

Acción de Amparo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes.-

Sr. JUEZ LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA DE TURNO.-

El Ministerio Público - *Fiscalía Letrada de la República*, Nacional, en lo Civil, de Tercer Turno, con despacho en la calle Sarandí 662, planta baja, DICE:

Deduce acción de amparo para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, contra el INSTITUTO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DEL URUGUAY - INAU-, con oficinas en la Avda. 18 de Julio N° 1516, a raíz de la amenaza a sus derechos a la vida y a la salud, ocasionada por la omisión del referido servicio descentralizado del Estado en detectar la presencia de niños y de adolescentes viviendo en la calle, y por la omisión en promover, consecuentemente, su internación o albergue.

LOS HECHOS.

1. Ha tomado conocimiento público que la Administración Pública, jurídicamente encargada *de la protección de niños y de adolescentes del país*, y que por mandato tiene el deber *de priorizar a los más desprotegidos y vulnerables*, no obstante, se resiste a actuar en tal sentido.

Concretamente, surge notoria, desde hace un tiempo, la presencia de un número importante de niños y adolescentes que, -en forma más o menos permanente-, "*viven en la calle*". Cuando se señala que "*viven en la calle*", se está significando que vagan, mendigan y pernoctan en la vía pública, sin solución de continuidad, en ese peculiar habitat, a merced de las inclemencias del tiempo, expuestos o directamente sometidos a la explotación y al abuso, a causa de un consabido contacto con males como la drogadicción, la delincuencia y la propia vagancia, colocando en riesgo su salud e integridad física, intelectual y moral.

Frente a esta realidad que plenamente reconoce, la Administración Pública demandada no actúa. No lo hace, y con cabal consciencia, pues, ante tal evidencia,

opone, dogmáticamente, un supuesto "*derecho de los niños de la calle a vivir en la calle*", o, como lo expresa de un modo eufemístico, un "*derecho de los niños a elegir vivir en la calle*". Presunto derecho, que, erigido como tal inclusive con el rango de interés superior, -argumenta-, le estaría prohibiendo o impidiendo todo accionar en contra de esa *alternativa u opción de vida, -a su decir-, elegida libremente*, por niños o adolescentes. Sin ambages, dicha Administración Pública ha indicado: "*el objetivo es que el niño o adolescente elija dejar la calle luego de una valoración que el propio sujeto haga a partir de la evolución de sus facultades. Implica educar y respetar opciones, hasta la de la preferencia por la calle, a pesar de los pesares*".

Reténgase: *a pesar de los pesares*.

De esa manera, la Administración Pública demandada justifica su no obrar. Llega a hablar que esa es *la política correcta* en la materia. Se ha posicionado, entonces, en una peligrosa *irresponsabilidad organizada, autolegitimándose* en un *no hacer*, que termina siendo peligroso y lesivo para con los derechos a la vida y a la salud (a la integridad física, intelectual y moral) de cierta infancia y juventud del país. Ese es *el pesar de los pesares*: niños viviendo en la calle, abandonados, hambrientos, mal vestidos, con frío, mojados, mendigando, explotados y abusados, en definitiva, violentados en sus derechos. No hacer, no actuar, no amparar, también son modalidades de ejercicio de violencia en su contra.

1.1. La denegación de actuación de las autoridades públicas reposa en un fundamento dogmático o ideológico, mas como se demostrará a continuación, no condice con la Constitución de la República ni con la Ley vigente.

La tesis, en la actualidad, confesada publicamente, de ese presunto "*derecho de los niños de la calle a vivir en la calle*" es de origen foráneo, y se ha convertido en un ensayo para liberar de responsabilidades a las autoridades públicas encargadas de proteger,

justamente, a quien no tiene protección. Así, apresuradamente, la Administración demandada concluye que se prefiere al niño en las calles, antes que al niño internado o institucionalizado.

Nadie desconoce los males de la internación, y, en especial, cuando ella no tiene justificación o se prolonga en exceso, pero, su contracara extrema, la doctrina de *la no internación o internación última ratio* ha conducido y conduce al desamparo, a la desprotección, en definitiva, a la *indefensión absoluta* de muchos infantes y jóvenes. La no internación de los niños viviendo en la calle conduce a la desaparición de sus derechos, y, peor aún, a su desintegración como individuos.

