

Los derechos a la educación inicial y al cuidado¹
por Ana María Bestard*

Children's right to initial education and care
by Ana María Bestard

* Es Abogada. Especialista en Sociología Jurídica y Profesora Adjunta de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", de la misma Facultad y Profesional Principal de la Carrera del Personal de Apoyo a la Investigación del CONICET.

RESUMEN : En los últimos tiempos se produjo una modificación en la actividad de los tribunales nacionales que permitió la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. A ello contribuyó la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y la consiguiente incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Si bien falta mucho camino por recorrer, resulta estimulante analizar fallos como el aquí estudiado, en razón de que, a través de él, se obliga al Estado a efectivizar la educación inicial y el cuidado de los niños entre los cuarenta y cinco días y los cinco años –cuando la familia no puede cubrir tales necesidades– considerándolos sujetos de derecho y reconociendo al amparo como la herramienta principal de acceso a la jurisdicción.

ABSTRACT: In the last years there was a change in the activity of the national courts that allowed demanding the economic, social and cultural rights. The amendment of the Constitution in 1994 and the incorporation of the International Human Rights Treaties contributed to this goal. Even though if there is a long way to go, it is stimulant to analyze decisions like the one treated here. In this case the State is bound to make effective initial education and care of children between forty five days and 5 years -when their families cannot meet the needs- considering them as law subjects and recognizing the "Action for infringement of

¹ Elaborada en el marco del proyecto de investigación sobre "Monitoreo de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Perspectivas y Propuestas", que se encuentra en ejecución en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, bajo la dirección de la doctora Laura Pautassi.

fundamental rights and freedoms” (*Amparo* for the Argentinean Law) as the main mean to access to the jurisdiction.

PALABRAS CLAVES

Derechos económicos sociales y culturales – Derecho a la educación inicial – Derecho al cuidado – Grupos vulnerables

KEY WORDS

Economic, social and cultural rights – Right to Initial Education – Right to Children care – Vulnerable groups.

SUMARIO: Introducción. II. Planteo del caso. 1. La resolución en Primera Instancia. 2. Los agravios de la CABA. 3. La sentencia de Segunda Instancia. A. Las cuestiones de forma. B. Las cuestiones de fondo. a. La educación inicial. b. La violación del principio de división de poderes. c. El fundamento de la sentencia. III. Nuestra opinión. 1. Cuestiones de forma. 2. Cuestiones de fondo.

I. Introducción

Esta ponencia versa sobre los derechos a la educación inicial y al cuidado, en el contexto de la Constitución Nacional (CN), los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (TIDH) –que integran, después de la reforma de 1994, junto a la primera, el bloque de constitucionalidad federal–, las leyes nacionales, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) y las leyes locales.

Nos centraremos en el caso “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCABA) s/ amparo”, fallado, por la Sala II de la Cámara Contencioso-Administrativo y Tributario de la CABA, el 19 de marzo de 2008². Este amparo colectivo servirá como ejemplo de judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial, el derecho a la educación inicial de niños desde los 45 días hasta los 5 años. Separaremos la forma del fondo aclarando que, en materia de derecho constitucional, la distinción resulta difícil de trazar y

² www.basefuero.jusbaires.gov.ar

dudamos, aún, de que pueda establecerse, pues la forma (lo procesal) hace al fondo y se convierte en él y, a su vez, el fondo (el derecho sustantivo) determina la forma y se confunde con ella.

II. Planteo del caso

La ACIJ promovió una acción de amparo contra el GCABA, para que éste diera cumplimiento a su deber de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños, que se había visto afectado por la falta de vacantes en los jardines de infantes de la CABA. La acción fue admitida tanto en primera como en segunda instancia. El amparo fue acompañado por una medida cautelar innovativa. En él se adujo la omisión de la autoridad pública que, con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, generó la violación de derechos constitucionales, ocasionando un daño real y actual, no existiendo otra vía judicial más idónea para resolverla. Mediante la medida cautelar, se le exigía al GCABA el diseño y ejecución, en forma urgente, de medidas, al menos provisorias, tendientes a remediar la falta de vacantes, en el nivel inicial del ciclo lectivo 2007.

