

**Expte. N° A30.203-2018/0” - “Asesoría tutelar CAYT N° 1 c/ GCBA y otros s/ amparo” – JUZGADO N° 6 EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES - 22/08/2018 (Sentencia no firme)**

Ciudad de Buenos Aires, 22 de agosto de 2018.

### **I. Vistos y considerando:**

1. A fojas 1/20 se presenta la **Asesora Tutelar CAYT n° 1** Mabel López Oliva en representación de los **niños** Y.E.L., D.E.L., T.G.D. y M.X.L., e interpone **acción de amparo** contra el **Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes** (en adelante CDNNyA) – con el objeto de resguardar su derecho fundamental a la **protección integral del niño**. Ello, en virtud de la **“omisión ilegítima [por parte del CDNNyA] de (...) intervenir en tiempo oportuno y de forma adecuada (...) a fin de cesar la situación de vulnerabilidad en que se hallan [dichos niños] y garantizar la protección integral de sus derechos”**(vide fojas 1 y 1 vta.).

Señala que el grupo familiar está compuesto por la señora R.D. y sus cuatro hijos de 12, 10, 7 y 2 años de edad, respectivamente. Indica que el padre de los niños, G.L., falleció en abril de 2018.

Informa que la Asesoría Tutelar CAYT n° 1 tomó conocimiento de la situación del grupo familiar en 2015 luego de su intervención en el marco de los autos **“D.R.D. y otros c/ GCBA y otros s/ Amparo”**, expediente n° A36.881-2015/0, iniciado por los progenitores de aquéllos con el objeto de acceder a una vivienda digna.

Relata que se trata de una familia que ha estado en situación de calle en diversas oportunidades; que ha transitado distintos albergues, hoteles y pensiones; que los padres de los niños han tenido problemas de consumo de alcohol y sustancias psicoactivas con múltiples recaídas y que la madre y Y.E.L. padecen de VIH (Virus De Inmunodeficiencia Humana).

Aclara que de las constancias de dicha causa surgen los controles médicos de Y.E.L y que concurrían a la escuela en jornada completa mientras sus padres realizaban tareas de venta ambulante.

Cuenta las irregularidades de los que el propio establecimiento educativo advirtió.

Expone que ante dicha circunstancia, citaron a los padres y emitieron **un ALERTA ante el Ministerio de Educación** a través de la cual se solicitó **la intervención del Consejo de Derechos** a fines del 2017, **sin obtener respuesta alguna**.

Precisa que luego de la internación de Y.E.L. el CDNNyA sólo intervino para firmar un Acta Acuerdo con la madre en la que ésta se comprometía a un adecuado cuidado de los niños. Arguye que sin embargo, dicho organismo no efectuó seguimiento alguno de los hijos de la señora R.D. Empero, el niño después de su alta **no volvió a asistir a clases y desconoce su actual paradero y estado de salud**.

A su vez, refiere que en mayo de 2018 la Asesoría Tutelar se comunicó con la trabajadora social del Hospital General de Agudos "Carlos G. Durand", Karina Amatto, quien refirió que **Y.E.L. no asistía a sus controles médicos desde hacía un año** pese a haber insistido con la madre acerca de la importancia de los controles del niño. Agrega que ante tal situación **en el nosocomio dieron intervención al CDNNyA -Defensoría Comuna n° 3-**.

Alega que ante la continua omisión del CDNNyA de intervenir, en el marco del art. 53 inc. 8 Ley n° 1.903 se citó **alas autoridades del CDNNyA y de la Escuela N° 12 DE 7** para que concurrieran al Ministerio Público Tutelar a fin de que el primero informara sobre la evaluación que tenía hasta ese momento de la situación de los niños así como las medidas de protección a adoptar y facilitar un canal de diálogo entre ambos organismos.

Indica que no obstante ello, **el Consejo no asistió** y que **las autoridades de la Escuela N° 12 DE 7** informaron que los niños **no asisten los días lunes e ingresan directamente en el horario del almuerzo**; que están autorizados para llegar y retirarse solos; que **se presentan con hambre, falta de higiene, sin abrigo adecuado y sin materiales para trabajar**; que **están muy delgados**; que **no conocen a otro adulto que se haga responsable de su cuidado diario** y que **no han llevado los certificados de vacunación ni ningún control de salud**. Asimismo, en torno a la niña M.X.L. informan que concurriría o habría concurrido a un Centro de Primera Infancia (CPI) en Flores.