Cabe preguntarse, entonces, de qué vale ser *sujeto de derechos y obligaciones, y con capacidad de goce y ejercicio*, -según la retórica de la ley 17.823, si la cruda realidad, de todos los días, condena a muchos niños y adolescentes a vivir en un estado de absoluta indefensión. Porque a no equivocarse, un niño en la calle, en todo o en parte del día, no es un niño protegido, ni tampoco un niño con derechos. Todo lo contrario: un niño en la calle es un niño sin derechos; es un niño sin el principal derecho inherente a su condición de niño: *el derecho a ser niño* y, por ende, a ser protegido. Así, el deber de las autoridades públicas no es "*mirar para otro lado*", eludiendo sus responsabilidades, sino el de *albergarlos*. *Albergarlos* entraña darles techo, comida, asistencia sanitaria, educación, darles un hogar, o lo más análogo a un hogar familiar, es decir, protegerlos *como lo haría un buen padre de familia*, -tal cual lo preceptuaba el injustamente denostado art. 113 del Código del Niño. Protegerlos en su vida y su salud, agotando todos sus recursos, agotándolos, también, *como lo haría un buen padre de familia*.

Y esta Fiscalía ya ha expresado en otra oportunidad que no es casual que el fenómeno social de los niños en la calle, -todavía "*defendido*" por las autoridades públicas afiliadas a esta dogmática o ideología-, se haya encontrado, casi enseguida, apañando, -entre otros

lamentables fenómenos-, a niños y jóvenes adictos a estupefacientes, a niños y adolescentes inmersos en la delincuencia. Por demás obvio es que el estado de vulnerabilidad de los niños y adolescentes en la calle, en tiempo total o parcial, los convierte en víctimas propicias e inmediatas del abuso y la explotación. La dogradicción y la delincuencia son solo dos manifestaciones de ello. Lo que era fácilmente previsible, se ha vuelto realidad, y no obstante, la misma dogmática, que pugnó por defender el sospechoso derecho de los niños a vivir en la calle, en lugar de reconocer su craso error, hoy persiste, tozudamente, en su tesitura, resistiéndose, y, quizás, por eso, a admitir su responsabilidad por el daño ya ocasionado, y todavía a ocasionar a toda una generación de niños y adolescentes. Así, "el niño de la calle" no es "un niño con derechos", menos "un niño protegido". No es "un Sujeto de Derechos"; todo lo contrario, se convierte en "objeto-víctima", "vulnerable y vulnerado" en sus derechos, por demás fácil presa de la cual otros usan y abusan. ¿ Será, realmente, eso lo que se quiere ?. ¿ Existirá un propósito deliberado en tal sentido ?. ¿ Si una ley repudia a *la violencia doméstica*, no es acaso ésta otra forma de violencia, *pública* ?.

La dogmática cuestionada se escuda tildando de *paternalismo* a toda intervención del Estado que ocurra en protección y promoviendo la internación de niños o adolescentes desamparados. Equipara internación con violencia institucional. Reniega de la Tutela Pública de los niños y adolescentes como instituto originario y propio del Derecho de Constitucional y de Familia.

También resulta sintomático, en esta desafortunada ideología, el permanente repudio al concepto de *menor abandonado o desamparado*, por entenderlo, en clara equivocación, discriminatorio, siendo que, como se verá, la propia Constitución de la República lo reconoce y consigna como modalidad para legitimar el socorro estatal respecto de aquella infancia o juventud que ha quedado desprotegida. Pues, a no confundirse, parece evidente que si el país

hoy sufre, por ejemplo, el mal de los niños y adolescentes drogadictos o de niños y adolescentes incurriendo en conductas delictuales, lamentablemente, cada vez más graves y frecuentes, hechos no conocidos en tiempos pasados, no se los puede atribuir a la internación de los mismos en establecimientos del INAU, sino precisamente, y entre otras causas, al abandono y a la desprotección de muchos niños y adolescentes, provocados merced a aquella dogmática, impuesta desde el extranjero, que reniega de su internación institucional. Ocurrió en un país vecino que, al enfrentarse a una cantidad descomunal de niños viviendo en la calle, en trágica paráfrasis o analogía del proverbio "*si no puedes con tu enemigo, únete a él*", propuso y alentó el mentado derecho de los niños a vivir en la calle, para, así, justificar su inoperancia. ¿ Esa es la realidad que también debe imperar en el Uruguay ?.