La ACIJ sostuvo la obligación constitucional indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de niños y niñas de la CABA, en virtud del artículo 24 de su Constitución.

Entre los agravios mencionó la inobservancia de derechos constitucionales que la CABA debía garantizar y financiar. El incumplimiento, por parte del Gobierno, de sus obligaciones, durante los ciclos 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 generó la exclusión del sistema educativo de niños y niñas en la etapa inicial. Esto significaba una subejecución presupuestaria sobre la infraestructura escolar del 32,3 %.

Sostenía que la educación inicial es esencial porque favorece el desarrollo de los niños, proyectando sus efectos tanto sobre la educación primaria, como sobre la vida laboral familiar.

La omisión del Gobierno violaba el principio de autonomía personal, el derecho a la igualdad, frente a quienes sí accedían, y el derecho a la no discriminación de los excluidos (equivalente a la violación de derechos de incidencia colectiva).

Principiando por la negativa de rigor, el GCABA consideró la demanda como genérica, indeterminada y dogmática; desconoció la omisión manifiestamente

arbitraria y/o ilegítima y sostuvo que el amparo era materialmente improcedente pues no había una omisión lesiva en los términos de los artículos 14 de la CCABA y 43 de la CN.

1. La resolución en Primera Instancia

Obligaba al GCABA a cesar en la omisión de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial.

Para asegurar el cumplimiento de la sentencia ordenó la presentación, por parte de los Ministerios de Educación y de Derechos Humanos y Sociales, de un detalle de las obras en ejecución discriminadas por distrito escolar, precisando dirección, nombre del establecimiento, estado de la obra y fecha de finalización; así como, también, los proyectos de obras nuevas, necesarias para satisfacer la demanda educativa de niños desde los 45 días hasta los 5 años, advirtiéndole que los plazos de ejecución no podían exceder del 2010.

Solicitaba además se informara sobre las medidas a tomarse a partir del 2008 y sobre la forma en que se seguiría la situación de los niños en lista de espera desde 2007. En todos los casos el *a quo* fijaba plazos de cumplimiento del mandato judicial.

2. Los agravios de la CABA :

Con relación a la forma (amparo), sostenía la posibilidad de acudir a un medio judicial más idóneo; la no verificación de la ilegalidad y/o arbitrariedad manifiesta, conforme al artículo 14 de la CCABA; y la necesidad de obtener mayor amplitud de debate y prueba. Los plazos angustiosos (48 horas, 3 ó 5 días) impedían la presentación de los informes solicitados por el juez de primera instancia.

Con relación al fondo, después de sostener que el Gobierno había cumplido con responsabilidad resolviendo progresivamente el déficit advertido en los establecimientos educacionales, concluía negando la omisión arbitraria. El control del *a quo* iba contra la planificación, las licitaciones, los plazos de los procedimientos de contratación, el estado de avance de las obras y la distribución de fondos del GCABA.

Sostenía, también, la inexistencia de caso judicial. La sentencia de primera instancia violaba el principio de la división de poderes pues importaba una

revisión de la política asistencial en educación, que era competencia exclusiva de los poderes ejecutivo y legislativo de la CABA.

No había, por ende, violación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

La sentencia de primera instancia era, a su juicio, arbitraria, pues ordenaba algo que la CABA había hecho y seguía desarrollando.

3. La Sentencia de Segunda Instancia

El 19 de marzo de 2008, se expidió la Sala II de la Cámara Contencioso-Administrativo y Tributario de la CABA.

A. Las cuestiones de forma

La Sala sostuvo que el amparo era el medio judicial idóneo (artículo 14 CCABA), en razón que el acto lesivo ocurre cuando, por acción u omisión, se afectan los derechos de particulares.

En el caso, la Administración incumple sus cometidos, no ejecuta objetivos propios en el marco de su competencia (inactividad material) y no impulsa o resuelve las peticiones que se le formulan (inactividad formal). La omisión de prestar el derecho a la educación violaba los artículos 14 y 75 incisos 18 y 19 de la CN; el artículo 13 PIDESC; el artículo 28 CDN; los artículos 5 y 7 CDR; los artículos 25.2, 26.1, 26.2 y 26.3 DUDH y los artículos 23, 24 y 25 de la CCABA.

