

Título: El rol de la justicia en el control de legalidad de las medidas excepcionales. A propósito de las garantías de procedimiento en la provincia de Buenos Aires

Autores: Beguiristain, Camila - Silva, Sabrina Anabel

Publicado en: RDF 122, 19

Cita: TR LALEY AR/DOC/2502/2025

Sumario: I. Introducción.— II. Separación familiar y debido proceso legal: estándares convencionales.— III. El rol del Poder Judicial en el proceso de control de legalidad.— IV. Las garantías procesales de las familias: modulaciones para el efectivo acceso a la justicia.— V. La otra cara (oculta) de la moneda: la participación de NA.— VI. Conclusiones.

(*)

(**)

I. Introducción

La primera entrega de este dúo autoral (1) intentó acercar una comprensión holística del derecho de acceso a la justicia y a los recursos efectivos como un derecho implícito, o derivado del objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, en adelante), construido principal —aunque no exclusivamente— a partir de los avances alcanzados por el art. 12 que reconoce a las niñeces y adolescencias [NA, en lo que sigue (2)] el derecho a participar en cualquier decisión que les afecte, haciendo particular hincapié en los procesos judiciales y administrativos. Así, se abordaron los estándares señalados tanto por el Comité de los Derechos del Niño (Comité, en adelante) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en lo que sigue); para luego, ingresar en el modo en el que el derecho interno regula la defensa técnica de las NA y las discusiones tanto doctrinarias como jurisprudenciales que lo rodean.

A partir de la invitación a profundizar críticamente sobre los impactos ocasionados en estos diez años de la interacción del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com., en adelante) con la ley 26.061 por la que se instaura el sistema de protección integral de derechos de las NA a escala nacional, esta segunda entrega busca problematizar aún más las garantías mínimas de procedimiento, mediante su focalización en una de las materias más sensibles y complejas que tramitan ante el fuero de familia: la separación familiar originada en la adopción de una medida excepcional de protección de derechos, que —como se verá enseguida— procede como último recurso del sistema frente a la vulneración de los derechos de NA. De ahí la pretensión de redoblar la apuesta e incluir en el abordaje a la articulación del debido proceso de NA con el de las personas adultas, puesto que constituyen dos caras de la misma moneda y la vulneración de uno repercute en el otro.

Esta elección temática no es caprichosa. En las últimas observaciones finales que hiciera el Comité a Argentina el 18/10/2024 (3) expresó su preocupación por la insuficiencia de estructuras que faciliten el acceso de NA a la justicia y recomendó que se asegure de que todos tengan acceso a "i) mecanismos de denuncia confidenciales, independientes y adaptados a ellos en las escuelas y los entornos alternativos de cuidado para denunciar todas las formas de violencia, abusos y discriminación; y ii) apoyo jurídico e información adecuada a la edad sobre el acceso al asesoramiento y a las medidas de reparación, como la indemnización y la rehabilitación" (4). También recomendó que haga saber a NA "que tienen derecho a presentar una denuncia a través de los mecanismos existentes" (5); así como también que garantice "la formación sistemática y obligatoria de todos los profesionales pertinentes que trabajan con niños sobre los procedimientos y recursos adaptados a la infancia, los derechos del niño y la Convención" (6).

Como uno de los principales motivos de preocupación, el Comité identifica la privación del entorno familiar y recomendó al país que, entre otros: "se asegure de que existan salvaguardias adecuadas y criterios claros, basados en las necesidades y el interés superior del niño, para determinar si un niño requiere una modalidad alternativa de cuidado, y vele por que en todos los casos sea un juez quien adopte las decisiones sobre la separación de un niño de su familia"; a la par de reforzar "la capacidad de los profesionales que trabajan con y para los niños, en particular los jueces de familia (...) para que ofrezcan soluciones alternativas de cuidado basadas en la familia y conozcan los derechos y necesidades de los niños privados de un entorno familiar".

Se podrá apreciar la actualidad y necesidad de llevar adelante un análisis acerca del rol que habrá de jugar la justicia especializada en la tramitación de los procesos de separación familiar, resultando el acceso a la justicia y a los recursos efectivos un elemento fundamental para su determinación, implementación y monitoreo.

Con este fin, organizaremos el trabajo en cinco secciones. En la primera, se desarrollarán los estándares convencionales elaborados por los distintos órganos internacionales de derechos humanos en relación con la separación familiar y el debido proceso legal. En la segunda se realizará una aproximación a la noción del control de legalidad, su alcance, contenido y oportunidad. En la tercera, se desarrollarán las garantías procesales de las familias de NA. En la cuarta, se profundizará e interpelará sobre la forma en la que se recepta en la norma y en la práctica la participación de NA para reflexionar sobre nuevas y necesarias interpretaciones y se abordará con especial énfasis el rol del Ministerio Público.

Dicho esto, resta una aclaración a la persona lectora. Si bien se contemplará la situación en el derecho nacional argentino, por cuestiones especiales y de versación profesional (7), el presente ensayo busca profundizar el estado actual de cuestión en la provincia de Buenos Aires.

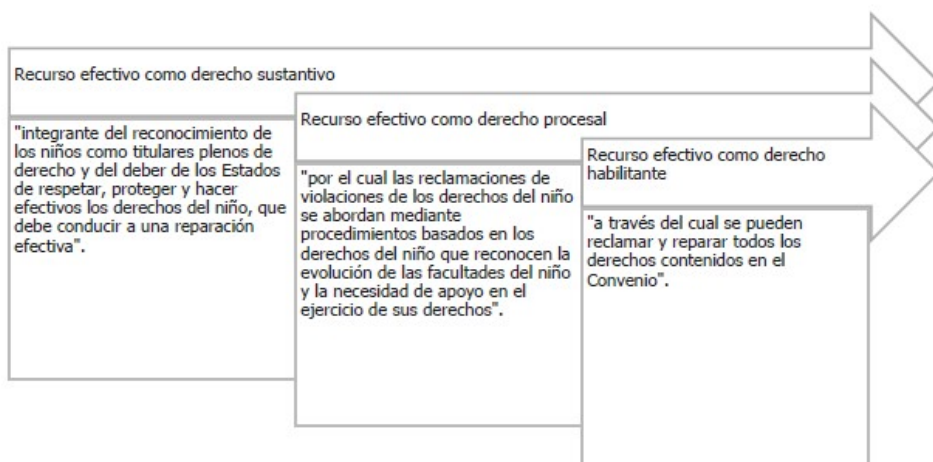
II. Separación familiar y debido proceso legal: estándares convencionales

II.1. El derecho de NA a acceder a la justicia y a los recursos efectivos: una actualización necesaria

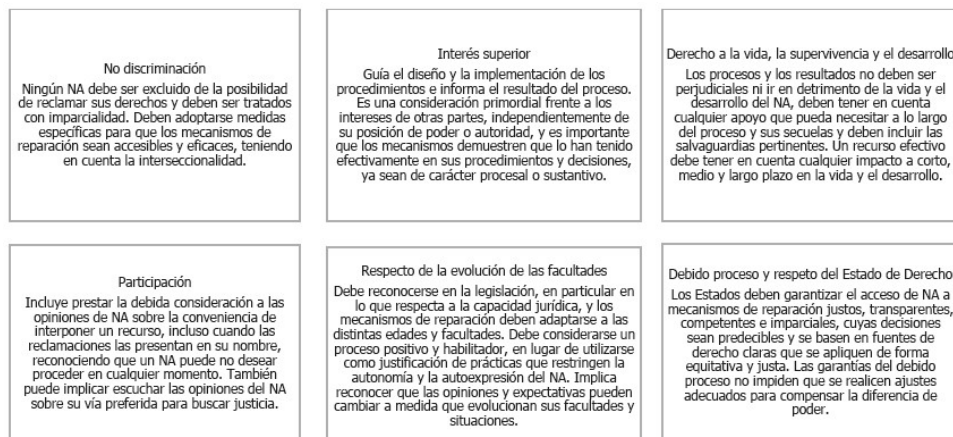
El corpus juris internacional de protección se perfecciona y amplía constantemente, a través —entre otros— de las interpretaciones y aplicaciones que llevan adelante los diferentes órganos de tratado, cuyos pronunciamientos resultan de aplicación obligatoria para Argentina al constituir las "condiciones de vigencia" de los instrumentos de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN). En buena hora, eso es lo que aconteció en el campo bajo estudio desde la publicación de la primera entrega de esta edición especial de la Revista.

Interín, el Comité dio a conocer el borrador de la Observación General Nro. 27 sobre el derecho del niño al acceso a la justicia y a los recursos efectivos (8), y ese valioso insumo convencional merece ser destacado.

Según el Comité, "el acceso a la justicia se refiere a la posibilidad de que los niños obtengan un recurso justo y oportuno en caso de violación de sus derechos, a través de vías adaptadas" (9); mientras el recurso comprende "un proceso en virtud del cual las denuncias de violaciones de los derechos del niño son escuchadas y resueltas por órganos competentes" (10), así como "el resultado del proceso y la reparación proporcionada, incluidas las reparaciones y el cese de la violación. El acceso a la justicia es una vía primordial para el ejercicio del derecho a un recurso efectivo, que son principios fundacionales de una sociedad democrática basada en el Estado de derecho en la que todas las personas, en particular los niños, son iguales ante la ley y disponen de los medios para garantizar que se respetan sus derechos y obtener reparación cuando no es así. El derecho a un recurso efectivo, en particular, podría entenderse como:" (11).



Las definiciones transcriptas adelantan una sinergia elocuente que atravesará todo el documento, y está dada por la interacción entre autonomía progresiva, participación y debido proceso. Nótese, una nota central del borrador es la ampliación —o renovación— de los principios generales que estructuran, guían e impregnan la interpretación y aplicación de la CDN. Ocurre que a la par de los cuatro ejes rectores "clásicos" (12), el Comité advierte que el derecho de las NA a acceder a la justicia y a los recursos efectivos también se basa en la evolución de las facultades, el debido proceso y el respeto del Estado de Derecho. De manera que los elementos básicos de los derechos en análisis cobran los siguientes significados (13):



Otra consideración primordial que arroja el instrumento se vincula con el enfoque basado en los derechos de las NA para el acceso a la justicia y a los recursos efectivos, reconociéndose como características fundamentales a la disponibilidad de mecanismos de reparación con el mandato, la competencia y la capacidad para abordar las violaciones de los derechos; la accesibilidad, es decir, la identificación, el reconocimiento y la eliminación de las barreras existentes; la adaptación a los derechos y las necesidades de lxs NA; y la eficacia de la reparación por el daño causado.

Si bien el Comité pormenoriza cada uno de esos cuatro componentes, interesa desarrollar la accesibilidad que involucra entre otros, el impacto negativo de las discriminaciones asociadas al género, la edad y la pobreza (14). Veamos.

Enfoque transformador de género	<ul style="list-style-type: none"> • Incluye el reconocimiento de la naturaleza de género de ciertas violaciones de derechos y la investigación adecuada de las reclamaciones relacionadas. Este enfoque debe tratar de corregir las desigualdades de género y eliminar las distintas barreras estructurales a las que se enfrentan las niñas para acceder a la justicia. • Los mecanismos deben tratar las reclamaciones presentadas por las niñas de la misma manera que a los demás niños, teniendo en cuenta sus experiencias específicas, y abordar cualquier discriminación en el acceso por motivos de género.
Reconocimiento de la capacidad jurídica	<ul style="list-style-type: none"> • Aunque en muchos casos los padres o tutores legales estarán presentes y prestarán su apoyo, puede haber situaciones en las que no estén de acuerdo o no estén en condiciones de desempeñar este papel, o se encuentren en un conflicto de intereses con el NA, incluso cuando puedan ser responsables de la violación de sus derechos. En estos casos de falta de voluntad o incompetencia del progenitor o tutor legal o en presencia de conflictos de intereses, el tribunal puede decidir nombrar a una persona adecuada para que actúe como tutor, curador o curador a efectos del litigio. Deben adoptarse disposiciones para garantizar que el progenitor, tutor legal o tutor designado por el tribunal actúe en interés del NA en todo momento durante el proceso contencioso. • Es importante que existan mecanismos judiciales y no judiciales a los que NA puedan acceder directamente y sin el consentimiento de los padres, teniendo en cuenta la madurez y el interés superior.
Asistencia jurídica gratuita y apoyo social con criterios de elegibilidad limitados	<ul style="list-style-type: none"> • Los costes financieros y de otro tipo son un obstáculo importante para acceder a la justicia. En la mayoría de los casos, las NA no tienen acceso a recursos financieros por sí mismos, y los cuidadores pueden no ser capaces de asumir los costes que ello implica. Deben tenerse en cuenta los costes indirectos para la prestación de un apoyo adecuado. • Se anima a eliminar los obstáculos financieros en la medida de lo posible, por ejemplo, garantizando la disponibilidad de asistencia jurídica gratuita y de apoyo parajudicial y social gratuito para NA sin discriminación y con criterios de elegibilidad limitados. También se anima a limitar el riesgo financiero, por ejemplo mediante la protección frente a órdenes adversas en materia de costas.

Otro punto de interés particular es la adaptación por cuanto involucra la garantía del plazo razonable, el acceso a la información y la designación de un/a abogado/a en los siguientes términos:

Garantía del plazo razonable	<ul style="list-style-type: none"> • Debe interpretarse a la luz del efecto potencial de la violación, su naturaleza continua y su posible repetición, así como la edad y las circunstancias del NA. Se fomenta la celeridad de los procedimientos, siempre que ello no restrinja indebidamente las garantías procesales. Los NA deben ser informados del plazo previsto para la adopción de una decisión, acompañada de una explicación de los motivos y de los progresos realizados.
Acceso a la información	<ul style="list-style-type: none"> • Los NA tienen derecho a acceder a la información, incluida la información de una manera que comprendan sobre sus derechos, los mecanismos de que disponen, el proceso, su papel, el papel de los demás y los posibles resultados
Designación de un abogado/a como parte del apoyo multidisciplinar	<ul style="list-style-type: none"> • La designación es clave para transmitir las opiniones y representar intereses personales del NA. Como defensores de sus propios derechos, también deberían poder acceder a asistencia jurídica para iniciar casos por sí mismos, cuando proceda. Los/as abogados/as deben estar debidamente formados y ser competentes para interactuar con NA

II.2. Debido proceso: exigibilidad de la promoción del cuidado, la prevención de la separación y el mantenimiento de las relaciones familiares

II.2.a. La preservación de los vínculos familiares en la CDN

El art. 9º de la CDN consagra el derecho humano a la preservación de sus vínculos familiares. A través del primer párrafo, recepta la obligación del Estado de velar porque el NA "no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Párrafo aparte, dispone que los procedimientos de separación familiar deberán ofrecer "a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones"; para luego, aclarar que el NA "que esté separado de uno o de ambos padres" tiene derecho "a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

Coherente, los arts. 18 y 27 se dedican a la prevención de la separación familiar. El primero obliga a los Estados a poner el máximo empeño en asegurar "el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño", para lo que "prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones". Mientras el segundo asegura el derecho de NA a un nivel de vida adecuado, cuya responsabilidad primordial incumbe a las familias "dentro de sus posibilidades y medios económicos"; así como al Estado que "con arreglo a sus medios", adoptará "medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho 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 art. 20 se concentra en la protección reforzada y el cuidado alternativo. Señala así, que los NA "temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado", quien garantizará "de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado".