En relación a la **madre de los niños** también indicaron que **no concurre a la escuela** porque aduce que se encontraría trabajando constantemente; que tendría **problemas con el consumo de sustancias psicoactivas**; y entendieron que **los niños estarían solos en el hotel la mayoría del tiempo**.

Aduce que todo lo actuado por el Consejo puede reducirse a dos o tres comunicaciones telefónicas con la madre y con algunos profesionales de otros efectores públicos, ya que nunca concurrió a la escuela ni al domicilio de los niños, no tomó contacto con el CPI al

que concurriría la niña M.X.L. ni tampoco garantizó a los niños L. la posibilidad de ser escuchados.

En virtud de lo expuesto, solicita como medida cautelar que se ordene al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes –GCBA– intervenir en forma urgente en el caso de los niños Y.E.L., D.E.L., T.G.D. y M.X.L. y presentar una evaluación fundada e interdisciplinaria de la situación de cada uno de los niños junto con una propuesta tentativa de las medidas de protección a adoptar para garantizar sus derechos.

Funda en derecho, cita normativa y jurisprudencia que considera aplicables al *sub lite*.

Ofrece prueba, efectúa reserva del caso constitucional, federal y supranacional y finalmente a fojas 25/150 acompaña documental.

**2. A foja 151 pasan los autos a resolver.**

### **3. Intervención de la Asesora Tutelar**

Como primera medida, cabe recordar que la **ley n° 1.903[1]** prevé la representación del Ministerio Público Tutelar y establece que le corresponde “...*intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de los derechos de las personas menores de edad (...) de conformidad con las leyes respectivas cuando (...) fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los o las tuvieran a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos/estas últimos/as*” (**artículo 53 inc. 2**).

Asimismo, estipula su intervención “... *en los términos del artículo 59 del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afectare los derechos de las personas menores de edad o de los/las incapaces, y entablar en defensa de estos/estas las acciones y recursos pertinentes, sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios*” (**art. 53, inc. 4**).

En idéntica tesitura, la letra del actual **Código Civil y Comercial** en su artículo 103 inciso b. i) prevé –en lo pertinente– que la actuación del Ministerio Público en representación de los niños es principal “***cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes***” (resaltado añadido).

En el ámbito local, no puede soslayarse el precedente sentado en 2017 por el **Tribunal Superior de Justicia** en el que se reconoció en las acciones individuales la legitimación de

la Asesoría Tutelar de manera principal o autónoma en defensa de los derechos de los niños. Ello, **ante la ausencia, carencia, inacción o defectuosa actuación de sus representantes legales**[2].

A su vez, cabe destacar que la doctrina en la materia advierte en consonancia con el artículo 8 inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica[3] y con particular énfasis ante lo pautado a través de la ley nacional n° 26.061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que **el Ministerio Público debe necesariamente intervenir a fin de garantizar a todas las partes involucradas** el debido proceso y la garantía de defensa[4].

A la luz de lo expuesto y ante la situación fáctica deslindada en el escrito de demanda, el **análisis de la medida cautelar requerida por la Asesora Tutelar se impone como mandatorio a fin de resguardar los derechos de los niños aquí involucrados a la salud, alimentación, educación y cuidado que se hallarían vulnerados, amén de la especial tutela respecto de aquéllos a ser oídos**[5].

Refuerza lo anterior la evolución doctrinaria y jurisprudencial suscitada en torno al instituto de la tutela anticipada, la cual postula que **cuando un pronunciamiento judicial llega tardíamente ello consagra una denegación de justicia violatoria de los derechos humanos por más favorable que la misma fuera**[6].

#### **4. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares**

La Corte Suprema de la Nación tiene dicho que el objeto de las mismas *“no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, en el proceso principal sino de un análisis de **mera pro-babilidad** acerca de la existencia del derecho discutido”*[7], en suerte de asegurar la eficacia práctica de la sentencia.