El bloque de constitucionalidad federal del artículo 75 inciso 22 de la CN – dicen– debe orientar toda la actividad ejecutiva, legislativa y judicial del Estado. Según él la educación permite el acceso a otras libertades, logra el desarrollo más pleno de las aptitudes y cumple el objetivo de la inclusión social. Genera, también, obligaciones del Estado a efecto de garantizar los derechos de los niños (leyes nacionales 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños/as y Adolescentes; 26.206 de Educación Nacional³; ley 114 CABA de Protección Integral de Derechos de Niños/as y Adolescentes y ley 1.925 CABA)⁴.

³ Regula la Educación Inicial como primer nivel de los cuatro establecidos. La misma implica una unidad pedagógica desde los 45 días hasta los 5 años, siendo obligatorio el último (artículo 17) y la universalización de la educación para los 4 años.

⁴ Determina las competencias de los Ministerios de Educación y de Derechos Humanos y Sociales.

Concluyen sosteniendo la omisión del GCABA, lo que importa una ilegalidad manifiesta (inactividad material). Sus actos no concuerdan con las normas jurídicas que prescriben lo debido. El principio de legalidad implica una doble exigencia para la Administración: la prohibición de actuar en contra de las normas y la obligación de actuar conforme a ellas, persiguiendo el interés público en todas sus actuaciones. La omisión del GCABA en el cumplimiento de sus obligaciones resulta evidente, tornándose el amparo en una vía procesal adecuada.

Afirman, también, la inexistencia de otro medio judicial más apto. El amparo es idóneo cuando la acción u omisión reúne los caracteres de ilegitimidad y/o arbitrariedad manifiesta y ocasiona, en forma actual o inminente, una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos y garantías constitucionales o legales. El caso se enmarca en la normativa constitucional. No viabilizar la lesión constitucional a través del amparo constituiría limitar el carácter operativo de la garantía constitucional y perpetuar la falta de acceso al derecho de un grupo en condiciones de vulnerabilidad.

Resulta procedente el artículo 43 de la C.N. ante la inexistencia⁵ e ineptitud⁶ de otras vías judiciales. Tampoco se afectó el derecho de defensa del Gobierno. Se pronuncian, también, por la innecesariedad de ampliar el debate y la prueba⁷.

Estamos en presencia de una causa contenciosa: Quien la promueve posee un interés económico o jurídico tutelado por la sentencia, el agravio recae sobre el peticionante y no sobre terceros. Además la legitimación procesal de la actora no fue refutada en el recurso de apelación⁸.

B. Las cuestiones de fondo

a. La educación inicial

⁵ Youssefian, Martín c/ Secretaría de Comunicaciones (Sala IV CAFed 23/6/98), Ídem nota 2 p. 6.

⁶ Cameo, Fredy c/ Ministerio de Economía (Sala III Civ y Co Fed 31/8/2004); Holub Patricia c/ Ministerio de Economía 8/5/2005 (CCA La Plata), Ibídem.

⁷ Conforme la sentencia de Cámara, la actora presenta prueba documental y una grabación. La demandada: documental e informativa para el caso de desconocimiento de la documental. La propia actuación del GCABA limitó la prueba, Del análisis de diferentes presentaciones del GCABA, surge que contó con plazos más amplios que los que alega para adjuntar documentación o producir informes.

⁸ Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la misma Sala (Rubiolo, Adriana c/ GCBA s/ amparo del 16/11/2000), Ídem nota 2, p. 8.

Por mandato constitucional el Poder Legislativo debe definir el modelo institucional asegurando la vigencia de determinados principios y garantías, insertos en la CN y en los tratados por ella previstos (igualdad de oportunidades y posibilidades, la no discriminación y el derecho de enseñar y aprender)⁹.