En ocasión del X Congreso Internacional de Derecho de Familia desarrollado en setiembre de 1998 en la ciudad de Mendoza, el egregio especialista y Defensor Público de Menores Dr. ATILIO ALVAREZ, proféticamente señalaba: "*Las sociedades modernas intuyen que ante la cerrazón de posibilidades, la presencia de miembros jóvenes es un riesgo para el adulto instalado (...) Cuando una moda viene en efecto dominó, país por país, casi en forma copiada, quiere decir que alguien en algún lugar prevé que dentro de unos años grandes masas de población juvenil latinoamericana quedarán afuera. Si una sociedad se anquilosa, sus miembros jóvenes pasan a ser un excedente peligroso (...) El movimiento cultural de envejecimiento y anquilosamiento sucede en todo el mundo, el de exclusión de los jóvenes está sucediendo en Latinoamérica*" [Diario UNO de Mendoza, 22 de setiembre de 1998].

1.2. La resistencia de las autoridades administrativas a detectar la presencia de niños que viven en la calle y a promover su consecuente internación es corolario de dogmas antinaturales que pecan, precisamente, por no querer reconocer la naturaleza de los hombres:

que un niño o un adolescente no son iguales a un hombre adulto, y que, por esa razón, sus correspondientes status iuris no son equiparables, so riesgo de la arbitrariedad, de la injusticia. A los desiguales, el trato no puede ser igual, si no se quiere, justamente, agraviar a la verdadera inteligencia del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Parece provechoso recordar lo que, en el año 1690, explicaba el insigne JOHN LOCKE, no en vano considerado uno de los padres del liberalismo:

"(...) Aunque ya he dicho más atrás que <<todos los hombres son iguales por naturaleza>>, no quiero que se me entienda que estoy refiriéndome a toda clase de igualdad. La edad o la virtud pueden dar a los hombres justa precedencia (...) Los niños, debo confesarlo, no nacen en este estado de igualdad, si bien a él están destinados. Sus padres tienen una suerte de jurisdicción de gobierno y jurisdicción sobre ellos cuando vienen al mundo, y también durante algún tiempo después; pero se trata sólomente de algo transitorio. Los lazos de esta sujeción son como los refajos en que son envueltos los recién nacidos a fin de darles soporte durante el tiempo de su infancia en que son más débiles; la edad y la razón a medida que van creciendo, aflojan esas ataduras hasta que por fin las deshacen del todo y queda el hombre en disposición de decidir libremente por si mismo (...)

(...) La ley por la que Adán debía gobernarse fue la misma que la que habría de gobernar a toda su posteridad: la ley de la razón. Pero la descendencia de Adán al haber entrado al mundo de un modo diferente a como Adán lo había hecho, es decir, mediante un nacimiento natural que daba a luz a los hijos ignorantes y sin uso de razón, éstos no estaban, en el momento de nacer, bajo esa ley. Pues nadie puede estar obligado a una ley que no le ha sido promulgada. Y como esa ley solo puede serle promulgada a alguien dándosela a conocer mediante la razón, los que no han alcanzado aún el uso racional no pueden estar sujetos a dicha ley (...).

(...) Por consiguiente, el poder que los padres tienen sobre los hijos surge del deber que les incumbe, a saber, cuidar de su descendencia durante el estado imperfecto de su infancia. Formar la mente y gobernar las acciones de quienes todavía son menores de edad e ignorantes hasta que la razón se desarrolle en ellos y los ayude a salir de esa dificultad, es lo que los niños necesitan y lo que sus padres están obligados a procurarles. Pues Dios, al haber dado al hombre un entendimiento que dirija sus acciones, le ha concedido también un libre albedrío y la libertad de actuar en consecuencia, dentro de las leyes a las que está sometido. Pero mientras el hombre se encuentra en un estado en el que no tiene discernimiento propio para dirigir su voluntad, carece de voluntad propia por la que guiarse (...).

De manera que cuando nacemos somos libres, y somos también racionales; más ello no quiere decir que ejerzamos entonces ninguna de esas facultades. Es la edad la que, al traer una de ellas consigo, trae también la otra. Y así, vemos como la libertad natural y la sujeción a los padres son cosas compatibles y están las dos fundadas en el mismo principio. Un niño es libre en virtud de que su padre lo es; y es gobernado por el entendimiento del padre hasta que alcanza a poseer la capacidad de entender por sí mismo (...)