La doctrina se expresa a este respecto en términos inequívocos al señalar que *“La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a **garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia**”*[8](resaltado añadido).

La sentenciante además es consciente que **la duración del proceso no debe atentar contra los niños**; argumento éste que diera basamento primigenio al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la suspensión cautelar ordenada por el mismo, previo al *leading case* Factortame[9].

La ley de amparo de la Ciudad de Buenos Aires n° 2.145 ha recogido expresamente en su artículo 14 los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares y exige la acreditación simultánea de los presupuestos de: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora, c)

no frustración del interés público y d) contracautela, los cuales son aquéllos que la doctrina administrativista ha plasmado.

Es con tal mirada, entonces, que se abordará seguidamente si se configuran en autos los extremos requeridos, tanto por la doctrina procesal como por la normativa vigente para la procedencia de la petición cautelar.

## **5. Tratamiento de la medida cautelar solicitada en el *sub judice***

Corresponde analizar si los requisitos precedentes se configuran en el caso de acuerdo a las constancias de autos y dichos de la actora imbricados dentro del marco normativo aplicable.

### **A. *Fumus bonis iuris***

Éste constituye una posibilidad de existencia del derecho sustancial invocado por la parte y debe reunir cierta apariencia de buen derecho.

Su comprobación debe presentarse en forma tal que en un análisis de los hechos, la documentación y las particularidades del caso, sea factible avizorar que en el proceso principal pueda declararse la certeza de ese derecho. No se trata en este umbral de la cuestión de exigir una prueba plena y concluyente; la misma será materia de la discusión principal del proceso. Empero es necesario como mínimo cierta **acreditación**[10], la cual será materia del relevamiento que se hará a continuación.

### **1. De las constancias de autos se verifican los siguientes extremos:**

**1.1.** El grupo familiar está compuesto por los niños Y.E.L. –12 años–, D.E.L. –10 años–, T.G.D. –7 años– y M.X.L. –2 años–, quienes se encuentran exclusivamente al cuidado de su madre R. D. (copias de DNI y partidas de nacimiento de fojas 56/57, 79/82 y 98/99).

El niño Y.E.L. padece **VIH** al igual que su madre; realizaba **controles médicos** de manera fluctuante en el Hospital Durand hasta **hace aproximadamente un año y medio** cuando comenzó a ausentarse a los turnos y finalmente **dejó de asistir** ante lo cual dieron intervención al **CDNNvA** (informe de fojas 26/27).

Los niños Y.E.L., D.E.L. y T.G.D. se encuentran inscriptos en la **Escuela n° 12 DE 7 “Facundo Zuviría” –dependiente del GCBA–**. Las autoridades de dicho establecimiento educativo efectuaron **Informes de Alerta** sobre situaciones preocupantes de aquéllos, los

cuales fueron elevados al **Equipo de Orientación Escolar n° 7** y al **Ministerio de Educación del GCBA**(informe de fojas 26/27, Alertas de fojas 77, 122 y 124).

Las autoridades de la Escuela n° 12 DE 7 informaron que los niños tenían una asistencia irregular que ingresan directamente en el horario del almuerzo; que estaban autorizados para llegar y retirarse solos; que la madre no concurría a la escuela y que no conocían otro adulto que se hiciera responsable de su cuidado diario; que los niños asistían con hambre, falta de higiene, sin abrigo adecuado y sin materiales para trabajar; que estaban muy delgados y que no habían llevado los certificados de vacunación ni ningún control de salud. Asimismo, en torno a la niña M.X.L. informaron que concurría o habría concurrido a un Centro de Primera Infancia (CPI) en Flores (Acta de foja 32).

Por su parte, destacaron que Y.E.L. había estado internado en el Hospital Álvarez **en el mes de marzo** por su grave estado de salud y desde ese momento **no volvió a concurrir a la escuela, nunca lo volvieron a ver y desconocían su paradero**(Acta de foja 32 e Informes de Alerta de fojas 77 y 122/124).