Mediante este tejido normativo, enriquecido por el art. 4º dedicado a la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para dar efectividad a la CDN, se impone un Estado presente, activo y atento a empoderar a las familias para que puedan cumplir

las responsabilidades que les incumben con relación a los NA y promover su derecho a la vida familiar en un entorno seguro, propicio y afectivo. Este rol enérgico se desprende de las nociones de "asistencia o apoyo apropiado" y "nivel de vida adecuado" como obligaciones mínimas, y requiere de diagnósticos tempranos que le permitan al Estado detectar, prevenir e intervenir sobre las causas que subyacen a la desprotección que afectan a los NA. Para que la separación familiar opere como el último recurso, las políticas y programas deben ser oportunos e integrales, priorizando los servicios sociales universales que fortalezcan, orienten y acompañen a las familias para que puedan cuidar adecuadamente.

Cuando la separación familiar sea necesaria en el interés superior, el Estado deberá determinar la decisión a través de la autoridad competente de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, con estricto respecto a las garantías del debido proceso y estar sujeta a una revisión periódica de carácter judicial, velando porque la separación sea temporal y dure el menor lapso posible. También deberá encaminar la intervención a resolver las dificultades que llevaron a la separación y apoyar a las familias para que puedan lograr una crianza positiva, con la finalidad última de que el NA retorne a su ámbito familiar de origen, siempre que responda a su interés superior. Incluso, durante el cuidado alternativo, está obligado a garantizar que el NA mantenga relación con su familia, salvo que —nuevamente— el interés superior lo desaconseje. Por lo tanto, la búsqueda de otras soluciones permanentes como la adopción opera por defecto, es decir, ante el fracaso de los esfuerzos dirigidos a lograr que el NA permanezca con su familia de origen (15).

Se podrá apreciar, la evaluación y consideración del interés superior de NA en el contexto de la separación es un derecho concreto y no solo un elemento para la determinación del interés superior (16). Esos derechos específicos adquieren un contenido particular según el tramo de la intervención del Estado, la cual habrá de diferenciar —al menos— tres etapas con un denominador común: la exigencia de comprender que el derecho a la vida familiar involucra a los progenitores y a la familia ampliada, pero también a los lazos afectivos, estrechos y/o comunitarios que desarrolle el NA, siempre que su conservación favorezca el interés superior (17).

Evaluación y consideración del interés superior de NA en el contexto de una posible separación familiar		
<p>Prevención de la separación en caso de familias en riesgo de separación</p> <p>"Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, (...) no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres"</p>	<p>Procedimiento para la separación</p> <p>En caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada, cuando sea posible, por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada, (...), a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño. La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño</p>	<p>Garantía de las relaciones familiares durante la separación</p> <p>"Cuando la separación sea necesaria, los responsables de la toma de decisiones velarán por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño. Cuando se separa a un niño de su familia, en las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas".</p>

II.2.b. Preservación de los vínculos familiares y derecho a un nivel de vida adecuado

Una preocupación fundamental del Comité es el abordaje de las familias en contextos de pobreza y la necesidad de adoptar medidas para hacerle frente a las causas estructurales, con el fin de reducir la presión generada por la situación de precariedad y fortalecerlas, como medio de ofrecer una mejor protección a los NA: "La pobreza económica y material, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no deberían constituir nunca la única justificación para separar a un niño del cuidado de sus padres, sino que deberían considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado" (18).

Cabe recordar que el art. 27 de la CDN consagra la obligación del Estado de adoptar medidas apropiadas para ayudar a las familias a dar efectividad al derecho de los NA a un nivel de vida adecuado. Obligación que asevera el Comité, no aprecia margen de discrecionalidad alguno y en virtud del art. 4°, se extiende hasta el máximo de recurso que disponga el Estado, especialmente en lo que respecta a asegurar el deber mínimo fundamental de satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales (19).

El Comité, además, advierte que las familias vulnerables necesitan soluciones personalizadas propuestas por profesionales capacitados. De conformidad con el art. 18, se deberán "tomar medidas para impartir una enseñanza universal sobre los derechos del niño y la crianza positiva de los niños a todos los padres y cuidadores, dando prioridad —sin crear estigmas— a las familias con niños en situación de riesgo de acabar en la calle" (20).

Con el fin de intensificar la prevención, el Comité también repara en el art. 5° que acuerda a los NA el derecho a recibir asistencia en el ejercicio de sus derechos con arreglo a la evolución de sus facultades. Asevera así, que el Estado debe fomentar la capacidad de las familias "para proporcionar dirección y orientación adecuadas a los niños, ayudándolos a tener en cuenta las opiniones de estos, de acuerdo con su edad y madurez; proporcionar un entorno seguro y propicio en el que el niño pueda desarrollarse; y reconocer al niño como un titular activo de derechos que es cada vez más capaz de ejercerlos a medida que se desarrolla, si recibe la orientación y dirección adecuadas" (21).

Los postulados señalados por el Comité son tomados por el sistema interamericano de derechos humanos. A la hora de analizar el contenido y alcance de la protección reforzada que el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, en adelante) le acuerda los NA, la Corte IDH recurre al corpus juris internación de protección y reconoce a la CDN como el instrumento comandante en función de su especificidad.

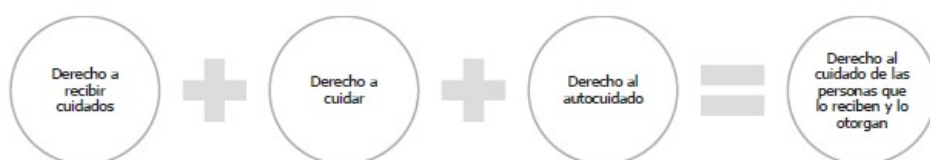
Desde esa perspectiva, la Corte IDH tiene dicho que "la falta de recursos puede tener un impacto en la crianza de niñas y niños, sobre todo cuando ello compromete la satisfacción de sus necesidades más básicas como la alimentación y la salud. Sin embargo, (...) [e]l interés superior del niño, así como los derechos de los niños a preservar sus relaciones familiares y a no ser

objeto de interferencias arbitrarias en las mismas, exige que la posición económica de una familia solo pueda ser utilizada para la separación de la niña o niño de su familia cuando además se invoca otra razón de más peso que por sí misma justificaría esa medida" (22). En ese sentido, explica que la necesidad de garantizar a NA un mejor nivel de vida no deriva en que el interés superior incline la balanza hacia la separación familiar y por lo tanto, no constituye una justificación adecuada: "es vital hacer la diferencia entre lo que es el mejor interés de un niño y lo que podría considerarse como una acción para que el niño esté mejor en términos esencialmente materiales, por cuanto los mejores intereses del niño no pueden ser equiparados simplemente al hecho de que el niño esté en mejor situación —sobre todo materialmente—" (23).

Concordante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos repara en el estándar de desjudicialización de la pobreza que se traduce —en el campo bajo análisis— en la promoción del cuidado familiar y la prevención de la separación: "la importancia de ofrecer respuestas especializadas a las diversas situaciones de desprotección que afectan a los NNA, que consideren y sean respetuosas de los derechos de los NNA, promuevan la efectiva vigencia de sus derechos, y aborden las causas socio-económicas y de carácter estructural que subyacen a las situaciones de desprotección a través de políticas y servicios sociales. En la medida de lo posible, y de acuerdo con la ley, se debería evitar judicializar los problemas sociales subyacentes a la situación de vulneración de derechos cuando estos problemas puedan ser abordados de modo más eficiente y adecuado a partir de políticas sociales de protección y apoyo a la familia, en particular cuando el telón de fondo de muchas de las medidas de protección es la pobreza, la exclusión social, y sus consecuencias en las familias" (24).

II.2.c. Preservación de los vínculos familiares y perspectiva de género. El cuidado como derecho autónomo

En este apartado, interesa ahondar sobre el impacto de la perspectiva de género en el derecho a la preservación de los vínculos familiares, y su cruce —basado en los principios interdependencia e indivisibilidad— con el cuidado como derecho autónomo que protege a las personas que reciben cuidados como las que los otorgan en la dimensión a ser cuidado/a, a cuidar y al autocuidado, conforme lo reconoce la Corte IDH en la reciente Opinión Consultiva Nro. 31/25 (25).



La autonomía del derecho se explica en que, si bien el cuidado ha sido reconocido como un componente esencial de múltiples derechos y cumple una función instrumental para su pleno ejercicio, su tratamiento fragmentado —limitado a dimensiones parciales dentro de otros derechos— resulta insuficiente: "el derecho autónomo al cuidado comprende el derecho de toda persona de contar con el tiempo, espacios y recursos necesarios para brindar, recibir o procurarse condiciones que aseguren su bienestar integral y le permitan desarrollar libremente su proyecto de vida, de acuerdo con sus capacidades y etapa vital. En esta lógica, el cuidado tiene como propósito no solo la subsistencia de las personas cuidadas y aquellas que cuidan, sino su realización y consecución de su proyecto de vida, reforzar la autonomía personal e inclusión en la comunidad a través de las labores de cuidado. Este derecho se rige por el principio de corresponsabilidad social y familiar, pues los cuidados recaen solidariamente sobre la persona, la familia, la sociedad y el Estado; por el principio de igualdad y no discriminación, que requiere que los hombres y las mujeres tengan las mismas condiciones y responsabilidades en el cuidado; y que los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores, y las personas con discapacidad y con enfermedades que comprometan su autonomía e independencia, gocen de cuidados acorde a su condición" (26).

De cara al tema que convoca el estudio, la Corte asevera que "para el desarrollo y fortalecimiento de la familia, así como para el disfrute mutuo de la convivencia entre sus miembros y la protección de personas en situación de dependencia, se requiere el reconocimiento del derecho y la obligación de brindar y recibir cuidados. En efecto, es en el ámbito familiar donde tiene lugar gran parte de la atención cotidiana a quienes requieren apoyo, especialmente a niñas y niños. La Convención Americana, en su art. 17, protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, lo que incluye la necesidad de garantizar condiciones para el cuidado digno en su interior. Esta protección también abarca la distribución equitativa de las tareas de asistencia y apoyo entre sus miembros, de conformidad con los principios de igualdad y corresponsabilidad. Este último aspecto tiene una estrecha conexión con el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. A su vez, el fortalecimiento del entorno familiar constituye un factor clave para la protección integral de la niñez, de conformidad con el art. 19" (27).

Respecto al derecho a cuidar, la Corte advierte que los estereotipos negativos de género son susceptibles de generar violaciones al derecho a la igualdad en el campo de la preservación de la unidad familiar al discriminar a las mujeres que conforman familias que se apartan de los esquemas social y culturalmente aceptados, así como también al adoptarse decisiones discriminatorias basadas en concepciones tradicionales referidas al rol de las mujeres y/o los varones en las tareas de cuidado (28).

Contracara de la misma moneda, la prohibición de discriminación en perjuicio de los NA se extiende a las condiciones de sus progenitores o representantes legales, los miembros de la familia ampliada y cualquier otra persona que pudiera ejercer su cuidado, pues la discriminación en perjuicio de las personas adultas implicadas es pasible de privar al NA de crecer y desarrollarse en su medio familiar (29).

En este sentido, conviene recordar dos sentencias de la Corte IDH que comprometen la responsabilidad internacional de Argentina por concurrir el género —entre otras razones prohibidas de discriminación— como motivo para convalidar la separación de un NA de su familiar origen.

La primera es la dictada el 27/04/2012 en el caso "Fornerón e hija vs. Argentina" (30), a instancia del padre biológico soltero

de una niña que fue entregada por la madre a un matrimonio heterosexual, a quien se le denegó el ejercicio del derecho a cuidar por tratarse de un varón sin pareja, cuya paternidad había sido fruto de una relación sexual ocasional.

En esa oportunidad, la Corte IDH observa que las autoridades judiciales incurrieron en una decisión discriminatoria al valorar las circunstancias que rodearon el embarazo por impacto de estereotipos que indican la necesidad de vínculos afectivos estables y formales entre las personas adultas, o deseos mutuos que formar una familia, que —por lo general— lucen ausentes en las relaciones ocasionales (31). También incurrieron en discriminación al considerar la situación posterior al nacimiento de la niña, al cuestionar la capacidad de paterner de manera individual y condicionar la función de padre a la existencia de una esposa (32): "en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma (...) no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas (...). Las decisiones judiciales analizadas no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre y se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada sobre las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo" (33).

La segunda decisión es adoptada el 22/08/2023 en el caso "María y otros vs. Argentina" (34), el cual versa sobre la situación de una adolescente con escasos recursos económicos, embarazada y proveniente de una situación de violencia familiar, separada de su hijo al momento de nacer, presionada a otorgar el consentimiento para la adopción sin acompañamiento psico-social ni jurídico y luego, invisibilizada su voluntad de ejercer la maternidad, en palmaria violación de todo el procedimiento legal y las garantías mínimas que lo rodean.

En lo que interesa destacar, la Corte IDH estudia el derecho al cuidado frente a la interseccionalidad, entendida a partir del entrecruzamiento de fuentes de vulnerabilidad que causan una forma específica de discriminación: "en María confluían distintas desventajas estructurales que impactaron en las decisiones que se tomaron en torno a su maternidad y, finalmente, en su victimización. (...) Sobre este asunto, es necesario destacar que la especial situación de vulnerabilidad de María acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado. Sin embargo, conforme se desprende del acervo probatorio del caso, el Estado no adoptó medidas orientadas a permitirle afrontar su maternidad, sino que, desde un inicio, las acciones de los diferentes actores estatales se encaminaron hacia la separación de la madre de su futuro hijo" (35).

Las circunstancias de este segundo caso, amén del derecho a cuidar y ser cuidado/a, colocan sobre el escenario la relevancia de la corresponsabilidad social y estatal para la garantía del derecho al autocuidado de quien cuida y es a la vez, destinataria especial de cuidado, acorde a su condición de progenitora adolescente. Recuérdese, los derechos de las personas menores de edad son receptores de una protección reforzada a tenor del art. 19 de la CADH, y este "plus protectorio" involucra el derecho a recibir la apoyatura adecuada a la edad, el grado madurez y la situación particular de cada NA, para la consecución de su proyecto de vida y reforzar su autonomía personal.