La educación inicial importa la base fundamental del desarrollo cognitivo, emocional y ético de cada hombre. Su intención pedagógica es la formación integral del niño en aspectos sociales, afectivo-emocionales, cognitivos, motrices y expresivos. Asimismo posee un doble aspecto: el de la educación en sí misma y el de la protección de la persona fuera del ámbito familiar. La faz protectora apunta a revertir situaciones de abandono infantil y de peligro. La familia desempeña un rol asistencial principal. Cuando ésta no lo cubre, el Estado debe asumir la obligación de prevenir las desigualdades sociales que, generalmente, se traducen en la falta de adaptación al medio educativo o en el fracaso escolar. La atención temprana de estas necesidades servirá para prevenir consecuencias educacionales y sociales negativas.

Del debate de la Ley Nacional de Educación surge que la población de 0 a 4 años tiene diferente acceso a aquel derecho. Por lo tanto, resulta necesario expandir la oferta, según las exigencias de cada edad, a fin de, junto a los padres, ofrecer las máximas posibilidades de desarrollo.

El GCABA reconoce en la población beneficiaria de los jardines de infantes una situación de pobreza y/o vulnerabilidad.

De los informes presentados en la causa, aunque con disparidad numérica, aproximadamente 8.000 niños, entre 45 días y 5 años, carecen de educación inicial, lo que se patentiza en las listas de espera.

El incumplimiento resulta más palmario al ser los Ministerios de Educación y de Derechos Humanos y Sociales los que tienen asignada esa competencia. La conclusión no se hizo esperar: el derecho a la educación resulta omitido.

Como derecho subjetivo exige del Estado medidas efectivas para su concreción. Todos los derechos imponen al Estado cuatro clases de obligaciones: respetar, proteger, garantizar y promover. Ninguno de ellos

⁹ Fallos 322:919 (Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/ Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo, dictamen del Procurador General 2/12/2002), *Ibíd.*

distingue entre obligaciones positivas y negativas u obligaciones de medio o de resultado. El marco teórico es la unidad de derechos “civiles y políticos” y “sociales, económicos y culturales”.

Entiende la Sala que la mejor interpretación operativa posible, a la luz de la historia argentina, donde tanto el autoritarismo como las políticas de exclusión social han sido constantes, es la que lleva a no efectuar distinción entre derechos operativos y programáticos, la que, por otra parte, no surge del texto constitucional. La norma programática se asimila a recomendación o consejo destituido de valor normativo o, en el mejor de los casos, a parámetros muy débiles.

Conforme a su criterio, aún aceptando la existencia de normas programáticas, siempre habrá un contenido mínimo, que no puede quedar sin efecto ni aplicabilidad mientras su despliegue es llevado a cabo¹⁰.

Sentado lo anterior, la sentencia alude al compromiso de los Estados de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena eficacia de los derechos reconocidos en los ordenamientos nacionales e internacionales. Tales derechos tienen como destinataria a la persona humana y, en consecuencia, requieren del Estado el máximo esfuerzo de los recursos disponibles, con lo que destierra inmediatamente interpretaciones o medidas regresivas en la materia¹¹.

La sentencia analiza el artículo 19 de la CN regulatorio de los derechos individuales básicos. Para gozarlos es menester materializar ideales personales y planes de vida que tengan en cuenta la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, y la libertad de acceso a recursos materiales. Al derecho de no interferencia debe sumarse el deber del Estado y de los otros de no coartar acciones autónomas. Pero, a la vez, exige del Estado acciones activas que hagan posible la inclusión social y, por la tanto, el goce de los derechos humanos. En síntesis, que el Estado brinde prestaciones positivas y negativas. “El derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual, de acuerdo con el artículo 19 CN”.

¹⁰ MMM c/ GCABA s/ amparo –artículo 14 CCABA– Expte 13817/0. Voto mayoría Dres. Carlos Balbín y Horacio Corti, Ídem nota 2, p.10.

¹¹ CSJN (Sánchez M del C c/Anses). Voto Dr. Juan Carlos Maqueda, Ibídem.

El artículo 19 importa prestaciones positivas, según la jurisprudencia de la Sala¹². Para la libre elección del plan de vida se necesitan, no sólo abstención, sino prestaciones positivas y activas del Estado.