**1.2.** Respecto de la **actuación del CDNNyA** se encuentra acreditado que en **diciembre de 2017** éste tomó conocimiento de la situación de extrema vulnerabilidad de los niños a través de la **Defensoría Comuna n° 3**. Ello, a raíz de la solicitud cursada por el Equipo de Orientación Escolar n° 7 por **un accidente sufrido por T.G.D.**

Por su parte, desde el Hospital Durand también dieron intervención a dicha Defensoría el 1°/03/2018 con motivo de la interrupción del tratamiento médico del niño Y.E.L.

Asimismo, desde la Escuela n° 12 DE 7 el 20/03/2018 y el 28/03/2018 emitieron **ALERTAS** que derivaron en nuevas intervenciones de la Defensoría (*vide* fojas 36/41).

El **27/06/2018** la Defensoría n° 3 no compareció a la citación efectuada por la Asesora Tutelar por no trabajar “*en la situación de los niños (...) en virtud al domicilio actual del grupo familiar*”. Asimismo, informó que dado el cambio de domicilio intervendría en lo sucesivo la **Defensoría Zonal n° 7** quien recién el **día 10/07/2018** **tomó conocimiento de la situación familiar** (informes de fojas 26/27 y oficios de fojas 33 y 42).

Además, del **informe social** elaborado por la Lic. en Trabajo Social Guadalupe D’Andrea García del **CDNNyA** surge que: “la situación de vulnerabilidad del grupo familiar L. D. se ve agravada por el cuadro de salud de la Sra. R.D. y del niño Y.E.L.; así como por el reciente fallecimiento del padre de los cuatro niños. (...)Se observan en la madre de los niños –quien se constituye en el principal sostén afectivo y material de sus hijos- importantes dificultades para garantizar los cuidados que los niños requieren, tal como la asistencia escolar y los tratamientos de salud. Desde la Escuela N° 12 DE 7

*refieren asimismo situaciones de negligencia” (vide fojas 36/41).*

Frente al sustento fáctico aquí reseñado, a continuación se analizará si corresponde la protección judicial peticionada.

## **2. Análisis de la cuestión a la luz de las acreditaciones de autos y el plexo normativo bajo el cual se subsume la cuestión**

De las acreditaciones deslindadas en el punto precedente se constatan graves afectaciones a sus derechos a la salud, dignidad humana, alimentación, educación y cuidado que evidencian la extrema vulnerabilidad en la que se hallan insertos los hermanos L..

Se advierte, además, el doloroso contexto familiar, desgarrador en las consecuencias para los niños quienes se encuentran a cargo sólo de una madre, recientemente viuda que debe ganarse la vida misérrimamente, con afecciones en su salud causadas por el VIH que padece y las secuelas que el consumo de alcohol y sustancias psicoactivas le han generado.

Asimismo, se desprende de los hechos relatados en el libelo de inicio y de la documentación aportada que dicho escenario ha sido puesto en conocimiento del CNNyA. Empero, **la respuesta brindada por la demandada se limitó a meras comunicaciones telefónicas con la madre de los niños, las que en numerosas oportunidades resultaron infructuosas, y a la confección de un Acta-Acuerdo de compromiso de cuidado con aquélla.**

Más aún, debe repararse en la ausencia de seguimiento posterior por parte de las Defensorías Zonales en el cumplimiento del acuerdo y en la notable contradicción en la que incurre el GCBA quien a través de sus dependencias requirió asistencia urgente a los niños de marras, por un lado, (mediante emisión del alerta de la institución escolar y los pedidos de intervención efectuados por el Hospital Durand) y, por otra parte, omitió brindarla (CNNyA).

Dicha conducta confronta –amén del bloque convencional y constitucional que se reseña en la nota al pie[11]– con las leyes locales n° 114[12] y 2.239[13] las cuales tienen por objeto la Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la CABA y **le encomiendan al Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes** –en conjunto con las **Defensorías zonales**[14]– la obligación de **implementar las acciones sociales de protección especial tendientes a proporcionar escucha, atención, contención y ayuda necesarias a las niñas, niños y adolescentes y a quienes cuiden de ellos.**

**3.** Se advierte como inexcusable el mandato de intervención impuesto a los organismos

competentes ante la afectación o amenaza de los derechos de niños y niñas. A éstos se les garantiza desde el bloque de legalidad constitucional e *infra* legal su protección integral (tal como se consigna en la nota n°12) y deben ser informados, consultados y escuchados. Sin embargo, las demandadas no habrían aportado **una solución efectiva al conflicto aquí precisado**.