En miras de integrar el conocimiento, como idea cierre del presente apartado, interesa reparar en la interdependencia entre el carácter universal de la seguridad social y el cuidado —especialmente, el autocuidado (36)— que aborda la Corte IDH en la aludida Opinión Consultiva Nro. 31/25: "el derecho al cuidado y el derecho a la seguridad social tienen una indiscutible relación de interdependencia e indivisibilidad. Como consecuencia, los Estados deben implementar medidas para la garantía progresiva del derecho a la seguridad social a favor de todas las personas y, particularmente, de las mujeres cuidadoras (...). Por lo anterior, los Estados deben garantizar progresivamente licencias de maternidad, de paternidad y prestaciones familiares que permitan: a madres y padres ejercer el derecho a cuidar; a los niños y las niñas gozar del derecho a ser cuidado, manteniendo un nivel de vida adecuado durante períodos esenciales para su desarrollo, y a las madres gozar del autocuidado, tanto en el período de embarazo como en el de parto y posparto (...). Asimismo, para garantizar los derechos a ser cuidado y al autocuidado, los Estados deben implementar progresivamente medidas para asegurar que las prestaciones económicas de la seguridad social se extiendan a las personas que por razón de su edad, salud o condición de discapacidad no pueden producir los recursos necesarios para su subsistencia y cuentan con un grado de dependencia por el cual requieren cuidados" (37).

III. El rol del Poder Judicial en el proceso de control de legalidad

III.1. La ley 26.061 y su interacción con el Cód. Civ. y Com.

En materia de niñeces y adolescencias, la República Argentina estuvo atravesada durante 86 años por el régimen tutelar del Patronato de Menores, pues la ley 10.903 que lo regulaba fue sancionada en el año 1919 y derogada en el 2005.

Durante el patronato, las intervenciones estatales se desplegaban a través de acciones plenamente judiciales, ya que el art. 4° de la normativa regulaba el instituto de protección de "menores", estableciendo que el patronato del Estado Nacional o provincial se ejercía por medio de los jueces y juezas de dichas jurisdicciones. No obstante, este enfoque paternalista no fue aplicado de manera igualitaria, ya que, además del conflicto con la ley penal, se utilizaron criterios amplios basados en el "peligro moral o material" para justificar la vigilancia judicial e institucionalización de los "menores" pertenecientes a familias de sectores populares. De allí la cuestionada judicialización de las problemáticas socioeconómicas que encubría su abordaje (38).

Dicho régimen, si bien comenzó a ser interpelado en la década del noventa por la ratificación de la CDN y su posterior jerarquía constitucional, fue recién en el año 2005 que el derecho interno hizo eco de los estándares internacionales de derechos humanos mediante la sanción de la ley nacional 26.061 que instauró el Sistema de Protección Integral (SPI, en lo que sigue) vigente. De allí que sea posible verificar que el efecto performativo (39) de casi un siglo aun irradie sus efectos en los abordajes actuales y ocasione la aplicación de nociones erradas que culminan desviando la finalidad y esencia del nuevo sistema, en especial

cuando se encuentra involucrado el (nuevo) rol del poder judicial.

Ocurre que el cambio más radical se centró en la transferencia de funciones originariamente absorbidas por el Poder Judicial en favor del poder administrativo. Así, se da paso a la eliminación de la judicialización de las problemáticas familiares como herramienta de abordaje primaria y prioritaria para instalar la "vulneración de derechos" como noción habilitante de la intervención de los organismos administrativos creados por la norma, cuya función consiste en procurar el restablecimiento de los derechos amenazados o violados a través de medidas de promoción y protección y, de manera excepcional, mediante la separación familiar.

Entonces, en consonancia con la CDN —en particular, sus arts. 18 y 27—, en este nuevo escenario se instauran responsabilidades concéntricas que limitan las injerencias arbitrarias del Estado pero que no lo eximen de sus obligaciones, pues si bien la responsabilidad de proteger y garantizar los derechos de NA cabe en primer lugar a la familia, el Estado estará conteniendo, apoyando y acompañando (40); de allí que el rol principal lo ocupen los órganos administrativos con el despliegue de acciones encaminadas a la ejecución de políticas públicas de fortalecimiento familiar (arts. 4° a 7° de la ley 26.061) y la actuación del Poder Judicial quede sujeta a escenarios de gravedad.

En esa línea, la ley 26.061 establece tres niveles de abordaje según la dimensión de actuación, el tipo de estrategia y el órgano competente:

MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE DERECHOS (art. 4)	<ul style="list-style-type: none">• Dimensión colectiva• Políticas públicas• Competencia administrativa
MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS (arts. 33 a 38)	<ul style="list-style-type: none">• Dimensión individual• Derechos económicos, sociales y culturales vulnerados. Programas de asistencia y apoyo, incluso de carácter económico• Competencia administrativa
MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS EXCEPCIONAL (arts. 39 a 41)	<ul style="list-style-type: none">• Dimensión individual• Separación familiar transitoria. Imposibilidad de fundarse en la falta de recursos económicos, políticas o programas• Competencia administrativa - judicial

Las que aquí analizamos —medidas excepcionales (MPDE)— tienen tres notas características: la excepcionalidad, la subsidiariedad y la provisionalidad. Ello porque implican la separación de NA de su ámbito familiar; en consecuencia, se aplican por el lapso más breve posible y proceden solo cuando, previamente, se hayan cumplimentado y agotado debida y fundadamente las medidas de protección integral.

Ahora bien, más allá de lo jurídico, es de resaltar el impacto que dichas medidas generan en la vida psicoafectiva de NA, puesto que a las causas de graves vulneraciones de derechos que son motivo de la medida, se adiciona el sufrimiento que conlleva el separarse de la familia (41).

De esta manera, aun frente a nuevas formas de intervención, por las consecuencias propias de la separación familiar, el sistema contempló mecanismos de control para asegurar que tal actuación sea respetuosa de los derechos y las garantías propias del debido proceso adjetivo constitucional de NA y sus familias, pues de lo contrario la modificación solo habría implicado el pasaje del ejercicio de tal atribución de un poder del Estado a otro. En ese contexto, entra en escena el Poder Judicial. ¿Cómo? A través del control de legalidad.

Es dable recuperar que el art. 9° de la CDN expresamente indica: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Con ello, en virtud de los derechos humanos en juego y la disparidad de armas de las partes involucradas (por un lado, el Estado y, por el otro, NA y sus familias, que en la mayoría de los casos se encuentran en situación de vulnerabilidad), lo que pretende la norma es disponer una instancia de revisión para determinar si el acto es ajustado a derecho. De ahí que la presunción de legalidad de los actos administrativos no sea óbice para la actuación judicial, pues justamente lo que se pretende es reforzar el cumplimiento de los requisitos de procedencia y la protección del debido proceso.

Dicha manda es acogida por el art. 40 de la ley 26.061 que, aunque en la práctica muchas veces resulte de difícil cumplimiento (42), dispone un mecanismo ágil y rápido de articulación: "(...) será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro [24] horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Cód. Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de setenta y dos [72] horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta esta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que esta implemente las medidas pertinentes".

Dicho mecanismo implica entonces que la adopción de la MPDE, así como el diseño y ejecución del plan de trabajo para abordar la conflictiva familiar a lo largo de su vigencia, es facultad de los órganos administrativos, pero estos deben, en tiempo y forma, poner en conocimiento a la autoridad judicial competente en materia de familia para que se expida sobre su legalidad; incluso, por la gravedad que implica su omisión prevé sanciones penales a quienes incumplan con la debida notificación. Del

mismo modo, son facultades de la administración la posible prórroga de la medida y la posterior conclusión, respecto de las cuales aplica el mismo control judicial.

En esta instancia, cabe reparar en la complejidad del trámite, en tanto involucra el desarrollo simultáneo y coordinado de actividades administrativas y judiciales, pues tras una primera actuación reservada al ámbito administrativo, se ponen en marcha una multiplicidad de acciones que involucrarán también al poder judicial.

Por su parte, el Cód. Civ. y Com. integra los principios, derechos y garantías del SPI en los diferentes institutos que componen el derecho de las familias. No obstante, este enlace es más notorio en la figura de la adopción, pues el art. 607 enuncia los supuestos que son antesala de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y, con relación a las MPED, el inc. c dispone que su frustración será motivo de dicha declaración, reiterando el plazo máximo de vigencia y las competencias del órgano administrativo y del judicial. Con posterioridad, y ya dentro del proceso de adopción, reconociendo el rol de ambos actores durante la vigencia de las MPED, incluye disposiciones que articula el trabajo desplegado en esa oportunidad (arts. 609 inc. a, 613, 616 y 617 inc. c).

III.1.a. Alcance y contenido del control de legalidad

Como se podrá observar, producto de la reformulación del sistema sobre la base de la limitación del poder judicial, en este punto emerge un interrogante sustancial y transversal en torno a un tópico que carece de pautas claras y concretas y que ha generado erróneas interpretaciones bajo el ropaje de "intervencionismo indebido": ¿qué implica el control de legalidad?, ¿qué facultades y obligaciones tiene el órgano judicial en este tipo de procedimientos?, ¿hasta dónde se involucra la Justicia y cuándo lo hace?

La intervención del poder judicial está reservada justamente para un supuesto de especial gravedad como lo es la separación familiar; entonces, ante las MPED es indispensable un plus de protección a través de "una justicia activa que pueda detectar las situaciones de vulneración de derechos y exigir, con mecanismos garantistas, la satisfacción de los mismos a los organismos administrativos, sin por ello avasallar sus competencias ni extralimitarse, sino simplemente accionar los resortes judiciales para exigir oportunamente las obligaciones incumplidas" (43). Así, queda descartada la posibilidad de una revisión de rigorismo formal y técnico que ocurre solo al inicio de las MEPD.

Partiendo de esa base, puede definirse al control de legalidad como un acto ejercido por el poder judicial cuya manifestación primaria y vertebral ocurre al inicio de la MPED pero que continúa hasta su finalización —incluso, la trasciende— y tiene por fin evitar actuaciones arbitrarias del organismo administrativo y garantizar el respeto del debido proceso administrativo-judicial de NA y sus familias y el derecho humano a vivir en familia, así como poner en diálogo a dos actores del Estado para el despliegue de acciones coordinadas, articuladas y encaminadas al mismo objetivo: la conservación o recuperación del ejercicio y goce de los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Para justificar tal perspectiva, en primer lugar, es de resaltar que el SPI, se edifica sobre el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual la responsabilidad por la protección y garantía de los derechos de NA recae en la familia, el Estado y la sociedad. Dicho principio es extrapolable a los tres poderes que componen el Estado, a quienes la ley les impone la obligación de adoptar medidas para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en ella reconocidos (art. 29). De allí que las acciones que uno y otro desplieguen deberán ensamblarse sin que ello afecte la división de poderes, pues el objetivo de la norma es fortalecer el funcionamiento del sistema de cara a sus finalidades.

En segundo lugar, los arts. 40 y 41 arrojan lineamientos con relación a los extremos que debe verificar el órgano judicial para poder proceder con la legalidad. Así, indica que el órgano administrativo debe remitir un acto jurídicamente fundado en el dé cuenta: a) de que se hayan agotado las medidas de protección sin un resultado positivo; b) de la proporcionalidad de la medida para el caso en concreto; c) que ella sea la más idónea para el abordaje de la situación familiar; d) que la modalidad de implementación se ajusta a la situación, procurando la preservación de la identidad familiar y la convivencia de hermanos/as; e) que se haya puesto en conocimiento a NA y sus representantes legales; y, f) que no se funde en la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo. De ahí que sea necesario un análisis íntegro de los antecedentes del grupo familiar, los vínculos familiares, las estrategias desplegadas con anterioridad y las propuestas para llevar a cabo durante la MPED, la modalidad y lugar de cumplimiento de la medida, las políticas públicas ofrecidas y los resultados esperados.

Si alguno de esos extremos no se encuentra debidamente evacuado, el órgano judicial de ningún modo está obligado a proceder con la legalidad; por el contrario, es precisamente allí donde debe desplegar su competencia y exigir el debido cumplimiento de los requisitos señalados por ley. En este punto, la omisión de la intervención a la que está llamado a ejercer se erige como obstáculo a los mecanismos de protección de derechos propios del debido proceso.

En esa línea, en tercer lugar, un argumento central lo ocupa el factor tiempo. Ponderando los efectos de la MPED, el sistema procura la inmediata comunicación al poder judicial (en 24 horas), quien con la misma inmediatez debe evaluar si se encuentran cumplidos los recaudos dispuestos por la ley. Un análisis superficial viola la temporalidad de la medida y ocasiona que sobre el final de esta haya extremos sin abordajes apropiados y que sean canalizados en los procesos de declaración de la situación de adoptabilidad, dilatando las resoluciones de la situación jurídica de NA y, en simultáneo, vulnerando el derecho a vivir en familia. Por ello, exigir oportunamente las obligaciones incumplidas y evitar dilaciones sobre aspectos invisibilizados y desconocidos, o bien analizados tardíamente, hace a un debido control de legalidad. En otro orden de ideas, el art. 706 del Cód. Civ. y Com. contempla principios transversales a los procesos de familia; entre ellos, la tutela judicial efectiva y la oficiosidad. De ahí que, aun con sus particularidades, dichos principios sean extrapolables al trámite previsto para las MPED, puesto que la normativa — conforme lo fundamentos del Anteproyecto— ha tenido por finalidad incorporar principios a la luz del derecho procesal

constitucional de la familia. En consecuencia, el otorgamiento de mayores facultades de dirección del proceso a las juezas y jueces de familia conlleva a que despliegan todas aquellas medidas que les permitan dirigir, controlar y direccionar las estrategias del órgano de niñez y el procedimiento judicial a fin de lograr la restitución de los derechos vulnerados de NA.

Al respecto, sostiene Raffo que "(...) la actuación del juez no podrá limitarse al simple dictado de un auto de 'legalidad' de la medida excepcional, sino que deberá cumplir con el mandato que le atribuyen el art. 75, inc. 23 CN —adoptar 'medidas de acción positivas que garanticen el goce y ejercicio de derechos (...) respecto de niños'—, y los citados arts. 18 a 21 CIDN. El juez deberá, entonces, garantizar la efectividad de los derechos del niño, más allá de la simple verificación de que el Poder Ejecutivo ha respetado las prohibiciones que la normativa le impone. Su tarea es constatar que se han tomado las medidas de protección apropiadas a la situación del niño y ajustadas a los derechos fundamentales de la infancia; es decir, que se han adoptado las 'medidas necesarias para que la vida —del niño— revista condiciones dignas', y de no ser así, ordenarlas. Esta visión del juez como operador y ejecutor de la normativa protectora de derechos de la infancia, no solo no se opone con los principios rectores de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, sino que es la máxima garantía de su debido respeto y la única herramienta de control de juridicidad de los actos dispuestos por el órgano administrador" (44).

Por último, es dable mencionar que, si bien el control de legalidad de la medida tiene su primera manifestación en la convalidación que realiza el juez o jueza frente a la comunicación de la adopción de la medida que realiza el órgano administrativo, su cometido no se agota allí, pues continúa durante todo el desarrollo de la medida, supervisando e impulsado, entre otras cuestiones, los informes de avances, las modificaciones en las estrategias propuestas que resulte menester y/o el lugar de alojamiento de NA y las peticiones realizadas al culminar el plazo de vigencia —incluida la prórroga—.

Para dar cuenta de lo expuesto, es preciso traer a colación la sentencia dictada por el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Villa La Angostura, Neuquén en fecha 17/01/2023 (45). De la plataforma fáctica surge que en fecha 10/08/2022 la jueza declaró la legalidad de la MPED adoptada respecto de las hermanas E., X. y M. P., bajo la modalidad institucional. Posteriormente, convalidó la prórroga desde el 01/12/2022. No obstante, en fecha 22/12/2022 el órgano de niñez remitió informe de cese de la medida por restitución de derechos.