De acuerdo con el artículo 17 CCABA es deber del Gobierno desarrollar políticas sociales coordinadas para superar la pobreza y la exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos, con mayor relevancia social y jurídica cuando están en juego personas menores, en situación de exclusión social. Es así que con el objeto de satisfacer ese standard mínimo de autonomía personal, el Estado debe respetar y promover por mandato constitucional, de modo preferente, los derechos sociales, económicos y culturales de los grupos más vulnerables. De conformidad con la CCABA y los TIDH , el Estado debe hacer y no hacer.

La educación inicial comprende el derecho a la educación propiamente dicha más el derecho de carácter asistencial y de inclusión social (artículo 24 CCABA). El tema lleva años sin solución efectiva, con una subejecución presupuestaria del 63 % del crédito vigente. La ley 2565 de la CABA, sobre emergencia en materia de infraestructura de establecimientos educativos de gestión estatal, abarca sólo un aspecto, falta poner en funcionamiento lo referido al sistema educativo.

La conclusión era terminante: la CABA no cumple con los TIDH que obligan a tomar las medidas adecuadas para garantizar los derechos hasta el máximo de los recursos del Estado.

b. La violación del principio de división de poderes

La finalidad del principio es controlar el poder, posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas. La Sala considera que los fallos tienen dos funciones : la institucional (resolución final de los conflictos como ejercicio de la competencia jurisdiccional) y la procesal (decisión sobre la procedencia o improcedencia de las pretensiones con el alcance que corresponde a cada tipo de proceso). Su finalidad se logra cuando se dirime el litigio respetando el principio de congruencia y de acuerdo con las probanzas de la causa

¹²“Pérez Víctor G y otros c/ GCBA s/amparo” (Expte. 605 del 21/1/2001); “Benítez, María Romilda y otros c/GCBA s/medida cautelar” (Expte 2069, J2,S 3 del 16/11/2001), Ídem nota 2, p.11.

(derecho aplicable y hechos probados). En consecuencia, la sentencia “debe reputarse inválida si padece de errores, omisiones, desaciertos y carece de fundamentación fáctica y legal”. Ello ocurre si el fallo, en su parte dispositiva, no determina en qué consiste la condena de modo expreso, positivo y preciso; y si describe el conflicto con una excesiva generalización e indeterminación, que lo torna insustancial¹³.

El Superior Tribunal de la CABA –en adelante STCABA– señaló que la indeterminación del modo de cumplimiento de la sentencia acarrea su invalidez como acto jurisdiccional y que dejar librado a la parte vencida algún aspecto de la resolución, como puede ser la oportunidad, sólo se justifica en algunos supuestos¹⁴.

Conforme a esta doctrina, el fallo debe determinar expresamente su forma de ejecución, sin olvidar las exigencias del artículo 12 incs b) y c) de la ley 16.986. Por lo tanto, la sentencia de amparo debe contener: la determinación precisa de la conducta a cumplir; las especificaciones necesarias para su debida ejecución y el plazo para el cumplimiento de lo resuelto. No se trata de negar la viabilidad de los procesos dirigidos a hacer cesar la inactividad material de las autoridades, sino de rechazar la validez de sentencias que se limitan a declarar en general la vinculación del Estado a la ley, sin resolver realmente la controversia mediante la indicación clara de las conductas debidas.

Éstas son contrarias al artículo 106 de la CCABA. Implican un menoscabo a las reglas del debido proceso, especialmente a las referidas al derecho de defensa. Deferir a la etapa de ejecución de la sentencia la determinación del contenido efectivo del mandato, podría generar la imposición de sanciones conminatorias por un aparente incumplimiento que el condenado no estuvo en condiciones reales de evitar, porque nunca se especificó en qué consistía la conducta incumplida¹⁵.

¹³ CNACom Sala D 26/10/95 “Alí Galli, Jorge F y otro c/ Asociación Civil para el Personal Jerárquico Profesional y Técnico del Banco de la Nación” (*Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, t. 1996-E, p. 194), Ídem nota 2, p.12.

¹⁴ GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Panza Angel R c/ GCBA s/ amparo -artículo 14 CCABA-”, del 23/5/02, Ídem nota 2, p.13.

