara, reconoce que en los presentes se ha comprobado el estado de vulnerabilidad de los menores, y la demandada no ha negado la existencia de irregularidades en el sostenimiento del sistema de hogares del Estado, perfectamente ilustrado como “escenario superpoblado de niños y adolescentes institucionalizados, los cuales permanecen en el sistema más tiempo del que deberían” (confr. fs. 397 vta.).

Que, acabadamente se ha constatado la insuficiencia de los fondos destinados al sostenimiento del Sistema de Abrigo Socio Familiar de la Provincia y que la situación de desamparo es clara, al igual que la obligación del Estado de prestar especial y prioritaria atención a las necesidades y derechos de los niños y adolescentes, derivada de su condición de vulnerabilidad (art. 75 inc. 23, Constitución Nacional; art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 2.2, 10.3, 11.1 y 12 inc. a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 3, 6, 18, 19, 23, 24, 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 55 de la Constitución Provincial; arts. 1, 2, 3, 5, 8, 14, 26, 28, 29 de la Ley 26061; Ley Provincial 3062, entre otras).-

Que, en los presentes, el Poder Ejecutivo Provincial debió probar que priorizó la atención de políticas públicas destinadas a la protección de derechos tan urgentes como el que aquí se pone en juego y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre las distintas políticas públicas involucradas. No logró demostrar que hubiera destinado el “máximo de los recursos” que dispone. Y una remisión genérica e infundada a la cláusula de disponibilidad de recursos no resulta suficiente, demuestra irresponsabilidad y carece de seriedad.-

#### **V.- El interés superior del Niño.-**

Que, en el caso de autos, el punto conflictivo resulta preciso: la propia subsistencia de los niños, niñas ya adolescentes institucionalizados bajo el Sis-

tema de Abrigo Socio Familiar, y la indiscutida obligación del Estado de garantizar su protección.-

Que para este Alto Cuerpo "...No han faltado párrafos que recurren al mentado Interés Superior del Niño (o "mejor interés del niño" -"best interest of the children"- para parte de la doctrina); el principio abastece de una pauta para resolver situaciones de conflicto. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto o institución, se prioriza el del niño.- La expresión representa el reconocimiento del menor como persona, de sus necesidades y, primordialmente, representa la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo por su condición minoril. La dicotomía es simple: resultará en interés del menor toda acción, medida o decisión que respete y garantice sus derechos y lo reconozcan como sujeto capaz de disfrutarlos, llenando así el objetivo de: "protección integral" y bregando por el más completo desarrollo posible, tanto de su personalidad física como psíquica; y por otro lado resultará perjudicial, las que no lo hagan. La máxima se halla en diversas y troncales normas de la Convención. El artículo 3, inciso 1, manda genérica e imperativamente que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño" (TSJ Santa Cruz, Tomo XIV, Sentencia, Reg. 491, Folio 2678/2697). "...Se trata del ingreso y operatividad de normas internacionales reconocidas y acogidas por nuestra Constitución Federal formando parte del denominado Bloque de Constitucionalidad. En definitiva, y como se demostrará, todo será resuelto bajo el manto de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante "la Convención"). Lo cual no empece a ubicarla dentro de una corriente tuitiva dirigida a los infantes que va más allá de ella, la trasciende y, a su vez, la erige como la máxima principal a la hora de juzgar situaciones que conciernen, directa o indirectamente a un menor. Son palabras y objetivos de la Convención desde su preámbulo: "...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento..." (fallo cit.).-

Que, frente a los reiterados incumplimientos por parte del Poder Administrador en lo referido al pago de asignaciones para sostenimiento del sistema integral de protección de derechos de infancia y adolescencia, resuenan plenamente aplicables las palabras de nuestro Máximo Tribunal de Justicia al decir que "los menores, máxime en circunstancias que se encuentran comprometidas su salud y

normal desarrollo, a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda. De allí que la consideración primordial del interés superior del niño viene, por una parte, tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos” (Fallos: 322:2701, y 324:122, entre otros); “[...] todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1. Convención Americana) [...] Así, entre “las medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos: 318:514). En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción...” (Fallos 331:2691, Consid. 10, in re: Recurso de Hecho: García Méndez, Emilio y Musa Laura Cristina s/ Causa N° 7537).-