En efecto, la conducta cuasi burocrática llevada a cabo por las Defensorías Zonales denota no sólo **desconsideración en la efectivización de la protección de los derechos humanos de estos niños**; más bien **reflejaría un palmario desinterés y falta de sensibilidad social a favor de estos seres humanos de poquitos años de vida**.

Discutir si compete a la Defensoría n° 3 o la Defensoría n° 7 actuar en virtud del cambio de domicilio de los niños sin que ninguna de ellas dimensionara que entre tanto se escurre el presente y el porvenir de estas criaturas, no parece ser el mandato del legislador al pautar las incumbencias de este Consejo.

De este modo, se colige que la prolongación en el tiempo de este contexto de desamparo y vulnerabilidad para los niños no sólo equivale a una degradación sino que también los expone a una situación de **violencia estatal** causada por la omisión de intervenir y proveer la protección de sus derechos de raigambre constitucional y convencional.

La aquí develada privación de derechos fundamentales por parte de la demandada es reconocida en palabras de Johan Galtung como una reacción de violencia “(...) *hacia la vida, eudaimonia*[15], *la búsqueda de la felicidad y prosperidad, pero también lo es una disminución del nivel real de satisfacción de las necesidades básicas, por debajo de lo que es potencialmente posible*”[16].

En síntesis se considera suficientemente abonada documentalmente la verosimilitud del derecho que *prima facie* es menester para la procedencia de este requisito procesal exigido normativamente.

### **B. *Periculum in mora***

La exigencia de éste responde a la necesidad de impedir que el derecho bajo reclamo pierda su virtualidad o eficacia, de forma previa al pronunciamiento de la sentencia definitiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado en tal sentido que es necesaria “*una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior*

*sentencia”[17].*

En el *sub discussio* se evidencia que los niños se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad por la grave afectación que sufren en sus derechos a la salud, dignidad humana, alimentación, educación y cuidado. **En caso de prolongarse la misma en el tiempo por la falta temporánea y oportuna de intervención del CDNNyA, se agravaría este contexto de desamparo, peligro este que la justicia y todas las autoridades deben procurar aventar.**

Demostrado con ello el riesgo que corren los niños Y.E.L., D.E.L., T.G.D. y M.X.L. se postula como indispensable la imperiosa intervención del CDNNyA a fin de brindar al grupo familiar las herramientas necesarias en pos de garantizar la protección integral de los niños aquí amparados.

Con evidentes puntos de conexión, cabe recordar el certero principio formulado por la doctrina según el cual **la necesidad del proceso para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quien la tiene[18].**

Por lo tanto, ello amerita **tener por acreditado el *periculum in mora*.**

### **C. Interés Público**

En punto al mismo, se estima que nada afecta más a éste que la posible conculcación de derechos de tal elemental raigambre constitucional como los enunciados *ut supra*. El otorgamiento de la medida *ad cautelam* en autos más que representar un escollo frente a su ponderación, plasma la salvaguarda del derecho al cuidado de la vida de estos niños, lo cual es el vector del interés público de toda sociedad.

Razón por la cual el abordado requisito **se aún con sendos recaudos reunidos precedentemente.**

### **D. Contracautela**

Finalmente, tal como lo sostiene la doctrina, la **contracautela** tiene por objeto “*asegurar los eventuales daños que pudiesen derivar de la obtención de la medida*” [19].