Ante ello, la Defensoría de los Derechos del Niño solicitó el rechazo de tal decisión indicando que la autoridad administrativa no tenía facultades para disponer el cese de la MPED por exceder su competencia. Además, indicó que no se mencionaron fundamentos suficientes para el cese de la medida excepcional y el retorno al domicilio de sus progenitores, ni se observó cómo lo decidido garantizaba el interés superior de las niñas y su integridad psicofísica dado que, en otras instancias, las niñas habían relatado situaciones de maltrato físico y violencia sexual.

La jueza comenzó indicando que el interrogante central radicaba en "si el cese al igual que la adopción y modificación de medidas excepcionales constituyen actos administrativos con control de legalidad judicial o si son en sí actos jurisdiccionales sin contralor". A tal fin, ponderando que el ordenamiento local no respondía a este, recurrió al orden nacional.

Así, concluyó que el órgano administrativo posee la facultad de tomar dicha decisión pero que esta queda sujeta a control judicial. Señaló: "Las condiciones para el cese de la medida de excepción deberán estar explicitadas y fundamentadas en los informes de intervención, enmarcando todo el proceso dentro de la línea de restitución de derechos. El Organismo de Aplicación de Protección de Derechos deberá notificar el cese de la medida de excepción al organismo judicial quien ejerce el control de legalidad de la misma (...) como una forma de equilibrar las competencias asignadas en el Sistema de Protección Integral (...)".

Continuó diciendo: "Los cambios producidos, traen como consecuencia que, los órganos administrativos realicen la función de evaluar si se cumplen o no las garantías mínimas que deben darse para que sigan viviendo en su entorno familiar. Será el juez o jueza quién deberá ponderar lo trabajado en el expediente administrativo, por parte de los equipos técnicos de las sedes correspondientes, y también deberá ser el garante del procedimiento judicial asegurando el derecho de defensa de quienes revisten la calidad de parte en el proceso de control judicial de las medidas".

Sorteado dicho extremo y dejando en claro el rol de ambos poderes indicó que, en el caso en concreto, el órgano administrativo no logró fundamentar técnicamente qué evaluación se realizó sobre los progenitores y qué cambios se habían logrado desde su prórroga. Además, no lograba dar cuenta del método y programa de acompañamiento que brindaría a las niñas.

En consecuencia, sostuvo que no se encontraban dadas las condiciones para convalidar el cese de la medida excepcional dispuesta por el órgano de aplicación local y requirió a la Dirección de Fortalecimiento de Derechos de la Secretaría de Desarrollo Social, que en el plazo de quince días remitiera un informe sobre la situación actual familiar, se expidiera y amplíe sobre las cuestiones señaladas y que en su caso diseñara un nuevo plan estratégico de restitución de derechos, conforme los lineamientos fijados en la sentencia y lo requerido por la Defensoría de los Derechos de los Niños y Adolescentes a fin de evaluar oportunamente si se daban las condiciones requeridas para la convalidación del cese de la medida.

En la misma línea, el Juzgado de Familia N° 1 de Pehuajó (46), en consonancia con la petición de la Asesoría de Menores e Incapaces y la abogada de la niña, ordenó al órgano de niñez interviniente en la MPED de carácter institucional de la niña F., L. M., a que brindara mayores explicaciones sobre la petición de situación de adoptabilidad que realizó en el PER de Conclusión, puesto que de la medida de abrigo y su prórroga surgía que se venían desplegando estrategias de vinculación con su abuelo materno quien se encontraba en una compleja situación habitacional ya que vivía junto a su pareja y sus dos hijos en un garaje; asimismo, intimó a la Municipalidad de Carlos Casares a que concediera una vivienda digna para que la familia de origen pudiera continuar con su cuidado. Ante ello, el municipio informó que se había adjudicado a la pareja del abuelo una casa de barrio y, posteriormente, el órgano de niñez presentó un nuevo PER solicitando que se dejara sin efecto la solicitud de pedido de adoptabilidad y se otorgara la guarda judicial.

En consecuencia, el 24/02/2025 el Juzgado otorgó la guarda judicial al abuelo materno y para resolver destacó que la "(...) tanto la medida excepcional de abrigo y, mayor aún, la declaración de estado de adaptabilidad de un niño, resulta una actuación impropia y desmedida cuando se funda en la situación de pobreza de la familia, al afectar el derecho fundamental del niño a vivir en su ámbito familiar y lesionar su libertad personal; cuando al mismo tiempo, la autoridad se abstiene de tomar medidas de amparo que aseguren el efectivo ejercicio de sus derechos y eviten el perjuicio que el desarraigo familiar produce (...). A tal fin, recuérdese que los compromisos internacionales de nuestro orden público familiar no toleran la iniquidad social que emerge de medidas inicuas que castigan y sancionan la pobreza, con la destrucción de la unidad familiar, a través del apartamiento, internación, o entrega a otras familias de los hijos. La separación de los niños de su grupo familiar primario no resulta una opción legítima ante la pobreza (...)" .

En la misma dirección se enrola la resolución dictada por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul de la Provincia de Buenos Aires en fecha 05/09/2017 (47), a través de la cual confirmó la sentencia de primera instancia que había decretado el cese de la medida de abrigo del niño S., M. E., ordenando su egreso del Hogar Convivencial Peñihuen y su posterior reingreso al hogar materno, por considerar superadas las situaciones que motivaron la oportuna adopción de la MPED.

Las actuaciones llegan a la Cámara por el recurso de apelación interpuesto por la Asesoría de Menores, quien argumentó que no estaban dadas las condiciones para retornar al niño con su familia de origen y que el magistrado había resuelto en sentido contrario a los informes del órgano de niñez y sobre la base de la adopción de una serie de medidas que pertenecen a la órbita del poder administrativo, afectándose el principio de división de poderes por en una esfera que no es de su competencia.

Allí la Cámara sostuvo que "(...) una vez adoptada la medida de abrigo es el juez quien controla y dirige el procedimiento, quien a fin de formar su convicción puede valerse tanto de los informes elaborados por los profesionales del SLPPDN como ordenar que su equipo técnico realice dichos informes. En efecto, los informes del efector administrativo no resultan vinculantes para el juez, quien —en caso de considerarlo necesario— se encuentra facultado para requerir informes a su equipo técnico auxiliar. En esta línea argumental, la doctrina sostiene que, si el juez evalúa la existencia de alguna estrategia que no fue puesta en marcha durante el máximo de 180 días que involucra el mencionado sistema mixto, debe ordenar las medidas que considere pertinentes a fin de reafirmar la imposibilidad o dificultad de que el niño regrese a su familia de origen (...). Aún a riesgo de ser sobreabundante y de extender demasiado estas consideraciones estimo necesario agregar —para esclarecer los interrogantes planteados por la Asesora de Incapaces— que el Juez no debe limitarse a declarar la legalidad de las medidas excepcionales dispuestas por el Servicio Local sino que se halla facultado para disponer inmediatamente aquellas otras que aseguren la indagación de las causas de la problemática familiar (...). Ello en consonancia con el principio general de oficiosidad establecido en los arts. 706 y en particular el 709 del Cód. Civ. y Com. (...). Por lo tanto, el planteo de la Asesora de Incapaces referido a que el a quo resolvió desconociendo las conclusiones del PER no puede prosperar por resultar improcedente atento las facultades legales y constitucionales que le confiere el sistema protectorio de los Derechos del Niño".

III.1.b. Las audiencias en el marco del control de legalidad

Durante la tramitación de la MPED, y como parte del control del control de legalidad, cabe examinar un tipo particular de audiencia, conocida como "audiencia de monitoreo" o "audiencia de efectores", puesto que constituye una de las herramientas procesales más controvertidas y que ha dado lugar a un escenario polarizado entre quienes argumentan a su favor y en su contra.

Para comenzar, es necesario demarcar su alcance y contenido. En este sentido, la audiencia de monitoreo o de efectores es aquella instancia de diálogo generada por el juez o jueza que tiene a cargo el control de legalidad de la MPED en la que convoca a todos aquellos efectores que se encuentren interviniendo, de una u otra manera, en la estrategia de trabajo diseñada para la restitución de derechos de NA y el abordaje de su grupo familiar con el propósito de conocer con mayor amplitud los antecedentes del caso, plantear y/o reconsiderar de manera conjunta y articulada las acciones a desplegar y colaborar mutuamente en la ejecución de las medidas. De ahí que uno de los efectores trascendentales involucrados sea el órgano de niñez; pero también, entre otros, los dispositivos de salud y educación, áreas de Desarrollo Social, abogados y abogadas de NA, tutor o tutora ad litem y los equipos técnicos de los dispositivos institucionales si la medida fue adoptada con dicha modalidad.

Ahora bien, a nivel nacional, el art. 40 de la ley 26.061 prevé la fijación de audiencia con los y las representantes legales como condición previa para el dictado de la legalidad de la MPED, en tanto constituye uno de los extremos medulares de su derecho de defensa, tal como se profundizará en el apart. IV. Así, ante la falta de previsión expresa de la audiencia de monitoreo en los términos planteados, la prevista en dicho artículo ha sido el puntapié para convocar en la misma oportunidad a los efectores; empero, ello ha generado opiniones disímiles.

Desde una postura restrictiva, se sostiene que la citación de los órganos administrativos excede las facultades judiciales. Como se advierte, quienes se enrolan en esta tesis comparten los fundamentos de un control de legalidad acotado a la mera verificación del cumplimiento de los recaudos legales de cara a la conservación de la división de poderes y la no injerencia en competencias otorgadas a la autoridad administrativa.

Desde una perspectiva dialógica y de coordinación, se afirma que la instancia judicial constituye un escenario propicio para generar mecanismos de actuación corresponsable en los que, sin alterar la división de poderes, se dialoga para articular, coordinar y fortalecer las estrategias planteadas a través de acciones que cada actor llevará a cabo desde el ámbito de su competencia.

El argumento más sólido radica en que la propia ley habla de sistema y, como tal, comprende una multiplicidad de organismos orientados al mismo fin; por ende, no clausura el diálogo, sino que por el contrario establece una "concertación articulada de acciones" (art. 32) bajo el imperativo de la efectividad (art. 29).

Seguidamente, desde una lectura integral y armónica, se ponen en contacto los principios del SPI con los previstos en el Cód.

Civ. y Com. para los procesos de familia bajo la idea de que el derecho de forma y el de fondo, van de la mano y se retroalimentan. Así, la nueva hermenéutica incorporada por el Código ha tenido un impacto directo en el derecho procesal modulado desde el enfoque de derechos humanos de cara a garantizar una "justicia de acompañamiento o protección", que propicia una actuación activa de los jueces y juezas y la implementación de un sistema procesal "(...) con notas importantes de oralidad, para facilitar la intermediación y orientar flexiblemente el proceso a partir de la celebración de audiencias (...)" (48).

Aún más, ambos marcos normativos se ensamblan con las normativas procesales de cada jurisdicción y, por ende, con las facultades ordenatorias e instructorias que allí se contemplan para los jueces y juezas.

En ese marco, la celebración de estas audiencias favorece la concentración de actos procesales de manera ágil y oportuna para la obtención de decisiones informadas, eficaces y colaborativas, puesto que permitirá dar respuesta a peticiones y situaciones que, de otra manera, deberían canalizarse de manera escrita y con mayores dilaciones. Por ejemplo, la adopción de medidas de protección contra la violencia o el libramiento de oficios a entidades de la seguridad social con orden judicial para efectivizar el acceso a políticas públicas.

En definitiva, desjudicialización no es sinónimo de vaciamiento y apartamiento de la potestad y responsabilidad de dirección e instrucción del proceso; por el contrario, implica desplegar una actividad efectiva para controlar el oportuno y eficiente cumplimiento del plan de trabajo elaborado originalmente por el órgano administrativo, o aquel al que se arribe como consecuencia del diálogo mantenido y la protección y garantía de las defensas del grupo familiar involucrado, poniendo a disposición facultades judiciales para su plena ejecución.

III.2. La situación de la provincia de Buenos Aires

El art. 42 de la ley 26.061 regula los niveles que componen el SPI. En función de ello, las provincias planifican y ejecutan las políticas de niñeces y adolescencias con relación a su territorio. En ese marco, la provincia de Buenos Aires sancionó la ley 13.298 de "Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños", integrada con su dec. reglamentario 300/2005 y actualizada con las modificaciones introducidas por las leyes 13.634 y 14.537.

Además, y sin perjuicio de que su título refiera al proceso de adopción, la ley 14.528 también recupera extremos íntimamente vinculados al Sistema de Promoción y Protección Integral (SPPI, en lo sucesivo) bonaerense y específicamente el art. 12 regula la articulación con el SPPI, detallando los supuestos que son antesala de la declaración de la situación de adoptabilidad.

En lo que interesa al objeto de análisis de este apartado, cabe señalar que el control de legalidad se encuentra atravesado por las mismas directrices que las desarrolladas para el ámbito nacional, pero con algunas particularidades que resulta apropiado profundizar.

La ley 13.298 dedica el art. 35 bis a la MPED, que denomina "Abrigo". Comienza describiendo en qué consiste dicha medida y dispone los mismos plazos de actuación que la ley 26.061. Empero, destaca que "cualquier consenso que pudieren manifestar los progenitores al tiempo de ser adoptada la medida en sede administrativa, carece de toda entidad para enervar el posterior control judicial sobre su legalidad". Esta prohibición explícita de consenso descarta una práctica administrativa que se observaba previo a la modificación operada por la ley 14.537, la suscripción de las denominadas "acta acuerdo" entre los progenitores del NA y el organismo local, por la que —invocando el acuerdo de delegación del cuidado— el acto era categorizado como una medida de protección general de derechos y, por lo tanto, carente del control judicial previsto para el abrigo (49). Con esta aclaración, independientemente de la voluntad de los representantes legales, cualquier decisión que implique la separación familiar, está sujeta a un control de legalidad que podría descalificar la medida adoptada, por incumplimiento de los recaudos elementales o de los derechos y garantías del debido proceso de NA y sus familias.

Otra nota peculiar radica en el abordaje dedicado a las situaciones de violencia intrafamiliar. Indica que de verificarse tales situaciones y de imposibilitarse la exclusión de la persona agresora, el/la juez/a "(...) resolverá junto con el Servicio de Promoción y Protección de Derechos interviniente, la medida excepcional que corresponda y de ello se notificará al Asesor de Incapaces" resaltando, sin perjuicio de que la adopción del abrigo ocurre siempre en sede administrativa, la actuación corresponsable y coordinada, en correlato con el art. 14.

Ahora bien, a nivel procesal, el precitado articulado no brinda mayores precisiones sobre el trámite que debe aplicarse al proceso judicial de control de legalidad. Precisamente por ello, cobra especial virtualidad la referencia explícita que la ley bonaerense sobre adopción hace al actuar de los organismos especializados del SPPI, por cuanto brinda cierta claridad en un campo carente de regulación específica, susceptible de generar una discrecionalidad injustificada y consigno, una violación a la garantía de defensa en juicio.