#### **VI.- Falta de reglamentación ley 3062.**

Que, atendiendo a la situación de gravedad relatada por los amparistas y las circunstancias fácticas del caso, debidamente comprobada en autos y no negadas por el Estado Provincial demandado, se requiere la adopción de medidas urgentes que garanticen el sostenimiento de hogares alternativos (y/o sistema de Abrigo Socio Familiar), y los medios suficientes para el sostenimiento y digna cobertura de necesidades de alimentación, salud, educación, vivienda y esparcimiento de los niños y adolescentes institucionalizados.-

Que, luce manifiestamente irrazonable que se haya dejado sin efecto la sentencia que ordenaba al Poder Ejecutivo la reglamentación de los artículos 46 y 47 de la ley 3062 disponiendo así las partidas y disposiciones específicas y necesarias en el proyecto de presupuesto so pretexto de una división de poderes por lo que, en consecuencia, se hace necesario el presente recurso como remedio procesal tendiente a que se case la sentencia recurrida y se dicte una resolución conforme a derecho.-

Que, en el presente caso, la verificación del incumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Provincial del plazo contenido en el art. 83 de la ley 3062 resulta patente. Así, luego de ejercer la función co-legislativa que le compete, conforme arts. 105 y 106 de la Constitución Provincial, ha hecho lo suyo sin observacio-

nes (confr. texto promulgado 29/06/2009 y publicado en B.O. el 11/08/2009), obligándose a reglamentar la normativa mentada en el plazo de 180 días a contar desde su promulgación, sin concretarla hasta el día de la presente sentencia.-

Que, la falta de reglamentación de los arts. 46 y 47 de la Ley Provincial 3062 constituye una grave omisión si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son, precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad (art. 75, inc. 23).-

Que, por parte del Ejecutivo no se ha demostrado la implementación de los resortes que permitan aplicar la ley, advirtiéndose – en consecuencia – una ruptura del obrar estatal que sin justificación suficiente opera en desmedro del cumplimiento de las obligaciones constitucionalmente asumidas, lesionando la actualidad de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, siendo digna de tutela en el marco del proceso de amparo.-

Que, en este punto de análisis, resulta inconcebible que la omisión de reglamentación por parte del Poder Administrador se extienda *sine die*. Por ello, al configurar su falta de cumplimiento una verdadera omisión inconstitucional, corresponde al Poder Judicial contribuir a remediar tal conculcación.-

Que tampoco se puede concebir como sustituto de la reglamentación constitucionalmente mandada, la creación del “Fondo de Contingencia”, conforme acredita la copia aportada a fs. 752/753, por responder a naturaleza totalmente distinta. Ello en virtud de su propia definición, la cual encierra su propio límite de actuación al referir a la “contingencia”. Por el contrario, la reglamentación y creación del “Fondo Provincial para la Niñez y Adolescencia” (arts. 46 y 47, ley 3062) no encuentran límites en su aplicabilidad solamente a los supuestos de contingencia, sino que pretenden perfilar un procedimiento duradero y apto para dar respuesta integral y permanente a la temática en cuestión.-

#### **VII.- El invocado principio de la división de poderes.**

Que, en cuanto a la esgrimida división de poderes por parte del Estado Provincial para sustraerse del cumplimiento de las obligaciones constitucionales, tiene dicho nuestro Máximo Tribunal de Justicia “Que la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal” (Fallos:

308:1848).-

Que, si bien, en principio, la situación de desamparo expuesta por los amparistas, y en la que fundan su presentación, resulta reveladora de un conflictivo cuadro social, no podría ser considerada ni resuelta en su real dimensión por los órganos del Poder Judicial, toda vez que no compete a estos valorar o emitir juicios generales sobre cuestiones cuyo gobierno no le está encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles (confr. Fallos 300:1282, 301:771 y 325:396), sí corresponde al Poder Judicial garantizar la efectividad de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector al momento de administrar justicia y decidir las controversias (confr. Fallos 328:1146).