(...) Así, la libertad de un hombre, y la de actuar de acuerdo a su propia voluntad, se fundamenta en que dicho hombre posee una razón que lo capacita para instruirlo en las leyes por las que ha de regirse y para poner en su conocimiento los límites de su voluntad libre. Dejarlo a rienda suelta, sin cortapisa alguna a su libertad, antes de que posea esa razón que puede guiarlo, no es concederle un privilegio natural de ser libre, sino arrojarlo entre las bestias y abandonarlo a un estado miserable y tan inferior al hombre como el de aquéllas (...)" (LOCKE, JOHN - SEGUNDO TRATADO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL, 1690, en Grandes Obras del Pensamiento, Altaya S.A, Barcelona, 1990, T. 78, págs. 77-84).

De igual modo, se expresa más recientemente, SAVATER:

"A lo largo de nuestra infancia estamos protegidos por la figura de nuestros padres. Ellos se interponen entre nosotros y las responsabilidades; entre nosotros y las necesidades de la vida y la propia muerte. Los padres nos sirven como muralla a cuyo abrigo vamos creciendo.

Pero llega el momento en el que los padres comienzan a disminuir en su tamaño protector, hasta que desaparecen.

Entonces nos damos cuenta de que nosotros estamos en esa primera fila y nuestros hijos comienzan a guarecerse detrás. Esto va acompañado de la pérdida de la muralla que estaba entre nosotros y la necesidad, el dolor, las exigencias de la vida y la propia muerte. Ya nos hemos convertido en maduros, somos padres y vamos camino a cumplir nuestro ciclo vital de la mejor o peor manera (...)

(...) Una de las características de la paternidad es la subordinación de los hijos, que es la contrapartida de la responsabilidad que tiene el padre, el representar de alguna forma la autoridad.

Esta palabra no debe confundirse con autoritarismo ni con tiranía. <<Autoritas>> viene del término latino auctor, que significa <<lo que hace crecer, lo que ayuda a crecer>>. Por lo tanto, se define como aquello que ayuda a crecer bien. Es precisamente lo contrario a la tiranía, porque el interés del tirano es mantener en una infancia perpetua a aquellos a los que quiere someter. La verdadera libertad es la que proporciona al hijo los elementos para alcanzarla.

La educación es básica en el desarrollo de la libertad" (SAVATER, FERNANDO - LOS DIEZ MANDAMIENTOS EN EL SIGLO XXI, Edit. Sudamericana, 3ª edic., Bs. As., 2004, págs. 73-74).

1.3. Con el propósito de doblegar la descripta denegación sistemática e institucional a proveer, en la debida forma, a la detección de la presencia de los niños que viven en la calle y

a promover su consecuente internación o albergue, es que se deduce la presente pretensión de amparo, y en protección de sus verdaderos derechos. De lo que se trata, es que, ante la manifiesta ilegitimidad que supone la omisión en el cumplimiento de un deber público, la decisión judicial que haga lugar al amparo obligue a la parte demandada a hacerse cargo de la mencionada detección de la presencia de niños viviendo en la calle, con más la consecuente promoción de su albergue o internación ante la Judicatura competente. Se procura, por lo tanto, hacer cierto y eficaz aquel Derecho vigente y para la mejor formación de los hijos dentro de la Sociedad, para que niños y adolescentes sean protegidos del abandono o desamparo, y para que no reciban como respuesta la inacción, la dejadez o la simple omisión de la autoridad pública al respecto responsable. Y téngase presente que la referida denegación de actuación de la Administración demandada, lesiona y pone bajo amenaza, nada menos, que los derechos a la vida y a la salud corporal, intelectual y moral de niños y adolescentes.

LA PRUEBA.

2. Se ofrece como prueba *la declaración de parte de la demandada*, el Instituto Nacional del Niño y del Adolescente -INAU-, al que se citará en el domicilio denunciado en el exordio de este escrito, intimándosele a que designe a la persona física que la integra que habrá de comparecer al acto del interrogatorio para deponer por el conocimiento de los hechos denunciados, y sin perjuicio de esta parte actora reservarse la facultad legal de interrogar, y en calidad de testigo, a cualquier otra persona que tenga la condición de representante legal o integrante de la Dirección del mencionado organismo público (§ 195 l. 17.823, § 6° L. 16.011, de 19/XII/1988, y § 148, § 149, § 151.4. C.G.P.).

EL DERECHO.

3. Amén del rango constitucional de los derechos a la vida y a la salud (§ 7°, § 44), la Lex Superior encomienda obligaciones, por contrapartida, que hacen a la eficacia de

los citados derechos y en relación concreta con la infancia y la juventud: "*La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad*" (§ 40). "*La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y la juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso*" (§ 41).