Nótese, el Título I del Libro I de la ley 14.528 se dedica a las cuestiones generales y entre otros, el art. 3° fija la competencia del Juzgado de Familia del domicilio en el NA resida habitualmente, o sea, con arreglo a la noción de centro de vida; y excepcionalmente, para el caso de que se desconozca, del Juzgado especializado con competencia territorial en el lugar donde se hubiese tomado la primera medida de protección. Luego, el art. 4° determina que —sin perjuicio de los plazos especiales establecidos— el Juzgado de Familia dispondrá —de oficio o pedido de parte, y de acuerdo con las circunstancias del caso— la aplicación de los plazos establecidos para el juicio sumarísimo y la habilitación de días y horas inhábiles, de conformidad con el art. 496 del Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires (CPCCBA). Por su parte, el art. 5° faculta al Juzgado a disponer que las notificaciones se canalicen de conformidad con los arts. 40 (domicilio real y legal constituido), 143 (correo electrónico oficial, acta notarial, telegrama y carta documento) y 143 bis del CPCCBA (domicilio legal electrónico) y el Acuerdo Nro. 3540/2011 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que aprueba el Reglamento para la notificación por medios electrónicos. Mientras que el art. 6° hace referencia al derecho a la asistencia letrada especializada que le asiste a NA con edad y

madurez suficiente.

Empero, se observará, ninguna de las leyes de la Provincia prevé una directiva similar a la del art. 40 de la ley 26.061 en relación a la audiencia con los y las representantes legales de NA, previo a resolver la legalidad del abrigo. La única citación obligatoria está prevista en el art. 12 de la ley 14.528 para el final de la medida de abrigo y cuando esta culmina con la petición de la declaración de situación de adoptabilidad (cuyo estudio se profundizará en apart. IV). En consecuencia, se han generado abordajes disímiles entre los distintos Departamentos Judiciales e incluso entre los órganos de un mismo Departamento, dejando sujeto a la discrecionalidad del órgano judicial interviniente un trámite con efectos determinantes en el derecho a la vida familiar.

Ante tales circunstancias, en el año 2016, la Subsecretaría de Control de Gestión de la Suprema Corte provincial realizó un informe de "Buenas Prácticas Judiciales" en el fuero familia y, dentro del área "gestión de los procesos de trabajo jurisdiccionales" analizó el abordaje del control de las medidas de abrigo y la evaluación del fortalecimiento familiar en el Juzgado de Familia N° 2 de San Isidro (50). Dicho documento inicia planteando que en la práctica se evidenciaba la falta de participación de las personas destinatarias de las estrategias que diseñaba el órgano administrativo y de los efectores involucrados, por ello "(...) se advirtió la necesidad de buscar un lugar de encuentro de todos los sujetos involucrados (...) a efectos de llegar a resultados exitosos, debíamos constituirnos en una especie de 'equipo de trabajo', mejorando la comunicación entre sí; aunque siempre respetando y dejando claro las funciones y atribuciones de cada uno".

Para enmarcar dicho encuentro, el informe señala la utilización de la audiencia prevista en el art. 10 de la ley 14.528, con ampliación al Servicio de Promoción y Protección, Asesoría de Menores y al Equipo Técnico del Juzgado. Se indica que dicha oportunidad propicia la constitución de una "(...) acción mancomunada entre los diferentes intervinientes, aportando cada uno lo suyo desde su lugar. Así, los progenitores con patrocinio letrado —en general el Defensor Oficial— podían expresar sus inquietudes y puntos de vista; el Servicio Local explicar las estrategias de trabajo, la Sra. Asesora plantear y solicitar ciertas medidas, el Equipo Técnico del Juzgado evaluar el plan de acción desde su óptica interdisciplinaria y aportar nuevos enfoques, y la Magistrada monitorear el trabajo desplegado y disponer estrategias y/o medidas faltantes".

Aun así, es preciso aclarar que tal encuadre no resulta ajustado a todas las causales de dan origen a las medidas de abrigo, puesto que la ley vincula la audiencia prevista en el art. 10 con el supuesto en que NA no tenga filiación establecida o sus progenitores hayan fallecido y se estén desplegando estrategias para su localización o la de otras personas familiares.

El informe continúa señalando que al inicio "(...) se presentó cierta resistencia en su implementación por un lado porque representaba un cambio en la modalidad de trabajo, y por otro porque existía temor de que se confundieran los roles y funciones de cada uno de los sujetos". Pero, la práctica demostró que "(...) al momento de finalizar el ciclo de trabajo, tanto el Servicio para emitir su informe de conclusión PER, como la Sra. Asesora para su dictamen y la Magistrada para resolver [estaban] familiarizados con los procesos llevados a cabo y cómo fueron evolucionando".

Por todo ello, culmina evaluándola como una "Buena Práctica de Gestión Judicial, toda vez que asegura la participación temprana, activa, coordinada y comprometida con las estrategias desarrolladas, por parte de los sujetos del proceso de adopción; reflejándose ello en la optimización de los tiempos en miras al cumplimiento de los plazos establecidos por ley, e implicando una profundización del trabajo realizado. Todo ello facilitado por la oralidad, propiciando un espacio de encuentro de todos los efectores y una eficaz comunicación de los mismos".

Más cerca en el tiempo se ubica la resolución dictada en fecha 03/09/2019 por la Sala III de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata (51) ante el recurso interpuesto por el órgano administrativo. Surge de los antecedentes que el Juzgado de Familia N° 8 Departamental había declarado la legalidad de la medida de abrigo y citó a los representantes del Servicio Local, a la Asesora de Menores, a representantes del Cuerpo Técnico y a la tía y abuela materna de la niña a una audiencia con la finalidad de establecer estrategias de trabajo de forma conjunta. Posteriormente, amplió dicha convocatoria a la progenitora.

Frente a ello, el Servicio de Promoción y Protección apela indicando entre otros agravios, la afectación a la división de poderes y la desnaturalización de la legitimación otorgada a la autoridad administrativa en las MPED. Allí, ponderando que la medida había tenido origen en situaciones de violencia intrafamiliar, la Cámara sostuvo la necesidad de desplegar un "obrar conjunto y coordinado", por lo que desestima el cuestionamiento intentado. No obstante, señaló que si se cita a los progenitores se deberá consignar expresamente el deber de comparecer con patrocinio letrado a los fines de garantizar su derecho de defensa.

Para culminar el análisis es dable mencionar que en el año 2021 la Subsecretaría de Planificación Estratégica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos publicó el Anteproyecto de Código Procesal Civil, Comercial y de Familias para reemplazar al actual dec. 7425 del año 1968.

Si bien el texto aún no ha sido llevado a la Legislatura, es de interés estudiar la regulación propuesta para el objeto de este ensayo, pues la versión actual es el resultado de un proceso participativo de actores de múltiples sectores, entre los que se encuentra el Poder Judicial y el Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia (52).

De los fundamentos se desprende: "El Anteproyecto regula el proceso de control de legalidad judicial (...) de conformidad con el esquema establecido en las leyes de promoción y protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes, a nivel nacional, provincial, sus decretos reglamentarios, y conforme a lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. En particular, se tiene en cuenta lo previsto en el art. 40 de la ley nacional 26.061; se incorpora la citación de la familia de origen a una audiencia con carácter previo a resolver sobre la declaración de legalidad de la medida, con facultades para ofrecer prueba y recurrir".

De esta manera, se desprende de los arts. 966 a 701 la obligación del juez o jueza de fijar una audiencia dentro de los 3 días de recibida la solicitud de control de legalidad a la que debe convocar a NA según edad y grado de madurez y las personas

progenitoras, familia ampliada u otras responsables de su cuidado, al organismo administrativo de protección interviniente y al Ministerio Público, a los fines de informar los alcances de la medida y brindar información para el ejercicio de los derechos. No obstante, el art. 698 titulado "Trámite excepcional. Imposibilidad de notificar a las personas progenitoras dentro del plazo" indica que cuando no sea posible efectuar la notificación de la convocatoria a las personas adultas vinculadas a NA, se puede proceder con el dictado de la legalidad de la medida sin necesidad de realizar la audiencia, lo cual suprime la trascendencia y utilidad de practicarla con los efectores a efectos del monitoreo.

Sobre el alcance del control de legalidad, el art. 700 dispone que debe verificarse el cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 695, los que sintéticamente implican el detalle de los datos de las personas adultas vinculadas a NA y su correspondiente información y notificación y la justificación del agotamiento de las medidas de protección o de la adopción directa de la MPED, la proporcionalidad e idoneidad de la medida, la razonabilidad del plan estratégico de restitución de derechos diseñado y el plazo de duración.

Además del amplio contenido que obliga a revisar, faculta al órgano judicial a no dictar la legalidad y peticionar al administrativo a que complemente, en un plazo no mayor a cinco días, el plan estratégico de restitución de derechos cuando no cumpla con dichos requisitos.

De encontrarse satisfechos todos los extremos, podrá decretarse la legalidad en la audiencia mencionada anteriormente o en el plazo de 24 horas de finalizada previo dictamen del Ministerio Público, entendiéndose que de no celebrarse se dictará con posterioridad a su frustración. Y, sobre los recursos, indica que la resolución que hace lugar a la medida es apelable con efecto no suspensivo y la decisión que la deniegue es apelable con efecto suspensivo.

Otro punto destacable desde la óptica de la actuación articulada está en el art. 704, que contempla la posibilidad de que el órgano administrativo solicite fundadamente órdenes judiciales para garantizar la aplicación o cumplimiento de una medida excepcional de protección.

Finalmente, reforzando la significancia del control judicial, el art. 703 faculta a los/as jueces/zas a intimar al cumplimiento de los plazos y el art. 705 extiende la revisión a la verificación de los motivos que dieron origen a la medida para poder proceder al archivo de las actuaciones. En caso contrario, al igual que en la primera intervención, podrá requerir la complementación de las explicaciones brindadas.

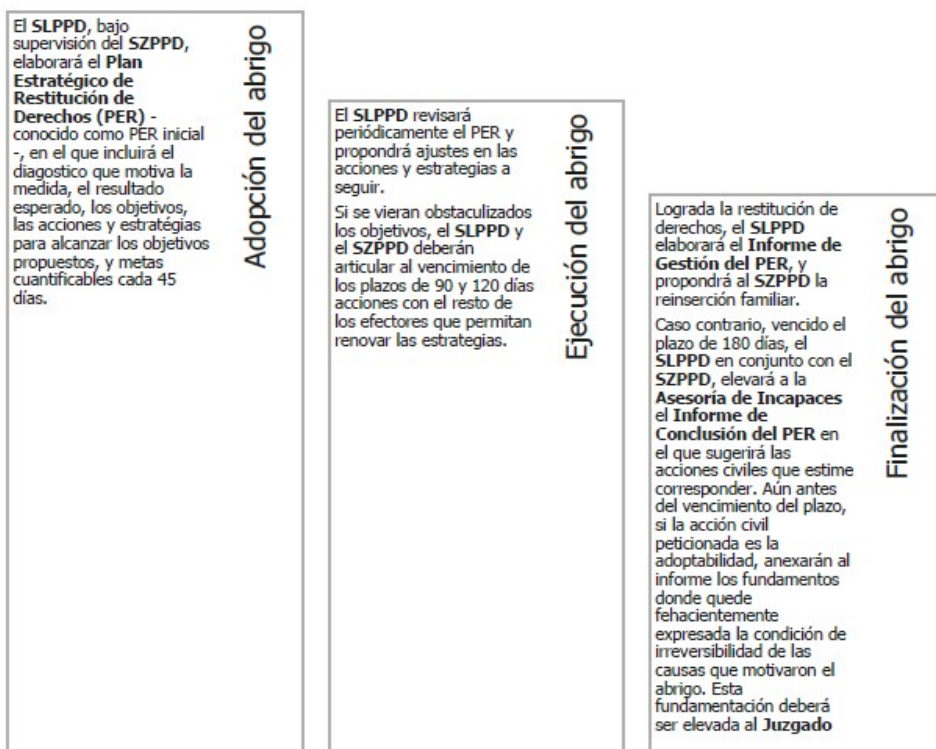
Con lo expuesto, se constata la inexistencia de normas claras que conduzcan a la realización de actuaciones homogéneas en el abordaje de las MPED e impidan que la discrecionalidad invada una escena integrada por personas en situación de vulnerabilidad con disparidad de armas para la defensa de su derecho humano a la vida familiar y el debido proceso.

IV. Las garantías procesales de las familias: modulaciones para el efectivo acceso a la justicia

IV.1. Teoría y práctica de los procesos de abrigo: bases para la garantía del debido proceso

Como se afirma desde los estándares que emergen del corpus juris internacional de protección, una vez decidido que la separación familiar es necesaria para el interés superior de NA, la actividad del Estado se deberá enfocar en la remoción de sus causas y la reparación de sus consecuencias de manera que se favorezca la reunificación familiar. En el territorio bonaerense, este imperativo está especialmente involucrado en la reglamentación del precitado art. 35 bis de la ley 13.298 dedicado a las medidas de abrigo, mediante el dec. 300/2005.

Este Decreto prevé las obligaciones de los principales actores del SPPI que actúan durante la adopción, ejecución y finalización de la medida de abrigo, principalmente, las que competen a los organismos administrativos.



Si bien el decreto contempla la elaboración del PER inicial como un documento fundamental del expediente administrativo, no obliga al SLPPD ni al SZPPD a remitir este informe a la Asesoría de Incapaces ni al Juzgado de Familia competente, por lo que —stricto sensu— el deber de comunicar emerge del art. 35 bis de la ley 13.298 y se circunscribe a "la resolución en la que estima procedente la medida de abrigo, dentro de las veinticuatro [24] horas".

No obstante, en la práctica el PER inicial suele acompañar la comunicación del abrigo al Juzgado y la Asesoría de Incapaces o —al menos— es agregado con posterioridad al proceso, con la finalidad de favorecer el análisis de los requisitos que la ley impone para la adopción de la medida y si corresponde, resolver su legalidad.

¿Podría el Juzgado resolver la legalidad del abrigo sin el PER inicial del que desprende, entre otros, el diagnóstico que explica la adopción de la medida y, por ende, hace a los requisitos legales básicos de subsidiariedad, provisoriedad e idoneidad? Dependerá del grado de versación sobre la problemática familiar que arroje el documento conocido como "comunicación del abrigo", o bien del conocimiento preexistente que pueda tener el Juzgado y/o la Asesoría de Incapaces por conexidad. Es que la realidad indica que la mayoría de los casos tienen por antecedente la tramitación de otras causas ante el mismo Juzgado, por lo general, procesos de protección contra la violencia familiar que incluso, pueden ser iniciados a instancias de otros efectores del SPPI —la mayor de las veces, instituciones educativas o servicios de salud— con relación a la situación de vulneración de derechos de un NA.