En efecto, la esencia del control judicial reside en que los jueces velen por la vigencia plena de la Constitución Nacional. Y si bien la labor del Poder Judicial no es diseñar políticas públicas, pesa sobre sus espaldas el deber de examinar frente al caso concreto si la medida dispuesta por el Poder Administrador se adecuó a las normas constitucionales y legales. En la especie, le corresponde ponderar si se consideró la prioridad del interés superior del niño y fueron respetados sus derechos fundamentales. “El modo en que se cumplirá este mandato incumbe al Poder Administrador, pero el Juez tiene la facultad de controlar si las acciones implementadas para cumplirlo son adecuadas” (confr. Abramovich, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en JA II 1177, 2006).-

En consecuencia con lo razonado, el agravio de la Autoridad Administradora referido a que la materia en juzgamiento no es susceptible de ser canalizada por la vía judicial porque afectaría la separación estricta de poderes debe ser desestimado, pues, si bien al Poder Judicial no le corresponde, dentro de su órbita de actuación, diseñar políticas públicas, sí es garante de aquéllos, ante el incumplimiento.-

#### **VIII.-La esgrimida falta de recursos del Poder Administrador. La cuestión presupuestaria.-**

Que, en lo relativo a la invocada falta de recursos por parte del Estado Provincial demandado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (Fallos: 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23;

y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente).

Que, por ese motivo, cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias, ha dejado en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad como se advierte en el presente caso, que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que *prima facie* no ha implementado políticas públicas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo exigido por el art. 2º del Pacto Internacional Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) (Fallos: 335:452, voto del Dr. E.S. Petracchi).-

Que, al respecto, Sagües señala que el Estado sólo podría eludir su responsabilidad si demuestra que se encuentra en una imposibilidad material o racional de cumplir la Constitución. No sería suficiente con sostener que “debe cumplir con tal derecho en la medida de lo posible”. Para convertir al derecho escrito en un “derecho imposible”, debería pasar la omisión por el control de constitucionalidad para determinar su grado de razonabilidad (confr. autor cit., “Estado social de Derecho y ‘derechos imposibles’ ”, JA II 3 2005).

Que, si se argumenta que el Estado Provincial no cuenta con disponibilidades financieras para sostener adecuada y suficientemente el sistema de Hogares Abrigos, se podría responder, parafraseando a Mosset Iturraspe, que el Estado “debe saber invertir y gastar”, y si lo hace mal, existe una responsabilidad que le cabe, siendo las normas constitucionales las orientadoras respecto de las necesidades que el Estado debe atender prioritariamente, a más de la prelación que se asigna a los derechos de la infancia en la mayoría de los textos legales, y el art. 5 de la ley 26.061 (confr. autor cit., “Visión iusprivatística de la responsabilidad del Estado”, en Revista de Derecho de Daños, 2000, n. 9, pag. 21).-

Que de lo informado por el Estado Provincial demandado se constata la crítica situación que atraviesan los pequeños hogares en la Provincia de Santa Cruz. El Estado Provincial no podría argumentar falta de recursos para apoyo a la infancia y adolescencia, pues la información que aporta demuestra lo exiguo de las partidas destinadas a la manutención de los niños y adolescentes institucionalizados. Resulta fácil evaluar que estas inversiones resultan insuficientes para sostenimiento del sistema, contradiciendo claramente el mandato constitucional del art. 73, inc. 23, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley 26061 y la letra de la Ley n° 3062.-

Que, se vislumbra, en coincidencia con lo expresado por el Sr. Defensor General ante el Excmo. Tribunal, a fs. 971, que toda la documentación

aportada por el demandado resulta generalizada, ambigua, y poco clara. Emerge de ello que el apoyo económico estatal resulta insuficiente para la efectiva protección de los niños y adolescentes en situación de desamparo. Las políticas y programas sociales de asistencia implementados muestran grandes deficiencias, al no prestar la ayuda mínimamente necesaria a los niños y adolescentes bajo tutela estatal que ingresan en programas pensados para contención temporaria.-

Que, se requiere, necesariamente, de fondos suficientes que aseguren el funcionamiento de los programas sociales destinados a sostener el sistema de “familias cuidadoras”.-