¹⁵ TSJCABA “Pons Sandra C y otros c/ GCABA s/ amparo -artículo 14 CCABAS-” Expte. n° 3097/04, sentencia del 16/12/2004 (Íbidem).

La sentencia de primera instancia establece claramente la forma en que la Administración debe cumplir con sus deberes, no impone qué debe hacer, se limita a exigir informes sobre infraestructura en ejecución o programada y sobre la manera como asegurará las vacantes para el próximo año lectivo. Luego no hay en ella violación al principio de división de poderes.

c. La sentencia es fundada

La sentencia arbitraria es la que no deriva razonablemente del derecho vigente ni de las circunstancias comprobadas de la causa. La Cámara, conforme a un antiguo precedente de la CSJN (“Rey c/ Rocha”), entiende que es la desprovista de todo apoyo, fundada solamente en la voluntad de los jueces. No es el caso del fallo de primera instancia. El Gobierno no puede decir que la sentencia de primera instancia le ordena hacer lo que ya ha hecho, pues ha quedado acreditado que aproximadamente 8.000 niños no tienen vacantes. En disidencia el Dr. Esteban Centanaro sostuvo que debe juzgarse al momento de dictar la sentencia¹⁶.

La sanción de la ley 2565 por la CABA da cumplimiento expreso a la sentencia apelada y, con teste con la norma, el objetivo deberá alcanzarse antes del 31 de diciembre de 2008, plazo que, a criterio del juez, resulta razonable.

El artículo 3º de la ley ordena la construcción de nuevas aulas en los establecimientos existentes con el objeto de paliar el déficit edilicio. A tal fin, la ley prevé afectar el 50 % del presupuesto de inversiones de la Dirección General de Infraestructura y Equipamiento de la Subsecretaría de Coordinación Recursos y Acción Comunitaria del Ministerio de Educación, para la realización de las obras necesarias durante el período de emergencia.

Por último, el artículo 9º crea un procedimiento licitatorio público de excepción, con plazos más breves, si los montos no superan los tres millones de pesos. Y el artículo 10º regula el procedimiento de las licitaciones privadas y contrataciones directas.

III. Nuestra Opinión

¹⁶ Conforme Fallos 295:269; 247:469; 253:347; etc., Ídem nota 2, p.14.

1. Cuestiones de forma

El fallo de primera instancia asigna al amparo el carácter de medio procesal principal para reparar la vulneración de derechos constitucionales. “No puede calificarse al amparo como una acción excepcional” –dice– y dado que constituye “una garantía constitucional para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y garantías establecidas para protegerlos, su procedencia debe ser analizada con criterio razonablemente amplio”.

Resulta importante la adhesión de la Sala II a esta doctrina porque, aunque el amparo fue reforzado y ampliado por la reforma constitucional de 1994 (tanto en el aspecto de la legitimación activa como en el de los derechos que pueden ser defendidos por su intermedio), la doctrina nacional mantiene dos posturas al respecto.

La mayoritaria, de la que Néstor Sagüés es uno de sus exponentes, lo ve como una acción subsidiaria. Apoyándose en el artículo 43 de la CN que dice que se puede interponer “siempre que no haya otro medio judicial más idóneo”, entiende que sólo podría plantearse excepcionalmente cuando la vía ordinaria (la más idónea) no procediera, en razón de tiempo o de inexistencia de medidas cautelares en el procedimiento ordinario o de su producción improbable, exigiéndose al accionante, *prima facie*, probar lo último.

La otra interpretación es sostenida por Lino Palacio y Augusto M. Morello. “En presencia de un acto u omisión que lesione o restrinja con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley y siempre [...] que en tales circunstancias sean alegadas y acreditadas por el interesado siquiera *prima facie*, el proceso ordinario no puede en ningún caso ser considerado un remedio judicial más idóneo que el amparo”¹⁷. Para la tutela de los derechos constitucionales fundamentales no hay, en principio, nada más idóneo que el amparo. “Constituye el mecanismo más potente que resguarda la eficacia de todas las demás garantías y no sólo de los derechos”¹⁸.