BIDART CAMPOS ha sido muy claro al respecto:

"Es una noción elemental la que, por la relación de alteridad o de interferencia intersubjetiva que es propia del derecho, afirma que siempre y cada vez que hay un derecho personal titularizado por un sujeto activo, hay en correspondencia una obligación de uno o más sujetos pasivos de satisfacer el aludido derecho personal. De ahí que todo el énfasis que se vuelca a los derechos humanos tenga también que dedicarse a las obligaciones recíprocas que, en verdad, son -al igual que los derechos- de naturaleza constitucional. Ontológicamente, pues, no hay derecho personal, sin obligación correlativa. Los derechos no resultarían accesibles, disponibles, susceptibles de goce y ejercicio, si no hubiera una o más obligaciones de cargo de uno o más sujetos pasivos, o si habiéndolas quedarán sin cumplimiento" (BIDART CAMPOS, GERMAN - TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO, T. I EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD, Ediar, 1ª reimp., Bs., As., 1995, pág. 335).

Y no olvidar que el art. 332 de la Constitución de la República indica *que los preceptos de la misma que reconocen derechos a los individuos y que imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva.*

3.1. No es otra cosa que aplicación de ese correlativo deber de protección, establecido en la Constitución de la República, con el propósito de que los derechos de niños y adolescentes sean efectivamente gozados, lo que preceptúa la ley 17.823, cuando edicta que:

El Instituto Nacional del Niño y del Adolescente, aún sin la conformidad del niño o adolescente, podrá intervenir, resolviendo su internación, cuando obedezca a la situación de un niño o adolescente que pone en riesgo inminente su vida, de lo que dará cuenta inmediata a la Justicia de Familia de Urgencia (§ 121).

Y ello, está en consonancia con aquellos preceptos que edictan:

En casos de insuficiencia, defecto o imposibilidad de los padres y demás obligados, el Estado deberá actuar preceptivamente, desarrollando las actividades integrativas, complementarias o supletivas que sean necesarias para garantizar adecuadamente el goce y ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes (§ 7° N° 3°, § 21);

Y como consecuencia de esa *corresponsabilidad* legal, ergo, resultando el Estado *responsable*, ante la insuficiencia, defecto o imposibilidad enunciados, por demás patente en niños y adolescentes que viven en la calle, *tiene, entre otros, los deberes de alimentarlos, cuidar de su salud y su vestimenta y velar por su educación, y corregirlos adecuadamente, y todavía, colaborar para que esos derechos sean efectivamente gozados* (§ 16).

El Estado protegerá los derechos de todos los niños y adolescentes, independientemente del origen social o posición económica, y asegurará la aplicación de toda norma que de efectividad a esos derechos (§ 14°).

Tiene la obligación de protegerlos, especialmente, respecto de toda forma de abandono, de tratos discriminatorios, crueles, inhumanos o degradantes, de estímulos al consumo de drogas, de situaciones que pongan en riesgo su vida o en peligro su seguridad, de incumplimientos de los progenitores o responsables en alimentarlos, en cuidar de su salud y en velar por su educación (§ 15).

El Instituto Nacional del Niño y del Adolescente es el órgano administrativo rector en materia de políticas de la niñez y adolescencia y competente en materia de promoción, protección y atención de los niños y adolescentes del país (§ 68).

Las acciones del Instituto del Niño y del Adolescente deberán priorizar a los más desprotegidos y vulnerables (§ 68).

En defecto de que el niño o el adolescente no viva ni crezca en el seno de una familia, deberá hacerlo en un ámbito primario de socialización: establecimiento público o privado, y el INAU deberá velar por ello (§ 68, § 12 y § 19 apart. "A")

3.2. De las disposiciones constitucionales y legales transcritas, fácilmente dedúcese que es obligación pública de la parte demandada hacerse cargo de la detección de la presencia de niños y adolescentes que vivan en la calle y promover consecuentemente su albergue o internación. Deviene parte esencial de esa *corresponsabilidad*, impuesta desde la ley 17.823, - propia de un *Estado Social de Derecho*. Toda omisión en el cumplimiento de estas obligaciones tipifica un accionar ilícito de la Administración demandada.

También de los preceptos regentes se desprende que no existe, que no es tal, el mentado *derecho de los niños de la calle a vivir en la calle*.

Tampoco para niños y adolescentes vivir en la calle es una opción.