Que, no resulta suficiente la creación normativa si no se concreta en políticas públicas y gestos institucionales. De nada sirven rimbombantes textos consagradorios de derechos de la infancia y encendidos discursos en su defensa si en la realidad cotidiana estatal no solo se los olvida sino que incluso se los omite. Cuando los derechos humanos sólo se proclaman, comienzan a debilitarse y sólo se puede restaurar su fuerza por la acción de la justicia (al respecto confr. Grosman, Cecilia P., “La responsabilidad del Estado en la institucionalización de los niños y adolescentes”, en JA 2007 IV 1078 SJA 12/12/2007, pág. 8).-

Que, en definitiva, al retacearse los recursos destinados a la infancia y adolescencia, se provoca una agresión constitucional directa del Poder Administrador del Estado Provincial.-

Que en el presente caso, lo referido a la “actualización” del importe de la asignación mensual que el Estado Provincial abona por cada niño, niña y adolescente institucionalizado, conforme Ley Provincial N° 3062, fijando un monto adicional de \$600 (pesos seiscientos) por cada niño o adolescente incluido en el sistema de hogar abrigo socio-familiar (Punto 3 del fallo del *a quo*), este Tribunal entiende que dicho reclamo quedará subsumido dentro de la asignación a establecerse por parte del Poder Administrador, conforme a los plazos y las pautas de readecuación, detallados en el Considerando **IX**) del presente resolutorio, y utilizando como referencia un el Salario Mínimo Vital y Móvil, tal como fue peticionado por los amparistas.-

**IX.-** Que, no se debe permitir que el presente debate se desplace en su centro de gravedad abordando inconducentes discusiones maniqueas que lo único que pretenden determinar es a quién se debe atribuir responsabilidad; los poderes del Estado están llamados -nada menos- que a transportar los designios constitucionales por la senda de la realidad operativa, y esa, sin más, es la tarea a abordar. Para este cometido, se deben idear mecanismos que coadyuven a lograr que la norma

constitucional sea eficaz, y no una lista interminable de proclamas *in abstractum*.-

Que, permitir que el magistrado pueda suplir las omisiones de la Autoridad Administrativa que lesionan derechos reconocidos por la Ley Fundamental, o tratados internacionales con jerarquía constitucional resulta esencial en nuestro sistema democrático pues, de lo contrario, se estaría soslayando a los reales damnificados por actitudes omisivas, a las personas que se ven impedidas de gozar de un derecho subjetivo establecido por la Constitución, y genéricamente a la propia letra constitucional, que sufriría la obliteración de sus disposiciones.

Que, frente a este escenario de incumplimientos reiterados, de omisiones y negligencias estatales por parte del Poder Administrador en lo que respecta a la reglamentación de la ley 3062, la opción legítima que cabe a este Alto Cuerpo consiste en conminar al Poder Administrador a la reglamentación de los arts. 46 y 47 de la ley n° 3062, teniendo presente determinadas pautas orientativas para satisfacer adecuadamente las necesidades materiales de los niños y adolescentes institucionalizados, particularmente respecto de la nutrición (arts. 4.1 y 19 CADH, y 10.3 PIDESC), el vestuario y la vivienda (art. 27.3 CDN). Se debe garantizar un *mínimum tuitivo*, que debe ser respetado.-

Que, “Resta que Tribunal Superior de Justicia acompañe con sus pronunciamientos la reparación de omisiones inconstitucionales que corroen los cimientos del edificio de la Constitución -y, por ende, del tejido social mismo-. Y, paralelamente, que garantice con su accionar jurisdiccional [...] la operatividad de los derechos y garantías reconocidos en la Ley Fundamental” (Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en *Inconstitucionalidad por omisión*, Víctor Bazán (coord.), Ed. Temis S.A., Santa Fé de Bogotá – Colombia-, 1997, pág. 83).-

**X.-** Que, conforme a lo precedentemente analizado, resulta procedente el amparo interpuesto en lo referido a la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo del “Fondo Provincial para la Niñez y Adolescencia” y de las partidas presupuestarias específicas (arts. 46 y 47 de la Ley 3062), lo cual deberá implementarse en el plazo de sesenta (60) días a contar desde que adquiera firmeza la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes en caso de incumplimiento.-