La interpretación de la Sala II se compadece con la normativa jurídica del artículo 43 nuevo de la CN y con el espíritu amplio que debe prevalecer para

¹⁷ Lino Palacio, “La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994”, *La Ley* 1995 D, p.1.237, cit. en Augusto M. Morello, y Carlos Vallefín, *El amparo. Régimen Procesal*, 4º ed., Ed. LEP, La Plata, 2000, p. 362.

¹⁸ Ídem, p. 373.

evaluar el amparo como herramienta de acceso a la jurisdicción y como mecanismo procesal de representación de intereses colectivos, cuando se trata de lograr la exigibilidad de los derechos de los niños.

Especifica, en *obiter dictum*, como supuesto de sentencia arbitraria por violación del debido proceso (artículo 18 CN) a aquella que no contenga todas las precisiones necesarias para lograr el efectivo cumplimiento de los derechos vulnerados. Conforme precedentes del Superior Tribunal de Justicia de Buenos Aires¹⁹, avanza sobre la efectividad del mandato judicial. La indeterminación del modo de cumplimiento de la sentencia acarrea su invalidez como acto jurisdiccional; dejar librado a la parte vencida algún aspecto de la resolución, como puede ser la oportunidad, sólo se justifica en algunos supuestos²⁰.

El amparo –como vía– y la orden judicial –con las medidas a realizar en un plazo determinado– cierran el círculo, a nivel judicial, para efectivizar la vigencia de los derechos. La importancia de la sentencia aumenta cuando se considera procedente el amparo como mecanismo posibilitador de la ejecución de políticas públicas.

2. Cuestiones de fondo

La reforma constitucional de 1994, en el artículo 75 inc. 22 que otorgó jerarquía constitucional a los TIDH, incorporó nuevos derechos y garantías al ordenamiento interno. Esto insertó al país en el sistema de la justicia internacional de los derechos humanos imponiendo cambios en la administración de justicia y favoreciendo la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos²¹.

El fallo se hace eco de esta significativa modificación jurídica y aplica, entre otras normas, en el área del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención Internacional del Niño.

Los tribunales nacionales tienen tres tipos de dificultades frente a las decisiones de los órganos internacionales: la desinformación, el rechazo y la desnaturalización de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte

¹⁹ Precedentes del STJCABA “Panza” y “Pons”, citados en la sentencia en análisis.

²⁰ Todo en conformidad con la ley de amparo 16.986, cuyo artículo 12 incs. b) y c) determina que la sentencia deberá contener las especificaciones necesarias para su debida ejecución e indicar el plazo para su cumplimiento.

²¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *El umbral de la ciudadanía*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 93, 141 yss.

Interamericana (Corte IDH) y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana (CIDH)²².

Con relación a la primera, en Latinoamérica no existe una magistratura que domine el conocimiento del derecho humanitario internacional, del derecho comunitario, ni de los procesos de regionalización. Ello constituye un óbice para su debida aplicación²³.

Pero, en contraposición, existen tribunales que aplican las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos y aceptan e incorporan la jurisprudencia internacional en la materia. Es lo que Sagüés denomina “doctrina del seguimiento nacional”.

Así lo hizo la CS en los casos “Ekmekdjian c/ Sofovich”²⁴, “Girolodi”²⁵, “Bramajo”²⁶ y “Scilingo”²⁷. En el primero consagra la operatividad del derecho de réplica, con base en la Convención Americana de Derechos Humanos; en “Girolodi” dice que la interpretación de los derechos humanos hecha por la Corte Interamericana “debe servir de guía” a los tribunales argentinos. En “Bramajo” profundiza dicha doctrina judicial, pues la hace extensiva a las interpretaciones sobre derechos humanos de la Comisión Interamericana al orden local. Postura altamente positiva, en relación a la adaptación de la CS al ordenamiento internacional²⁸.

En “Scilingo” extiende el criterio amplio de recepción de la jurisprudencia internacional al control de constitucionalidad sobre un acto del órgano judicial.