Y ello es así porque niños y adolescentes, a diferencia de los adultos, no poseen la capacidad suficiente para decidir o elegir libremente, y menos entre opciones o alternativas de tal naturaleza. ¿ Puede admitirse que los niños y adolescentes están capacitados para elegir libremente entre vivir en un hogar, bajo techo, con alimentación y cuidado, o vivir en la calle, sin el goce de éstos ?. ¿ Y si así fuese, al carecer de jurisdicción el Estado-INAU para impedir esta última opción, también los padres

carecen de la misma ?. ¿ Es que acaso puede concebirse que la ley legitima y promociona el abandono de los padres respecto de sus hijos ?, pues, téngase presente que si el Estado debe respetar el mentado derecho-opción de vivir en la calle, lo mismo tendrían que hacer los padres. Si así fuere, dicha ley devendría claramente inconstitucional. Su conflicto con los arts. 40 y 41 de la Constitución sería inevitable.

Pero, además, jurídicamente, los niños y adolescentes carecen de esa libertad de elección, que, porfiadamente, les atribuye el INAU.

La clave está en la ponderación que la Constitución de la República hace de los derechos *de libertad y de igualdad ante la ley*.

Hé allí la verdadera inteligencia de los arts. 8 y 10 de la Constitución. *Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos y virtudes. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

Así, en primer lugar, la Constitución reconoce que los niños y los adolescentes son distintos a los adultos, y, en razón de esto (que sus talentos naturalmente no son iguales a los de los adultos), los trata diferente. Y los trata diferente, justamente, para protegerlos. Para esto no les da ciertas libertades a unos, se las suspende, hasta que alcancen la mayoría de edad, y sometiéndolos a un estatuto especial. *Un estatuto especial de protección para quienes son naturalmente diferentes.*

Y ésta es la *ratio iuris*, -no otra-, de aquellos institutos de protección como la incapacidad civil, la inimputabilidad penal y la suspensión del ejercicio de la ciudadanía, -todas, por razón de la edad-, y de aquellos consecuentes como la patria potestad y la tutela (§ 252, § 280 N° 2°, § 1261 N° 2°, § 1278, § 1279, § 1280 y § 313 C.C., § 34 C.P. y § 80 N° 3° Const.), y, por último, del mismísimo Estado Tutelar o Pupilar previsto en la Constitución de

la República, que interviene ante la no existencia o el ejercicio deficitario o indebido de los precedentemente mencionados, y que, por lo visto, algunos intentan desconocer.

Otra vez tallan los arts. 40 y 41 de la Constitución, base ineludible de ese estatuto especial: para la mejor formación de los hijos, para que alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, para que sean protegidos contra el abandono corporal, intelectual o moral así como contra la explotación y el abuso.

Y curioso es que la ley 17.823 no enuncia directamente dichos artículos. [¿ Curioso ?]. Quizás esa no enunciación ocasione cierta desmemoria a algunos, la que, a su vez, haya llevado a su no consideración como Lex Superior y plenamente vigente.

Reténganse los vocablos: hijos, capacidad, protección, abandono, explotación y abuso. Sobre ellos, la Constitución de la República edifica el cometido de protección del Estado. El Estado Tutelar o Pupilar.

Y, por supuesto, contra lo que arguye el INAU, vivir en la calle, para niños y adolescentes, no es una opción permitida o legitimada por la Constitución. Y tampoco lo es por la ley.

Muy por el contrario.

Si la Constitución ordena que la ley disponga las medidas necesarias para que la infancia y la juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral así como contra la explotación y abuso y si se comprende que la ley, en cumplimiento de dicho mandato constitucional, ha emplazado al Estado en la obligación de protegerlos y respecto de toda forma de abandono, de situaciones que pongan en riesgo su vida o en peligro su seguridad y de incumplimientos de los progenitores o responsables en alimentarlos y en velar por su salud y educación, va de suyo que el Derecho repudia que

niños y adolescentes vivan en la calle. Lo prohíbe, por contrario al orden público constitucional.