Ahora bien, el abrigo es un proceso y la resolución respecto a su legalidad, aunque necesaria, no es la única. Declarada procedente esta excepción, si bien será el SLPPD en conjunto con el SZPPD quien decida y establezca el procedimiento a seguir, los recaudos previstos por la ley no se agotan en la necesidad de separar al NA de su grupo familiar de convivencia, sino que campean toda la implementación de la medida para que, precisamente, logre —dentro del breve lapso máximo que se le impone— generar el terreno propicio para la reunificación familiar a partir de la recuperación del ejercicio de los derechos vulnerados, la reparación de sus consecuencias, y la remoción de las causas que desencadenaron la separación. Va de suyo, el examen judicial trasciende la resolución de la legalidad del abrigo y, por ende, el proceso continúa su trámite hasta la definición de la situación jurídica del NA.

De lo antedicho se desprende que, más allá de que la revisión regular del abrigo parecería recaer —en la literalidad de la norma— en los SZPPD por su funciones de coordinación, supervisión y actuación como instancia superadora de la intervención de los SLPPD en su zona (art. 18.4 de la ley 13.298); es una (buena) práctica más o menos generalizada en la Provincia que los PER elaborados al momento de la adopción de la medida, como los informes de actualización previstos durante su ejecución, sean incorporados al expediente judicial para su consideración. Ello sumado a la celebración de las mencionadas "audiencias de monitoreo", también llamadas "audiencias de efectores", a tenor de los innegables resultados positivos que le siguen a la oralidad e intermediación.

Lo mismo acontece con el informe de gestión del PER que le sigue a la restitución de los derechos vulnerados a consideración del organismo local. Pues si bien el Decreto dispone que el SLPPD propone al SZPPD la reinserción del NA a su medio familiar, siendo el segundo quien plantea sugerencias en caso de estimarlo necesario, la evaluación del informe de gestión también compromete la actuación jurisdiccional, y lo hace para asegurar por un lado, que la reinserción familiar obedezca al interés superior del NA, y por el otro, para cerciorar que la familia acceda a la apoyatura apropiada —material y personal— para cuidar de manera adecuada si así lo requiere, mediante la adopción de medidas de protección integral de derechos.

En suma, si bien de la literalidad del reiterado art. 35 bis y su reglamentación desprendería que la interacción administrativa-

judicial se reserva a la comunicación del abrigo y a los informes de conclusión del PER que se confeccionan por no encontrarse estrategias protectorias para reintegrar al NA al grupo familiar, requiriéndose el inicio de una acción civil y por ende, de una decisión de carácter judicial; lo cierto es que, para dotar de efectividad a los derechos en la especialidad, la intervención mixta campea todo el procedimiento bajo análisis y resulta fundamental para el estricto respeto de las garantías del debido proceso.

IV.2. El lugar de las familias en los procesos de abrigo: calidad de parte

La remisión explícita a la Justicia de la comunicación del abrigo y los informes de conclusión del PER es comprensible por la afectación derechos que suponen, pues el abrigo lleva consigo la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental durante su vigencia (inc. d del art. 702 del Cód. Civ. y Com.), mientras que el otorgamiento de cualquier acción civil también impacta en esa responsabilidad, aunque lo hace en diferentes grados: uno máximo que se lo observa en la declaración de la situación adoptabilidad del NA (arts. 607 inc. c del Cód. Civ. y Com.), y otro más moderado, con frecuencia provisorio porque la acción peticionada es la otorgación de la guarda del NA a su otrora abrigador/a (art. 657 del Cód. Civ. y Com.).

Valga la reiteración, si el expediente administrativo de abrigo culmina con el informe de conclusión del PER es porque las estrategias y acciones implementadas no lograron remover las causas que originaron la separación del NA de su grupo familiar conviviente. De ahí que sea preciso preguntarse si puede entenderse configurada tal frustración, si los servicios de justicia no le reconocen al NA y su familia una participación eficaz y oportuna en este tipo de procedimientos para que, durante la implementación de la medida, puedan —de mínima— exigir al Estado el cumplimiento de la obligación básica de "asistencia o apoyo apropiado" para que puedan cuidar adecuadamente, y ofrecer la prueba que consideren menester para favorecer sus pretensiones.

Si se busca sostener la legalidad de la intervención estatal en las familias, no hay excusa para negar un proceso bilateral donde las partes más débiles —les asista o no razón, objetivamente, las familias están en desventaja frente al Estado— puedan ejercer ampliamente el derecho a ser oídas respecto de lo afirmado por la otra.

Aunque la citación al proceso de los progenitores —u otros familiares en sentido amplio— no esté prevista por el entramado legal bonaerense durante la implementación del abrigo, toda vez que la convocatoria —bajo la modalidad de audiencia— se reserva para la oportunidad en la que se debate la situación de adoptabilidad y siempre que esa sea la acción civil peticionada (art. 12 de la ley 14.528), la obligatoriedad de la participación judicial temprana se sostiene en que la bilateralidad es crucial para garantizar el debido proceso.

Por lo tanto, acordar a los progenitores un espacio contacto personal con la autoridad judicial semejante a la prevista por el art. 40 de la ley 26.061, y que ese llamamiento opere como una invitación explícita a participar del proceso con patrocinio letrado y en calidad de parte, con las actitudes que dicho rol implica dentro de un expediente (53), más que una "buena práctica", constituye una clara obligación del Poder Judicial en su carácter de garante último de derechos, entre los que se encuentran, claro está, el acceso a la justicia y a los recursos efectivos.

Lo que sí constituiría una "buena práctica" es la forma y la información que se brinda al momento de convocar a las familias al proceso, máxime considerando que el trámite carece de una regulación específica y da lugar a un amplio margen de discrecionalidad judicial.

Verbigracia, en la sentencia dictada el 09/07/2025 por el Juzgado de Familia N° 5 de Avellaneda-Lanús (54), además de declarar la legalidad de la medida de abrigo y requerir una serie de acciones al SLPPD interviniente, se convoca a la progenitora a primera audiencia en los siguientes términos: "citar a de D. B. G. a primera audiencia a celebrarse por Secretaría, debiendo asistir el primer día viernes hábil posterior a la notificación de la presente, munida del Documento Nacional de Identidad y debido patrocinio letrado. En dicha oportunidad, se explicará —con lenguaje sencillo— el contenido de la presente, la consecuencia legal prevista por el art. 702 inc. d) del Cód. Civ. y Com., el derecho participar del proceso y, por ende, de ofrecer prueba, la competencia del Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos durante la ejecución de la medida de abrigo, y la impresión de las normas del juicio sumarísimo. Al efecto, se le informa que en caso de carecer de recursos económicos para contratar a un/a abogado/a de la matrícula, podrá solicitar la asistencia jurídica de las Unidades de Defensa Civil departamentales ubicadas en (...). A todo evento, se le hace saber a de D. B. G. que la incomparecencia al Juzgado de quien haya sido debidamente citado/a, o el incumplimiento del deber de constituir domicilio legal, trae aparejada la consecuencia que el domicilio legal quede automáticamente constituido en los estrados del Juzgado en donde se le practicaran las notificaciones de los actos procesales que correspondan por ministerio de la ley; es decir, los días martes o viernes, o el día hábil siguiente si alguno fuera feriado. Para mayor ilustración, se transcribirán de forma íntegra los arts. 40, 41 y 133 del CPCC".

Otra cuestión que arroja la práctica es la presentación de los progenitores a la audiencia sin asistencia letrada, aunque le hayan sido explicadas las consecuencias que prevé el sistema procesal. Si bien resulta controvertida la validez de su celebración por la obligatoriedad del patrocinio (art. 56 del CPCCBA), no debe pasar inadvertido que la realización del acto ofrece el órgano judicial un conocimiento "mano a mano" de los puntos de vista que sobre el conflicto familiar tienen sus protagonistas, así como las necesidades y la asistencia que entienden requerir, de manera que la familia se implique en la gestión del caso. Incluso, permitirá ahondar en las razones de la comparecencia sin patrocinio letrado, pues —no pocas veces— las familias de bajos recursos no cuentan con el tiempo que demanda tramitar la asistencia de la Defensa Oficial porque, por ejemplo, los horarios de atención coinciden con el horario laboral. La información de esta índole resulta de suma importancia para que el Juzgado pueda detectar las barreras que impiden acceder al sistema de justicia, implemente los ajustes de procedimiento que permitan su superación y en definitiva, desde la exigibilidad que le es propia, de oficio o pedido de parte —incluida la Asesoría de Incapaces—, inste la consecución de acciones carácter integral como ser la prestación de apoyo a la familia a través de turno de atención con los

servicios de salud, o ayuda material mediante políticas de transferencia monetaria.

A modo de cierre, interesa traer a colación dos sentencias que abordan la participación de las familias en los procesos en la especie. La primera es la resuelta el 09/02/2022 por la Suprema Corte de Buenos Aires (55), a propósito del recurso extraordinario interpuesto por el progenitor de una niña declarada en situación de adoptabilidad, fundado en el desmedro de su derecho de defensa, toda vez que le negó la posibilidad de participar en el proceso. Al llegar la causa al conocimiento de la Corte, observa que la progenitora había sido citada mediante edictos, aunque sin seguirle el trámite previsto para los supuestos de ausencia procesal, por lo que da intervención a la Defensoría Oficial (art. 341 del CPCPCBA).

En este contexto, considerando que la falta de intervención procesal eficaz de los progenitores deriva en el incumplimiento del deber de tutelar la preservación de la unidad familiar, la máxima instancia de la Provincia resuelve dejar sin efecto el fallo en crisis, y exhorta al Juzgado de origen "para que, integrado como corresponda, en forma urgente y manteniendo la guarda de la niña con el matrimonio (...), confiera al recurrente y a la señora defensora oficial —en representación de la progenitora— el derecho de alegar y probar los extremos que estimen indispensables a sus pretensiones y proceda a dictar una nueva sentencia en el plazo más breve posible".

Del caso sintetizado se desprende la importancia de la participación procesal oportuna, pero también el procedimiento a seguir en caso de que se ignore el domicilio de alguno de los progenitores, o cualquier otro dato de contacto que permita convocarlos al proceso de forma personal. Pues, ha sido la propia Suprema Corte bonaerense la que hizo uso del art. 341 del CPCPCBA y dio intervención a la Defensoría Oficial, tras detectar que la progenitora había sido citada mediante la publicación de edictos sin que a ello le sucediera el nombramiento pertinente.

Recuérdese, el ordenamiento procesal intenta garantizar la defensa en juicio del ausente mediante la intervención de la Defensoría Oficial, para que represente a la parte en el juicio, intente que esta conozca la existencia del proceso y en su caso, recurra la sentencia. La aplicabilidad de esta garantía no está exenta de cuestionamientos en los expedientes de abrigo, bajo el argumento de que los derechos en juego no son susceptibles de representación.

Esta discusión motiva el segundo fallo que corresponde destacar, el dictado el 23/06/2025 por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora (56). Sintéticamente, el caso se origina en la adopción de un abrigo con relación a la niña L. con fundamento en la ausencia de adultos responsables de su cuidado. Una vez vencida la medida, el SLPPD solicita la declaración de situación de adoptabilidad y el Juzgado convoca a los progenitores a la audiencia prevista por los arts. 609 del Cód. Civ. y Com. y 12 de la ley 14.528 a la que comparece la progenitora y se opone. Ante la imposibilidad de dar con el paradero del progenitor, es convocado mediante la publicación de edictos y una vez vencido el plazo, se da intervención a la Unidad de Defensa Civil. Culminada la producción de la prueba, el Juzgado resuelve declarar la situación de adoptabilidad y la Unidad de Defensa Civil apela en los términos del art. 341 del CPCPCBA.

Al expresar agravios, el recurrente realiza una serie de consideraciones sobre el rol de la Defensa Pública, el que entiende limitado: "me permito hacer una observación particular sobre la hipotética pretensión de que la Defensa Pública ejerza representación de una persona sobre una cuestión atinente al ejercicio del derecho/deber de la responsabilidad parental. (...) Entiendo que en este caso se ha citado a los progenitores del niño a fin de oírlos sobre el dictamen emitido por el SPyPDN respecto de la situación de adoptabilidad del niño (cf. art. 12 de la ley 14.528 y art. 609 inc. b) del Cód. Civ. y Com.), y ello —considero— es un acto absolutamente personal e impide ser transferido".

La Alzada confirma la sentencia en crisis por considerarla respetuosa del interés superior de la niña, y aborda el tratamiento de la observación efectuada por la Defensoría Oficial: "no resultan atendibles los agravios dirigidos a la imposibilidad de intervenir en representación del ausente con relación a las medidas llevadas respecto de L. y ejercer una adecuada defensa respecto a las medidas adoptadas en sede administrativa como judicial, puesto que ello resulta ajeno a la participación que la propia normativa establece, por cuanto, como se dijo, la adopción y desarrollo de la medida se halla a cargo del órgano administrativo".

Asimismo, al tratar la queja efectuada respecto a que no se le haya permitido contestar demanda, limitándose la intervención a sugerir medidas de búsqueda del ausente, la Cámara sostiene que "de la propia presentación efectuada por el ahora recurrente surge que, conforme su criterio, su intervención debía limitarse a los términos antes dichos. (...) En dicho marco, los agravios ahora introducidos, resultan contrarios a las propias apreciaciones que el Sr. Defensor efectuara oportunamente (...). En lo que interesa para el presente, el marco normativo establece un proceso de tipo especial, iniciado a partir de la comunicación respectiva, no contemplando la posibilidad de interponer demanda ni contestar la misma (...) la citación de los progenitores se dirige a que estos puedan formular su oposición, lo cual incluso no es óbice para la declaración de adoptabilidad, sino que la citación corresponderá para escucharlos al efecto de obtener una más concreta valoración de las circunstancias que rodean al niño, a los fines de establecer la necesidad o conveniencia de su otorgamiento".

V. La otra cara (oculta) de la moneda: la participación de NA

Despejados los extremos que componen el debido proceso de las personas adultas, corresponde hacer lo propio respecto de las menores de edad, pues aun cuando el nuevo marco legal trajo consigo la consagración de NA como verdaderos sujetos de derechos, todavía es posible identificar —tanto en el ámbito administrativo como judicial— prácticas ancladas al sistema tutelar anterior. Por ende, cabe profundizar y fortalecer la participación que el SPPI les otorga en el proceso.

En este sentido, si bien la ley 13.298 no alude de forma expresa a la calidad de parte de NA en las MPED, se trata de un carácter implícito o derivado del objeto y fin de dichas medidas, toda vez que se aplican para preservar y restituir sus derechos amenazados o vulnerados y, en consecuencia, el art. 35 bis les reconoce participación activa en el procedimiento de acuerdo con su edad y grado de madurez. ¿Qué significa eso? Para evacuar el interrogante, la norma proporciona algunas directrices que deben

interpretarse y aplicarse de manera conjunta con el derecho de fondo y forma, a los fines de garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

Para empezar, se regula el derecho a ser oído. Al respecto, esta dupla autoral señaló que constituye una de las diversas formas de participación de NA y que debe garantizarse en cualquier proceso judicial que les concierna sin condición alguna; asimismo, para dotar de efectividad a la herramienta, supone la obligación de que la opinión exteriorizada sea considerada y valorada según el grado de discernimiento y la cuestión debatida (57). De esta manera, la "escucha" representa una facultad que NA podrán ejercer libremente y que, de así desearlo, deberán asegurarse las condiciones necesarias para su realización.