Debemos destacar que esta interpretación judicial sufrió un importante retroceso, como suele generalmente suceder en el zigzagueante camino de la jurisprudencia, en los casos : “Acosta”²⁹, “Felicetti”³⁰ y “Alonso”³¹.

El caso “Simón”³² produce un giro copernicano en la jurisprudencia de la CS al restablecer la doctrina del seguimiento nacional cuando expresó que la

²² N. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Ed. K Adenauer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 248/252.

²³ Ver casos *Benghalensis*, *Campodónico de Beviacqua* dictados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁴ Fallos 315:1492.

²⁵ Fallos 318: 514.

²⁶ Fallos 319: 1840.

²⁷ Fallos CS 6/5/1997.

²⁸ Ídem nota 23, p. 248.

²⁹ Fallos 321: 3555.

³⁰ Fallos 323: 4130.

³¹ Fallos 325: 322.

jurisprudencia de la Corte IDH, así como las directivas de la CIDH, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El fallo de Cámara en análisis es un claro y edificante ejemplo de aplicación de esa doctrina. Ello nos entusiasma porque implica un avance en el duro camino de la vigencia y operatividad de los derechos, sobre todo, de los derechos económicos, sociales y culturales de grupos en desventaja, como es el de los niños. Se consideró a los niños/niñas como sujetos de derechos y, por ende, titulares del derecho a la educación inicial.

Consagra, también, para efectivizar los derechos sociales en juego, sin clasificación ni distinción alguna, cuatro niveles de obligaciones estatales: respetar, proteger, garantizar y promover todos los derechos humanos. Es significativo ordenar al Estado que, para satisfacer las demandas de educación que importan servicios y tiempo, cumpla con prestaciones, con obligaciones de hacer.

Tampoco diferencia los derechos operativos (civiles y políticos) de los derechos programáticos (sociales, económicos y culturales). La consecuencia decisiva es que estos últimos gocen de operatividad.

Profundiza el alcance del artículo 19 de la Constitución Nacional considerando bajo su protección el derecho a las condiciones mínimas de asistencia e inclusión social, considerado fundamental e imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual. De esta manera, con el objeto de satisfacer el *standard* mínimo de autonomía personal, el Estado, por mandato constitucional, debe respetar y promover, de modo preferente, los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables. Y en este contexto deben inscribirse las políticas públicas³³.

Incluye el derecho a la educación inicial, pero no en la forma deseada³⁴. Si bien aquél se concibe como comprensivo de dos aspectos distintos el de la educación en sí misma y el del cuidado y protección fuera del ámbito familiar,

³² Fallos CS 14/6/2005.

³³ Por ejemplo las contenidas en los artículos 17 y 23 a 25 de la CCABA.

³⁴ C. Zibecchi y N. Gherardi, "El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?", *Revista de Ciencia Política de la Universidad de Chile*, N° 52, Chile, 2009, p.20.

queda fuera de su cobertura la función asistencial del Estado, con medidas de cuño universal³⁵, dirigidas a los sectores más vulnerables. La Cámara refuerza el rol de la familia en la materia y sólo en caso de ausencia de ésta el Estado debe intervenir con políticas que brinden igualdad de oportunidades a los niños y niñas en diferentes situaciones. Reconoce los efectos asistenciales pero no avanza sobre el derecho al cuidado. Teniendo en cuenta la CCABA³⁶, debería interpretarse que la Ciudad tiene la obligación indelegable de diseñar e instrumentar políticas integrales de cuidado a fin de modificar la actual concepción que delega el cuidado al ámbito privado y, en especial, a la mujer³⁷.

.

³⁵ L. Pautassi y C. Zibecchi, "Límites y desafíos en la superación de la pobreza infantil en el marco de los programas de transferencias condicionadas en Argentina. Una aproximación desde los protagonistas" (CEPAL, Informe Final, Abril 2009).p. 15/6.

³⁶ En especial los artículos 24, 41, 37 y 38.

³⁷ Para profundizar ver L. Pautassi, "El cuidado como cuestión social: una aproximación desde el enfoque de derechos", Serie *Mujer y Desarrollo* N° 87, CEPAL, 2007, Santiago de Chile.