Con el "*Nemo ius publicum remittere potest*" de ULPIANO, BIDART CAMPOS, siguiendo a JORGE VANOSSI, expresa:

"Las normas de la constitución son, indudablemente, de orden público. El orden público implica la no dispensabilidad, es decir, no admite que la norma de su característica sea modificada o dejada de lado por otra norma, o por pacto. <<Nadie>> puede dispensar el orden público, reza el axioma de Ulpiano (...) estamos convencidos de que en el derecho constitucional contemporáneo <<nadie>> -ni particulares, ni órganos de poder- pueden hacer prevalecer su voluntad contraria al orden público. La constitución -el <<derecho de la constitución>>- es <<derecho>> público, y es de orden público, todo lo cual significó en la concepción romanista, derecho imperativo y forzoso, no dispensable ni derogable por nadie". "(...) la clásica versión de la supremacía de la constitución, que empieza postulando que el ordenamiento jurídico -y sus fuentes- viene encabezado por ella, no se detiene en tal enunciado porque, después de situar a la constitución en el rango prelatorio que le asigna la cúspide de la pirámide jurídica, y de subordinarle todos los planos que le son inferiores, significa que ese <<estar en el vértice>> apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y obligación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones <<inter privados>>) de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla -ni por acción ni por omisión" (BIDART CAMPOS, GERMAN J. - EL DERECHO DE LA CONSTITUCION Y SU FUERZA NORMATIVA, Ediar, Bs. As., 1995, págs. 71, 88-89 // VANOSSI, JORGE REINALDO -TEORIA DE LA CONSTITUCION, Depalma, Bs. As., 1976, T. II, pág. 21).

Amén de ello, *las obligaciones deben cumplirse de buena fe* (§ 1246 y § 1291 C.C.). Y ello también vale para las obligaciones públicas (deberes públicos) que le incumben al Estado

(§ 20 Ley Anticorrupción 17.060, de 23/XII/1988, y § 2º, § 3º, § 4º, § 5º, § 6º y § 7º Dec. 500/91 de 27/IX/ 1991). Como enseña ORDOQUI CASTILLA: "*La buena fe en definitiva sale a la búsqueda de mayor seguridad y solidaridad*" (ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO - BUENA FE CONTRACTUAL, Ediciones del Foro, Universidad Católica del Uruguay, 2005, pág. 35). En cuanto a la Administración Pública, ello significa un límite a su conducta, una restricción al ejercicio arbitrario del poder público, determinando una actitud activa de cooperación, coherencia y humildad, y todo, en función de aquellos intereses generales, -cuya conservación le compete por deber (§ 168 -Nº 1º-, § 197, § 40, § 41, § 44, § 46 y § 332 Const., § 68 l. 17.823, § 20 L. 17.060).

3.3. Con la referida ley 17.823, asimismo y al decir de BIDART CAMPOS, también se prevén *las vías de exigibilidad y de compulsión para impedir la violación del derecho, y para impeler el cumplimiento de las obligaciones correlativas de protección* [TRATADO ELEMENTAL DE (...), ob. cit., pág 336].

Así se prevé la posibilidad de promover una acción de amparo y para la protección de los derechos de los niños y adolescentes, otorgándose facultad o legitimación ad causam al Ministerio Público y, aún, respecto de sus intereses difusos -colectivos- de los mismos (§ 195, § 196 + § 42 C.G. P.).

3.4. Precisamente, el presente amparo lleva consigo un reclamo **colectivo**. Es decir, procura la protección de derechos colectivos que, a la vez, son fundamentales, ergo, no dispensables por gobernados ni gobernantes.

Lo señala FERRAJOLI:

"Todo significa que la dimensión política, aunque es ciertamente una condición necesaria de la democracia sustancial, no es, sin embargo, ni siquiera en el plano axiológico, una condición suficiente; no identifica de forma exhaustiva su significado. Por lo que su dimensión teórica, para ser una definición completa posible, debe incluir, además

el límite de la democracia política representado por la indisponibilidad de todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos" (FERRAJOLI, LUIGI - LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, edit. Trotta, España, 2001, pág. 339).

Y como dice GIL DOMINGUEZ:

"La afirmación <<los derechos colectivos son derechos fundamentales>> implica sin más una ampliación positiva de la sustancia del Estado constitucional de derecho y coadyuva a la convivencia pluralista (...) Las normas de derecho fundamental son un conjunto de proposiciones que prescriben el <<deber ser>> establecido por disposiciones iusfundamentales de la Constitución" (GIL DOMINGUEZ, ANDRES - NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS COLECTIVOS, Ediar, Bs.As., 2005, págs. 57-58).