En las MPED, la norma señala la obligación de garantizar la escucha en todas las instancias, es decir, antes de tomar la medida, durante su transcurso y al finalizar. Caben aquí dos aclaraciones:

i) Como la medida involucra al ámbito administrativo y judicial, sin perjuicio del contacto directo que ambos actores deben tener con NA, cobra especial relevancia la coordinación de la escucha a los fines de evitar múltiples citaciones. En este sentido, si surge de la documentación remitida al inicio por el órgano de niñez que dicho derecho ya se garantizó y efectivizó, corresponderá al órgano judicial citar a NA con posterioridad y poner a disposición el espacio de escucha —el que siempre debe estar disponible—. De alertarse su omisión, será parte del control de legalidad suplirla citando directamente a NA u ordenar su cumplimiento en el ámbito administrativo.

En esa línea, en la "Guía de Prácticas Aconsejables para escuchar a Niños, Niñas y Adolescentes en el Proceso Judicial" la Suprema Corte bonaerense señaló que "la escucha podrá reiterarse en caso de considerarla necesaria (...) en función de cambios producidos, tiempos transcurridos u otras circunstancias que hagan considerar que han existido diferencias relevantes (...) 'a los fines de evitar' la reiteración de entrevistas que puedan significar revictimización (...)".

ii) NA puede solicitar la intervención del órgano de niñez y la posterior adopción de su MPED. Al respecto, de la articulación de los arts. 35.1 y 35.4 del dec. 300/2005 surge que antes de tomar la medida debe tenerse en cuenta los deseos y consideraciones del NA, quien podrá requerir su ejecución por resultarle insostenible su situación de vida en el grupo de convivencia.

En la práctica, uno de los ejemplos más recurrentes de ello se da en los espacios educativos puesto que constituyen lugares destacados para que NA puedan exponer o denunciar situaciones de vulneración de derechos; posteriormente, dichas autoridades articulan con los órganos de niñez. Así, será competencia de este último informar a NA sobre el alcance de la medida y analizar si se encuentran dados los presupuestos para su aplicación, con especial consideración de la opinión libre e informada que sea exteriorizada.

Vinculado a lo antedicho, para una plena participación, otra de las pautas otorgadas por la norma es el deber de mantener al NA informado en todo momento sobre las estrategias que se van desarrollando, sus resultados y las decisiones que en consecuencia se podrían tomar, brindando información completa, accesible y apropiada a la edad. Además, no es menor destacar que también constituye su finalidad el evitar una nueva victimización provocada por la incertidumbre (conforme el séptimo párrafo del art. 35.3 del dec. 300/2005).

Una muestra concreta de la efectivización de tales derechos lo constituyen las actas de adopción de las medidas con la rúbrica de NA, pues indican ni más ni menos que su notificación, que recibieron adecuadamente la información allí precisada y que prestaron su conformidad. En caso de imposibilidad, debieran indicarse los motivos para evaluar las acciones a desplegar.

Sin embargo, por desconocimiento o resistencia, aún se soslaya una actuación de profunda envergadura de cara al acceso a la justicia de NA; y, de nuevo, en estos casos deviene crucial un adecuado control de legalidad para exigir su cumplimiento.

Lo mismo sucede con las actas de modificación de la modalidad familiar a institucional o de un dispositivo a otro pues, aunque sea competencia del órgano de niñez la ubicación de NA de acuerdo a sus características contextuales, familiares y personales, ponderando el impacto que ello significa y que con su ejecución pueden vulnerarse derechos (por ejemplo, que en virtud de la distancia se complejice el contacto con la familia), deberán ser informados y, en su caso, otorgar la posibilidad de ejercer las defensas correspondientes.

Otro componente que tiene especial asidero en las MPED es la participación con asistencia letrada y la figura de tutor ad litem. En este punto, sin perjuicio de que el tema fue desarrollado en la anterior edición de doctrina temática de esta revista (58), es apropiado señalar que, como en estas medidas la separación familiar se concluye ante motivos de gravedad que conllevan la vulneración de derechos, deviene innegable que existe un conflicto de intereses. Ahora bien, es parte del control de legalidad verificar que el ejercicio de esta defensa técnica tenga el abordaje pertinente.

Muestra de lo antedicho, es un planteo resuelto el 10/10/2024 por el Juzgado de Familia N° 4 de La Plata (59). Surge del resolutorio que en la ampliación de PER inicial el órgano de niñez indicó como estrategia la solicitud de designación de patrocinio letrado para E., de cinco meses de edad. Ínterin se decretó la legalidad de la medida, se presentó el letrado sorteado por el Colegio de la Abogacía Departamental en carácter de abogado de E. Ante ello, la Asesoría de Menores interviniente dictaminó que, en virtud de la normativa vigente, E. no contaba con autonomía progresiva para intervenir con dicha figura y que no manifestó su consentimiento al respecto, por lo que peticionó que se dejara sin efecto su designación. Pero, advirtiendo los conflictos de intereses existentes en el caso, solicitó que continuara su intervención en carácter de tutor especial, para luego —una vez que el niño pudiera expresar con claridad su voluntad y sentimientos— siguiera interviniendo como abogado de este.

Realizado el traslado de dicho planteo, el órgano de niñez y el letrado rechazaron tal petición y sostuvieron que el patrocinio letrado constituye una garantía mínima del debido proceso de NA que no está condicionada a que tengan madurez suficiente.

Frente a ello, el Juzgado retomó los argumentos brindados por la Asesoría y por la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial en los autos "R. E. S. c. G. Y. M. A. s/ protección contra la violencia familiar (ley 12.569)" (60) y resolvió

mantener su designación como tutor ad litem para garantizar que quien ejerciera dicha función tenga la especialización requerida en materia de niñez y adolescencia.

Finalmente, toda vez que el plazo razonable es un elemento sustancial del debido proceso, un momento clave para NA es la definición de su situación jurídica. Por tanto, será crucial que los efectores intervinientes clausuren la medida al vencimiento del plazo y realicen las peticiones acordes al trabajo desplegado y los resultados alcanzados, dejando expresa constancia de la participación de NA en dicho abordaje, pues implica ni más ni menos que resolver sobre su futuro familiar. En particular, cuando la pretensión se orienta a la declaración de la situación de adoptabilidad, pues la norma debe ser leída en conjunto con el Cód. Civ. y Com. y la ley 14.528, que le otorgan a NA un lugar central en el proceso.

Sobre esto, en fecha 10 de octubre de 2024, el Juzgado de Familia N° 5 de La Plata (61) resolvió disponer como medida de protección integral y con carácter excepcional por el término de sesenta días, la permanencia de los niños P. J., U. A. y C. A. en el Hogar Esos Locos Bajitos, ordenando al órgano de niñez que ante su fenecimiento remita nuevo informe de conclusión. Para así resolver, el Juzgado ponderó lo peticionado por la Asesoría con relación a que, sin perjuicio del agotamiento de la medida de abrigo, devenía necesario continuar trabajando la voluntad adoptiva de NA en base a lo informado por el órgano administrativo en el informe final, respecto a la firme posición de las niñas y el niño del rechazo a la adopción, opinión que fue reiterada por ellos en oportunidad de la audiencia de escucha. Asimismo, consideró la imposibilidad del retorno al domicilio familiar, toda vez que, respecto de la progenitora, del progenitor de dos de ellos y abuelo materno existían denuncias por violencia sexual ejercida contra U. A. y C. A. —por la que se encontraban privados de la libertad— y en la familia ampliada no existían figuras idóneas de cuidado.

V.1. El rol de las Asesorías

En el territorio bonaerense, de conformidad con el art. 38 de la ley 14.442, el área del Ministerio Público encargada de la defensa y protección de los derechos de NA y personas en situación de discapacidad se denomina Asesoría de Incapaces y dicho órgano tiene un rol trascendental en el control de legalidad de las MPED, pues constituye una de las situaciones en las que su actuación es de carácter principal (art. 103 inc. b y art. 38 inc. 4 ley 14.442).

Entonces, para comprender los alcances de su actuación es necesario mencionar que, a la luz del enfoque de derechos humanos, las Asesorías de Incapaces se afianzaron como mecanismo de protección y defensa de los derechos de los colectivos a los cuáles representa, no solo para asegurar el cumplimiento de las garantías constitucionales sino como una garantía en sí misma. Por tanto, su actuación se enrola en el marco de las tutelas procesales diferenciadas y actúa como reaseguro para nivelar la participación de personas en situación de vulnerabilidad, ya sea por su edad y/o por su situación de discapacidad (62). En ese contexto, el SPPI acentúa sus funciones y el Cód. Civ. y Com. las refuerza al requerir su intervención en el procedimiento de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, arrojando una línea clara en relación con la responsabilidad de debida diligencia reforzada que debe desplegar.

Inicialmente, en virtud de su función extrajudicial prevista en último párrafo del art. 103 del Cód. Civ. y Com. y en el art. 38 inc. 1 y 6 de la ley 14.442, es posible que la Asesoría funcione como conector del ámbito administrativo con el judicial, por lo que muchas de las situaciones que llegarían a los juzgados de familia ya le serían conocidas y permitiría reforzar el análisis en el control de legalidad, aportando información sobre intervenciones previas. No obstante, por los resabios del sistema anterior, se advierte resistencia en el requerimiento de su actuación por fuera de lo judicial, desaprovechando tal atribución.

Ya en el marco de la actuación judicial, además de ser responsable primordial por la protección y satisfacción de los derechos y garantías mencionados en el punto anterior, vale la pena resaltar situaciones de especial intervención.

Respecto de NA atravesados por cuestiones de salud mental o discapacidad psicosocial, además de constituirse como herramienta de accesibilidad al sistema de administración de justicia, es quien exige la aplicación de los ajustes de procedimiento para llevar a cabo todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para el acceso igualitario (63). Ello se conecta íntimamente con las visitas que por imperio legal (conforme art. 38, inc. 7, ley 14.442) debe realizar en los dispositivos institucionales, pues permite tomar contacto en el lugar donde NA se encuentran alojados y evitar las posibles repercusiones negativas del traslado al espacio tribunalicio. Asimismo, propicia la resolución de situaciones jurídicas en las que la MPED concurre con intervenciones que se enmarcan en la ley nacional 26.657 o medidas de salud reguladas por el art. 35, inc. 1, de la ley 13.298.

Interesa traer a estudio la decisión tomada por el Juzgado de Familia N° 7 de La Plata en fecha 05/03/2025 en la que le ordenó al órgano de niñez interviniente, a petición de la Asesoría, la readecuación de las actuaciones y de la petición realizada, de conformidad con la normativa nacional y convencional vigente; asimismo, que en el plazo de cinco días de notificada la resolución, remitiera el Plan Estratégico de Restitución de Derechos teniendo en cuenta lo actuado hasta el momento y el tiempo transcurrido. Por último, puso en conocimiento a los órganos revisores lo ocurrido en las actuaciones.

De los hechos reseñados surge que en fecha 27/12/2023 se decidió implementar una medida de salud respecto de J. M., toda vez que el niño no contaba con personas adultas que pudieran llevar adelante los cuidados que requería su situación de salud mental. En virtud de ello, ingresa al Hogar Permanente de Discapacidad con Centro Educativo Terapéutico - San Patricio. No obstante, tres meses después, atento el tiempo transcurrido se requirió al Servicio Local que proceda a dilucidar las estrategias que garanticen los derechos del niño de cara a la externación y su derecho a vivir en familia, puesto que no contaba con criterio de internación. Ante la falta de respuesta, se convoca a audiencia y el órgano de niñez señaló que el niño mantenía un fuerte vínculo con su progenitora y abuela materna, pero que estas no podían asumir el cuidado de manera responsable; entonces, la Asesoría y el Juzgado solicitaron la definición de la situación jurídica. Luego de múltiples reiteraciones e intervención de los órganos

pertinentes, en fecha 07/01/2025, es decir, más de un año después, se remitió un informe en el que el órgano de niñez decretaba el cese de la medida de salud oportunamente tomada y solicitaba que se declare el estado de adoptabilidad del niño. Ante el rechazo de la Asesoría por violación a la normativa vigente, el Juzgado le ordenó aclarar o reformular la petición, pero el órgano administrativo la sostuvo. En consecuencia, mencionando que la actuación del órgano de niñez violaba los derechos del niño y de su familia biológica, así como las garantías del debido proceso de ambas partes, la Asesoría requirió al Juzgado que resolviera la disputa ordenando al órgano de niñez el cumplimiento de sus funciones y adecuación de sus peticiones en el marco legal nacional e intencional de los derechos humanos previsto para la adopción a los fines de resolver la situación jurídica de J. M.

Otro punto de relevancia en el control de legalidad tiene que ver con la verificación de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales —especialmente en NA cuya medida se adoptó con modalidad institucional— y, en caso negativo, solicitar su exigibilidad. En esta dirección, la Asesoría es quien se encuentra legitimada para solicitar el otorgamiento de la beca "Sistema Sostén" regulada por la ley 11.852 y que contempla el otorgamiento de una asignación económica y acompañamiento personal. También, podrá solicitar la inclusión de NA a la cobertura integral de salud prevista en la ley 15.218, conocida como "Ángel Azul".

Desde otro ángulo, ante la falta de políticas públicas apropiadas para el abordaje de las progenitoras menores de edad respecto de las cuáles se adopta una MPED y la consecuente ausencia de dispositivos adecuados, se advierte que cuando estas son alojadas en hogares junto a sus hijos, a los fines de garantizar la vacante de este último, la MPED se adopta respecto de ambos, en clara contradicción con el espíritu de la norma y lo dispuesto por el art. 644 del Cód. Civ. y Com. Frente a estas situaciones, el rol de las Asesorías es advertir tal irregularidad e incluso, constituirse en figura de acompañamiento en caso de que la progenitora no cuente con personas de referencia para integrar su consentimiento frente a actos trascendentes para la vida su hijo.

Tal fue la situación de la joven Z. —de 14 años edad—, respecto de la cual se adopta una MPED por el contexto de consumo problemático en el que se encontraba su familia y las situaciones de violencia sexual a las que era expuesta por parte de su grupo familiar. La medida se adopta junto a su hijo S. —de 7 meses— y al momento de expedirse, el Juzgado declara la legalidad de la medida respecto de ambos. Poco tiempo antes de su vencimiento, el órgano de niñez remite informe advirtiendo que la joven había cambiado su posición con relación al cuidado del niño y tenía intenciones de desprenderse de la crianza, manifestando que tanto ella como su hijo podrían ingresar a distintas familias a través de la adopción. Entonces, advirtiendo la existencia de intereses contrapuestos, el Juzgado solicita la intervención de otra Asesoría respecto de S. Al asumir intervención, la asesora detecta la irregularidad y señala que recién en ese momento comenzaría una medida de abrigo para el niño S., pues de lo contrario se avanzaría sobre un proceso adoptivo sin previo trabajo con la progenitora, vulnerando dos intereses superiores por ser ambos menores de edad, por lo que solicitó la fijación de una audiencia de efectores para aclarar tales extremos y definir las situaciones de ambos para continuar con su abordaje. En consecuencia, el 21/11/2024 el Juzgado de Familia N° 8 de La Plata dispone la audiencia citando al órgano de niñez, a representantes del Hogar y ambas asesorías (64).