Empero, toda vez que la presente medida ha sido requerida por la Asesora Tutelar, **no corresponde exigir contracautela alguna[20].**

6. Por las razones expuestas, **se consideran configurados** en estos obrados –con la precariedad que caracteriza el marco cognoscitivo del proceso cautelar– **los requisitos de procedencia de la medida solicitada.**

A mérito de las consideraciones precedentes, **SE RESUELVE:**

Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la **Asesora Tutelar** y en consecuencia, **ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes– que realice una evaluación fundada e interdisciplinaria de la situación del grupo familiar.**

Asimismo, deberá acompañar en autos una propuesta tentativa de las medidas de protección a adoptar para garantizar los derechos de los niños Y.E.L., D.E.L., T.G.D. y M.X.L. A estos efectos, a fin de otorgar un plazo razonable para que dicha propuesta contenga una profunda ponderación de la problemática involucrada ésta se presentará en autos en dos segmentos temporales: Primeramente, en el **plazo de cinco (5) días** a partir de la notificación de la presente, deberá presentar la propuesta concerniente a las medidas más urgentes e imperiosas para salvaguardar las vidas de estos niños y en **los cinco (5) días** subsiguientes deberá presentar un propuesta completa y abarcativa de todas las aristas implicadas para el cuidado y protección de estos niños, tal como lo encomienda los artículo 40 y 60 de la ley n° 114.

**Regístrese y notifíquese a las partes.**

**II.** En atención al contenido del escrito de inicio, a lo que resulta de las constancias documentales acompañadas y a lo dispuesto por los artículos 14 de la CCABA, 1° y 10 de la ley n° 2.145, **córrase traslado de demanda y de la documental acompañada** (fojas 1/21 y 25/150) **al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**, a los efectos de comparecer, contestarla y ofrecer prueba en el plazo de diez (10) días.

**Notifíquese conjuntamente con el punto I**, haciéndole saber al oficial notificador que la cédula deberá diligenciarse en el plazo de un día (cfr. artículo 24 de la ley n° 2.145). Asimismo, hágase saber a la amparista que la cédula deberá ser dirigida a la Procuración de la Ciudad de Buenos Aires, sita en Uruguay 458, Departamento Oficinas Judiciales y Cédulas, conforme lo establecen los artículos 1° y 2 del decreto n° 294/1997, el artículo 20 de la ley n° 1218, y el artículo 1° de la resolución n° 77/PG/2006.

Fdo.: Patricia Graciela Lopez Vergara

[1] Texto consolidado al 29/02/2016 conforme ley n° 5.666 y publicada en el BOCABA n°

2.355.

[2]TSJ: “Asesoría Tutelar n° 2 ATCAYT 212/12 s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte. n° 12412/15), sentencia del 18/10/2017.

[3]*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.*

[4]ARAZI, Roland (Director), *Medidas cautelares*, editorial Astrea, Buenos Aires, 3° edición, 2007, pág. 445.

[5]El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

[6]Carlos A. Carbone, “*Tutela Anticipada por Daños Derivados del Tránsito consagrada en la CSJN*”, LL 23-12-11.-

[7]CSJN, Fallos: 314:711, “*Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro s/ su solicitud de medidas cautelares*”, sentencia del 24/07/1991.

[8]CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Traducción Española, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 43 y siguientes.

[9]GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*Recepción del principio del fumus boni iuris*”, REDA n° 65, Madrid, 1991.

[10]PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, Abeledo-Perrot, pág. 33, n° 1223.

[11]El **derecho de los niños** forma parte de nuestro bloque constitucional federal atento la jerarquía constitucional dada a los tratados internacionales de derechos humanos en el inc. 22 del art. 75 de la CN. Así, la **CDN** en su **art. 24** dispone que “*1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*” y su **art. 27** establece que “*1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...3. Los Estados Partes, (...) adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables (...) y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda*”. Por su

parte, el PIDCyP en el **art. 24** estipula que “*Todo niño tiene derecho, (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”. A su vez, la DUDH en su **art. 25** prevé que “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; (...) 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, (...), tienen derecho a igual protección social*”. Asimismo, el PIDESyC en el **art. 10** establece que “*Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes (...)*”; **art. 11** “*Los Estados partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. [Asimismo] tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho [...]*” y **art. 12** “*1. Los Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar (...) a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) (...) el sano desarrollo de los niños*”. Asimismo, la CN en su **art. 75inc. 23** protege a los niños. Establece que se deberán promover medidas de acción positiva “*que garanticen la igualdad real de oportunidades*” como así también “*el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*”. Con similar sentido, la CABA en su **art. 39** reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les **garantiza su protección integral** y deben ser informados, consultados y escuchados. Agrega que cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes. A su vez, le otorga prioridad dentro de las **políticas públicas, las que deben promover la contención en el núcleo familiar y asegurar**: 1. La responsabilidad de la Ciudad respecto de los privados de su medio familiar, con cuidados alternativos a la institucionalización y estipula que una ley debe prever la **creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector**, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones **con criterios interdisciplinarios y participación** de los involucrados.