En razón de lo expresado, el amparo de autos no se trata de un reclamo individual, niño por niño, adolescente por adolescente. La protección de los derechos de niños y adolescentes importa a éstos, pero también a su familia, y también a toda la Sociedad. Se trata de un interés pluriindividual homogéneo, no divisible. Constituye un interés ideal o un derecho subjetivo público, reflejo o de reacción, exigible al Estado, en tanto es parte de los deberes o fines del mismo. **El derecho vulnerado es plurisubjetivo.** La urgencia en el amparo colectivo está en que los niños y adolescentes por los cuales se lo solicita sobreviven bajo serias amenazas a su vida y a su integridad física, intelectual y moral, y porque el corresponsable Estado-INAU, no obra ni acude en su debida protección. *"Suelen llamarse intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación o propagación subjetiva del motivo a defender. Son derechos de la sociedad toda, antes que derechos sociales de pertenencia singular (...)* *Si lo primordial de los derechos difusos es la indeterminación, significan un plus a la protección ya reconocida a ciertas situaciones o intereses"* (GOZAINI, OSVALDO ALFREDO - Derecho Procesal Constitucional - EL DEBIDO PROCESO, Rubinzal-Culzoni, Arg. 2004, pág. 128).

Así, el amparo pretendido es en función de un interés general de la Nación y reconocido en la Constitución, por todos, pero, por sobretodo, por aquellos que están indefensos, justamente, por aquellos niños o adolescentes más desprotegidos y vulnerables, y respecto de quienes el INAU está obligado a priorizar las acciones para su protección..

3.5. La ley ha establecido la competencia para el conocimiento de esta acción de amparo especial: *en razón de la materia, son competentes los Juzgados Letrados de Familia* (§ 195 cit.).

Según lo ha sostenido la jurisprudencia, la competencia ha sido asignada concretamente a la Judicatura Letrada de Primera Instancia de Familia común, no a la Especializada. En reciente situación análoga, así lo resolvió el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno que entendió que la competencia material era de la Judicatura Letrada de Familia común (Resolución N° 652, de 3/X/2006, en autos "MINISTERIO PUBLICO - FISCALIA LETRADA DE LA REPUBLICA, EN LO CIVIL DE 3er. TURNO - ACCION DE AMPARO", ficha 433-890/ 2006).

***** Como decía una profunda conocedora de estos temas, la Dra. ADELA RETA:

"Al reconocimiento de los derechos del niño como persona humana le sigue la definición de los deberes de los padres y del Estado a su respecto" (en Prólogo del Código del Niño - Anotado, concordado y comentado por NORA D'ALESSANDRO HALTY y PORTHOS D'ALESSIO, Edit. Universidad, 1995, págs, 7-8).

No es otra cosa lo que se procura con la presente acción de amparo, y en relación con la Administración Pública demandada: Se ordene judicialmente al demandado INAU a que, en el plazo de veinticuatro horas, se haga cargo: (I) de la detección de la presencia de niños viviendo en la calle, y (II) de la promoción de su consecuente internación ante la Judicatura competente.

EL PETITORIO.

4. Por lo expuesto, y de acuerdo a los arts. 7º, 8, 10, 40, 41, 44, 72 y 332 de la Constitución de la República, 3º, 7º, 9º, 12, 14, 15, 16, 19, 21, 68, 121, 195 y 196 de la ley 17.823, 1º y ss. de la Ley 16.011, de 19/XII/1988, y 42 del C.G.P., y demás normas citadas y concordantes, **PIDE**:

1º) Se le tenga por deducida la presente acción de amparo.

2º) Se convoque a Fiscalía y al Instituto Nacional del Niño y del Adolescente del Uruguay- INAU a la audiencia de rigor, y con noticia personal.-

3º) En esa misma audiencia, se diligenciara la declaración de parte solicitada como prueba, para lo que, con la convocatoria a la audiencia, se intimará al INAU a que designe a la persona física, que lo integra, que habrá de comparecer al acto del interrogatorio para deponer por el conocimiento de los hechos denunciados en este escrito.-

4º) **En definitiva, se haga lugar al amparo impetrado ordenándose al demandado INAU a que, en el plazo de veinticuatro horas, proceda a hacerse cargo (I) de la detección de la presencia de niños viviendo en la calle, y (II) de la promoción de su consecuente internación ante la Judicatura competente.-**

Otrosí pide: que se le notifique en el Despacho de la Fiscalía la decisión judicial a la que se arribe (§ 2º L.A.J. N° 9594, de 12/IX/36, § 76 y § 84 C.G.P. y § 10 N° 3º L.O.M.P. F. 15.365, de 30/XII/82).-

Fiscalía Civil 3º, setiembre 3, 2007.-