A través del deber de concurrir a los dispositivos institucionales para verificar la situación en la que se encuentran lxs NA que representa, las asesorías se erigen como órganos de control y exigibilidad y, al mismo tiempo, como figuras de salvaguardia del derecho de participación oportuna y efectiva de NA, puesto que les permite tomar contacto personal y privado e introducir la voz de NA en el proceso de manera inmediata a la toma de la MPED.

Así, en el marco de una acción de amparo iniciada por la Comisión Provincial por la Memoria en la que solicitó que cautelarmente se ordenara al Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia (OPNyA), el Hogar San Patricio y el Instituto de Obra Médico Asistencial —IOMA— a garantizar la provisión de artefactos para acondicionar el ambiente, el cese del sometimiento a aislamiento y la suspensión de la aplicación del "Protocolo de actuación ante descompensaciones", en virtud de su legitimación colectiva y sin perjuicio de hacer expresa mención de quienes representaba de manera individual en el marco de actuaciones de abrigo, la Asesoría asumió intervención adhiriendo a lo peticionado y requiriendo asimismo la intervención del Órgano de Revisión de Salud Mental y el Servicio Zonal. Frente a ello, el 23/02/2024 el Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata hizo lugar a la medida cautelar y requirió la urgente intervención del Órgano de Revisión (65).

VI. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo, se han compartido distintas conclusiones parciales que arroja el estado actual de la cuestión. Llegado este punto, interesa reforzar lo que se consideran dos inferencias centrales y básicas para la garantía de la prevención de la separación y la preservación de la unidad familiar.

La primera es que para el SPPI logre su cometido, es preciso repensar si la noción clásica de "división de poderes" le resulta aplicable o, por el contrario, al enarbolar el despliegue de acciones mancomunadas y simultáneas, la "división de poderes" debe entenderse como el deber de cada poder de poner en marcha todas las herramientas que tiene a su alcance —en función de la competencia de la cual se sirve— para asegurar a los NA el goce de todos sus derechos.

Consecuentemente, la segunda deducción apunta a la necesidad de que los servicios de justicia —judiciales y extrajudiciales— sean accesibles a los NA y sus familias, para que la reclamación por la afectación de sus derechos sea atendida y resuelta por los órganos competentes y capaces de cesar la violación y reparar sus efectos adversos. Precisamente por ello, reconocer a los NA y sus familias la calidad de parte no es excluyente del debate acerca de la situación de adoptabilidad, involucra —con igual intensidad— a todas las fases del abrigo, sea que se trate del expediente administrativo o del proceso judicial que entiende sobre el control de legalidad, y opera con independencia del resultado de la medida.

(A) Abogada UNLP. Diploma Superior en Género y Políticas Públicas en FLACSO. Maestranda en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata. Candidata a especialista en Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencias en la UNPAZ.

Auxiliar letrada de la Asesoría de Menores e Incapaces N° 4 del Departamento Judicial de La Plata.

(AA) Abogada UBA. Docente UNDAV. Diplomada en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales UBA. Investigadora del Observatorio de Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes de la FD - UNICEN. Secretaria del Juzgado de Familia N° 5 de Avellaneda - Lanús. Vocal del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Buenos Aires - Consejo Departamental de Avellaneda - Lanús. Exintegrante de la Guardia Jurídica Permanente del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

(1) BEGUIRISTAIN, C. y SILVA, S. A., "¿Antagonismo procesal o resistencia judicial? Hacia una garantía efectiva de la defensa técnica de las niñeces y adolescencias", RDF 2025, 120, AR/DOC/1260/2025.

(2) En adelante, se utilizará "NA" en referencia a "niñeces y adolescencias" o "niñxs y adolescentes", de forma indistinta.

(3) Comité de los Derechos del Niño, 18/10/2024, Observaciones finales obre el séptimo informe periódico de la Argentina, CRC/C/ARG/CO/7.

(4) Comité de los Derechos del Niño, 18/10/2024, ob. cit., párr. 13.

(5) Ibidem.

(6) Ibidem.

(7) Se aclara que varias de las reflexiones que se comparten en este trabajo están signadas por la labor profesional desarrollada por ambas autoras en el marco del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de NA.

(8) Comité de los Derechos del Niño, 30/06/2025, Borrador de Observación General Nro. 27 sobre el derecho del niño al acceso a la justicia y a un recurso efectivo, en: <https://www.ohchr.org/es/calls-for-input/2025/call-submissions-draft-general-comment-no-27-childrens-right-access-justice>.

(9) Comité de los Derechos del Niño, 30/06/2025, ob. cit., párr. 9.

(10) Ibidem.

(11) Comité de los Derechos del Niño, 30/06/2025, ob. cit., párr. 10.

(12) Comité de los Derechos del Niño, 27/11/2003, Observación General Nro. 5 sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párr. 6 del art. 44), CRC/GC/2003/5.

(13) Comité de los Derechos del Niño, 30/06/2025, ob. cit., párr. 15.

(14) Comité de los Derechos del Niño, 30/06/2025, ob. cit., párr. 18 y ss.

(15) Ver, entre otros: Asamblea General de las Naciones Unidas, 24/02/2010, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, A/RES/64/142; Comité de los Derechos del Niño, 29/05/2013, Observación General Nro. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1), CRC/C/GC/14, párrs. 58 y ss.; y Comité de los Derechos del Niño, Informe de resultados del Día de Debate General 2021 sobre los derechos de la infancia y el cuidado alternativo, <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/days-general-discussion>.

(16) Comité de los Derechos del Niño, 09/05/2013, ob. cit., párr. 58.

(17) Comité de los Derechos del Niño, 09/05/2013, ob. cit., párr. 60.

(18) Comité de los Derechos del Niño, 21/06/2017, Observación General Nro. 21 (2017) sobre los niños de la calle, CRC/C/GC/21, párr. 46.

(19) Comité de los Derechos del Niño, 21/06/2017, ob. cit., párr. 49.

(20) Comité de los Derechos del Niño, 21/06/2017, ob. cit., párr. 48.

(21) Comité de los Derechos del Niño, 21/06/2017, ob. cit., párr. 35.

(22) Corte IDH, 09/03/2018, "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", párr. 288, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf.

(23) Corte IDH, 09/03/2018, ob. cit., párr. 289.

(24) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 30/11/2017, "Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección", OEA/Ser.L/V/II.166 Doc. 206/17, párr. 186.

(25) Corte IDH, 12/06/2025, Opinión Consultiva Nro. 31/25, "El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos", <https://colectivoderechofamilia.com/opinion-consultiva-oc-31-25/>.

(26) Corte IDH, 12/06/2025, ob. cit., párr. 113.

(27) Corte IDH, 12/06/2025, ob. cit., párr. 110.

(28) Corte IDH, 12/06/2025, ob. cit., párrs. 138 a 140.

(29) Para profundizar ver: Corte IDH, 09/03/2018, ob. cit., párrs. 300 a 302 y ccdds.

(30) Corte IDH, 27/04/2012, "Fornerón e hija vs. Argentina", [https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Fornerón e hija v. Argentina.pdf](https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Fornerón_e_hija_v.Argentina.pdf).

(31) Corte IDH, 27/04/2012, ob. cit., párr. 94.

(32) Corte IDH, 27/04/2012, ob. cit., párr. 96.

(33) Corte IDH, 27/04/2012, ob. cit., párrs. 98 a 100.

(34) Corte IDH, 22/08/2023, "María y otros vs. Argentina", <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4586>.

(35) Corte IDH, 22/08/2023, ob. cit., párrs. 156 y 157.

(36) Ver también: Comité de los Derechos del Niño, 21/06/2017, ob. cit., y Comité de los Derechos del Niño, 06/12/2016, Observación General Nro. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, CRC/C/GC/20.

(37) Corte IDH, 12/06/2025, ob. cit., párr. 263.

(38) ISACOVICH, P. y GRINBERG, J., "Introducción. Los derechos de las infancias y las juventudes: debates e interrogantes a la luz del 30 aniversario de la Convención de los Derechos del Niño", en ISACOVICH, P. y GRINBERG, J. (comps.), Infancias

y juventudes a 30 años de la Convención sobre los derechos del Niño. Políticas, normativas y prácticas en tensión, Edunpaz, José C. Paz, 2021.

(39) BUTLER, J., "Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del Sexo", Paidós, Buenos Aires, 2002, p. 18. La autora explica que la performatividad consiste en la reiteración por medio de la cual un discurso logra los efectos que nombra.

(40) SALITURI AMEZCUA, M. M., "Niñez, adolescencias y derechos sociales. Una lectura del sistema de protección integral a la luz del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño", en HERRERA, M., GIL DOMÍNGUEZ, A. y GIOISA, L. (dirs.), A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos, Ediar, Buenos Aires, 2019, pp. 157-183.

(41) OTERO, M. F., "Las medidas de protección excepcional y su impacto en la dinámica psicoafectiva de niños, niñas y adolescentes", en HERRERA, M., GIL DOMÍNGUEZ, A. y GIOISA, L., A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño: avances, críticas y desafíos, ob. cit., pp. 287-296.

(42) Si bien la normativa se corresponde con la obligación de debida diligencia reforzada, no es menor señalar los múltiples obstáculos con los que este mecanismo entra en tensión, tanto en el ámbito administrativo como judicial, derivados principalmente de la precariedad de los recursos con los que cuentan ambos poderes para desplegar sus funciones en un contexto que en el que la demanda de atención va en aumento. En la provincia de Buenos Aires, mediante res. 328 del año 2019, la Suprema Corte puso en conocimiento a la entonces Gobernadora de la Provincia de Buenos Aires, al Ministerio de Desarrollo Social, a los Intendentes de La Plata, Berisso y Ensenada y por su intermedio a los Directores y/o Titulares de las Secretarías y/o Direcciones de Niñez Municipal, de la presentación elevada por los y las magistradas del Departamento Judicial La Plata en la que hacían mención a distintas cuestiones que imposibilitaban el adecuado funcionamiento del sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, particularmente la inestabilidad e insuficiencia del personal dependiente de los Servicios Locales, el ínfimo despliegue y mínima efectividad de las estrategias de restitución de derechos y el incumplimiento sistemático de los plazos legales de la intervención asignada a los órganos administrativos, así como de los requerimientos relativos a la intervención desplegada, lo cual condicionaba la actuación judicial y obstaculizaba la prestación del servicio de justicia. Disponible en: https://www.scba.gov.ar/_paginas.asp?id=42325.

(43) Observatorio de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, "El sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. La experiencia en el Departamento Judicial de Azul", UNICEN, 2020, p. 83. Disponible en <https://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/07/2021-El-sistema-de-proteccion-integral-de-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes-Herrera-M.-Salituri-Amezcu-M..pdf>.

(44) RAFFO, P. E., "El rol de juez de familia a la luz de los cambios legislativos", en GRAHAM, M. y HERRERA, M. (dirs.), Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 51. Disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CF150751F1.PDF>.

(45) Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Villa La Angostura, Neuquén, "Y. N. P. y otros s/ Medida de protección excepcional de niños y adolescentes", 17/01/2023, Rubinzal Online, RC J 419/23.

(46) Juzgado de Familia N° 1 de Pehuajó, Buenos Aires, "M., F. L. s/ Abrigo", 24/02/2025, Rubinzal Online, RC J 5771/25.

(47) CCiv. y Com., Azul, Provincia de Buenos Aires, Sala II, "D. S., M. s/ abrigo", 05/09/2017. SAIJ. Disponible en <https://www.saij.gov.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-buenos-aires-souza-mateo-abrigo-fa17010092-2017-09-05/123456789-290-0107-1ots-eupmocsollaf?>

(48) ROTONDA, A. E., "Artículo 706. Principios generales de los procesos de familia", en HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con perspectiva de género, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, t. 5, p. 563.

(49) Observatorio de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, "El sistema integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. La experiencia en el Departamento Judicial de Azul", Ed. Azul SA, Azul, 2020, 1ª ed., p. 121.

(50) Subsecretaría de Control de Gestión de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, Banco de Buenos Prácticas de Gestión Judicial, "El control de las medidas de abrigo y la evaluación del fortalecimiento familiar", 2016. Disponible en <https://www.scba.gov.ar/controldegestion/consultaexperiencias.asp>.

(51) C2° Civ. y Com., La Plata, Sala III, "G., Z. A. s/ Abrigo", 03/09/2019, inédito.

(52) Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial y de Familias, inédito. Para recuperar algunas líneas de los principales ejes de la reforma compulsar: Centro de Estudios sobre Modernización en Litigación y Gestión Judicial de Conflictos no Penales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, "Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", Revista de Litigación y Gestión Judicial, nro. 3, 2021. Disponible en https://www.jursoc.unlp.edu.ar/images/banco_fotos/extension/2021/EDICION.ESPECIAL.pdf.

(53) FERNÁNDEZ Á. G. y CARIDE, E., "Análisis crítico del control de legalidad", RDF 109, 8, TR LALEY AR/DOC/609/2023.

(54) Juzgado de Familia N° 5 de Avellaneda-Lanús, "F. B. s/abrigo", 09/07/2025, inédito.

(55) SCBA, "B., L. I. Guarda", 09/02/2022, <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=183800>.

(56) CCiv. y Com., Sala I, Lomas de Zamora, "I. R. D. M. L. M. s/ abrigo", 23/06/2025, inédito.

(57) BEGUIRISTAIN, C. y SILVA, S. A., "¿Antagonismo procesal o resistencia judicial? Hacia una garantía efectiva de la defensa técnica de las niñeces y adolescencias", RDF 2025, 120, AR/DOC/1260/2025.

(58) Ibidem.

(59) Juzgado de Familia N° 4 de La Plata, "H., E. A. s/ Abrigo", 12/06/2025 y aclaratoria de fecha 01/07/2025, inédito. Al 17/08/2025 la sentencia no se encuentra firme por haber sido recurrida por el letrado.

(60) CCiv. y Com., Sala Segunda, "R. E. S. c. G. Y. M. A. s/ Protección contra la Violencia Familiar (Ley 12569)", 11/03/2025. Disponible en <http://blogs.scba.gov.ar/camaracivil2laplata/files/2025/03/Sentencia-Interlocutoria.pdf>.

(61) Juzgado de Familia N° 5 de La Plata, "A., P. J. s/ Abrigo", 10/10/2024, inédito.

(62) BRUNI, M. C. y PICCINELLI, O., "Balance, consolidación y desafíos en la actuación del Ministerio Público a diez años de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 2025, 120, AR/DOC/1261/2025.

(63) SARQUIS, L. y BEGUIRISTAIN, C., "Adopción de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Aportes desde una mirada crítica para la garantía del derecho humano a vivir en familia", RDF 117, AR/DOC/2367/2024.

(64) Juzgado de Familia N° 8, La Plata, "Q., Z. y otro/s s/ Abrigo", 21/11/2024 y dictamen de fecha 08/11/2024, inédito.

(65) Juzgado Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata, "Comisión Provincial por la Memoria c. Hogar San Patricio s/ Amparo", 23/02/2024, inédito.