Que, la reglamentación referida precedentemente deberá tener en cuenta: a) Que se garantice prioritariamente el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos por la Ley 3062, procurando los mecanismos necesarios y ágiles para dar cumplimiento en tiempo y forma a los pagos de

las sumas que correspondan abonar en virtud de las obligaciones previstas en la misma. b) Que el “Fondo” específico previsto en el art. 47 de la Ley 3062 sea incorporado en forma directa y circunstanciada en el Proyecto de Ley de Presupuesto, garantizando la intangibilidad y ejecutividad de los fondos, permitiendo de este modo un manejo contable y administrativo acorde a las necesidades del sistema.; c) Que en términos cuantitativos, la asignación dineraria a establecer sea suficiente para cubrir gastos de alimento, salud, vivienda, educación, higiene, vestimenta y esparcimiento de los niños, niñas y adolescentes que han sido puestos bajo la tutela estatal con la finalidad de ser protegidos, en los términos de la Ley 3062, teniendo presente el ‘Interés Superior del Niño’; d) Que sea tomado como referencia para establecer el tope mínimo de la asignación correspondiente a cada niño, niña y/o adolescente incluido en el Sistema de Abrigo Socio familiar (y/o sistema de ‘pequeños hogares’), el cincuenta por ciento (50%) del Salario Mínimo Vital y Móvil, y en caso de niños con discapacidad se estipule el setenta por ciento (70%) de idéntico baremo; e) Que se establezca un mecanismo de readecuación anual contemplativo de la evolución del Salario Mínimo Vital y Móvil.-

Que, en mérito a las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 604/615 vta. y, en consecuencia, casar, en lo que ha sido materia de agravio, la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial que obra a fs. 583/590 vta.,. En virtud de lo cual se dispone componer positivamente la litis, haciendo lugar al amparo deducido por los Sres. Defensores Oficiales Titulares de las Defensorías Oficiales N° Uno y Dos de Menores de la ciudad de Río Gallegos contra el Poder Ejecutivo Provincial, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Niñez Adolescencia y Familia y Ministerio de Economía de la Provincia de Santa Cruz, e intimando al Poder Ejecutivo a reglamentar el ‘Fondo Provincial para la Niñez y Adolescencia’ y las partidas presupuestarias específicas, en el plazo de 60 (sesenta) días a contar desde que adquiera firmeza la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes en caso de incumplimiento. Dicha reglamentación deberá ajustarse a las pautas fijadas en este Considerando, con costas a la demandada perdidosa (art. 16, ley 1117), teniéndose presente la reserva federal.-

Por todo ello, y oído que fue el Sr. Agente Fiscal, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia,

**RESUELVE:**

1º) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la actora

a fs. 604/615 vta. y, en consecuencia, casar, en lo que ha sido materia de agravio, la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial que obra a fs. 583/590 vta..-

**2º)** Componer positivamente la litis, haciendo lugar al amparo deducido por los Sres. Defensores Oficiales Titulares de las Defensorías Oficiales N° Uno y Dos de Menores de la ciudad de Río Gallegos contra el Poder Ejecutivo Provincial, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Niñez Adolescencia y Familia y Ministerio de Economía de la Provincia de Santa Cruz, e intimar al Poder Ejecutivo a reglamentar los artículos 46 y 47 de la Ley Provincial N° 3062, en el plazo de 60 (sesenta) días a contar desde que adquiera firmeza la presente sentencia, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes en caso de incumplimiento. Dicha reglamentación deberá ajustarse a las pautas fijadas en el **Considerando X)** del presente resolutorio.-

**3º)** Imponer las costas a la demandada perdidosa.-

**4º)** Tener presente la reserva del caso federal.-

**5º)** Regístrese y notifíquese con habilitación de día y hora inhábil. Oportunamente devuélvase.-

La presente sentencia se dicta con la firma de cuatro miembros del Tribunal por constituir mayoría concordante en la solución del caso (art. 27 de la ley Nro. Uno, t.o. ley N° 1600 y modificatorias).-

///Siguen...

las firmas

**CLARA SALAZAR**  
Presidente  
Tribunal Superior de Justicia

**DANIEL MAURICIO MARIANI**  
Vocal  
Tribunal Superior de Justicia

**ALICIA de los ÁNGELES MERCAU**  
Vocal  
Tribunal Superior de Justicia

**PAULA ERNESTINA LUDUEÑA CAMPOS**  
Vocal  
Tribunal Superior de Justicia

**MARCELA SILVIA RAMOS**  
Secretaria  
Tribunal Superior de Justicia