[12]A fin de dar cumplimiento con la manda constitucional, la Legislatura de la Ciudad sancionó la ley n° 114. En su **art. 6** prescribe que la familia, la sociedad y el Gobierno de la Ciudad, tienen el deber de **asegurar a niñas, niños y adolescentes la efectivización de los derechos a la vida, a la libertad, a la identidad, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a la cultura, al deporte, a la recreación, a la formación integral, al respeto, a la convivencia familiar y comunitaria, y en general, a procurar su desarrollo integral**. Su **art. 10** reconoce que dicho grupo social tienen derecho a la vida, a su disfrute y protección; derecho a la dignidad y al respeto como personas sujetos titulares de todos los derechos. Los **art. 36 y 37** establecen que se adoptarán **medidas de protección especial** cuando los derechos de niños, niñas y adolescentes sean amenazados, vulnerados o violados y que las mismas estarán orientadas a la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. El **art. 60** crea las **Defensorías Zonales** como organismos descentralizados

del Consejo cuyo objeto –conforme el **art. 61**– radica en diseñar y desarrollar un sistema articulado de **efectivización, defensa y resguardo de los derechos de niños, niñas y adolescentes**. Deben ejecutar las políticas públicas específicas, implementando acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los actores sociales. Sus funciones radican en realizar averiguaciones, **efectuar diagnósticos, evaluar daños y perjuicios, dimensionar consecuencias e impactos, brindar apoyo, orientación, contención, seguimiento y acompañamiento para que niñas, niños y adolescentes mantengan o recuperen el disfrute y goce de sus derechos (inciso j)**.

[13]A su vez, dictó la ley n° 2.239 que aprueba el Acta Acuerdo celebrada entre el Ministerio de Desarrollo Social en representación del Poder Ejecutivo Nacional y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Y establece que **la Ciudad asumirá la competencia para la determinación, procedencia y ejecución de las medidas ordinarias o excepcionales para la protección integral de derechos, en relación a las niñas, niños y adolescentes que residen y/o se encuentren en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, en el marco de las normas establecidas tanto en la ley nacional n° 26.061 como en la ley n° 114 de la Ciudad de Buenos Aires (cláusula primera).

[14]El Consejo de los Derechos de Niños Niñas y Adolescentes, es por sí o a través de las defensorías zonales el organismo que adopta las medidas individuales de protección establecidas en la legislación vigente (cláusula sexta) y que tendrá a su cargo la identificación de programas, recursos, entidades y servicios del sector público o privado, a los fines de integrar el Sistema de promoción y protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cláusula octava).

[15]Palabra que proviene del griego "eudaimonía" (felicidad) y se aplica a toda teoría ética que considera que la felicidad es el bien que buscan por naturaleza los seres humanos.<http://www.webdianoia.com/glosario>.

[16]Johan Galtung, artículo "*La violencia: cultural, estructural y directa*", publicado en el Journal of Peace Research 1990 Aug 1990 Vol 27 n°3 291-305, con una traducción autorizada en la que se han suprimido las referencias.

[17]CSJN, Fallos: 319:1277, "*Milano Daniel Roque c/ Estado Nacional (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación)*", sentencia del 11/07/1996.

[18]Principio expresado por Chiovenda y Calamandrei y recogido por la Corte de las Comunidades Europeas in re "*Factortame*", citado por García Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 179 y ss.

[19]COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.; "*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*", tomo II, editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 504.

[20]ARAZI, Roland (Director), *Medidas cautelares*, editorial Astrea, Buenos Aires, 3° edición, 2007, pág. 9.

Citar: elDial AAAB22

Publicado

el:

8/30/2018

copyright © 1997 - 2018 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires - Argentina