

EL DERECHO DE DEFENSA DE LOS PROGENITORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN LOS PROCESOS SOBRE CONTROL DE LEGALIDAD. LA EXPERIENCIA DEL PROGRAMA PARA LA ASISTENCIA JURÍDICA A PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA¹.

Agustina I. Garrote²

Silvina C. Pipponzi³

1. INTRODUCCIÓN

En 2015, con la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) en lo atinente a la filiación adoptiva, se reguló expresamente el trámite judicial para la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (arts. 607/610). Así, el proceso que culminará con una resolución que disponga la filiación adoptiva y su tipo (simple o plena) de un niño, niña y adolescente (NNyA) deberá necesariamente transitar distintas etapas procesales. En este sentido, se prevé en una primera oportunidad trabajar con el grupo familiar de origen y/o referentes afectivos para promover la permanencia de los/las NNyA en ese ámbito. Luego, si ello no fuera posible, procurar su inclusión en un grupo familiar alternativo, a fin de restablecerles el derecho a la vida familiar.

En lo atinente al objeto de estudio del presente trabajo, cabe señalar que en virtud de lo establecido por la ley 26.061, la adopción de las medidas excepcionales en los términos de los arts. 39, 40 y 41 requiere trabajar junto con la familia de origen. Agotadas dichas medidas y verificada la imposibilidad que el NNyA pueda reinsertarse en ese núcleo familiar se podrá recurrir válidamente a la figura legal de la filiación adoptiva. Por esta razón, se concluye que

¹ Cítese como: Garrote, A. y Pipponzi, S. 2024. El derecho de defensa de los progenitores privados de la libertad en los procesos sobre control de legalidad. La experiencia del Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de su Libertad del Ministerio Público de la Defensa. *Estudios sobre jurisprudencia*, 320-354. Este estudio se realizó como actividad final del “Seminario sobre control de legalidad y situación de adoptabilidad” que dictó la Escuela de la Defensa Pública.

² Abogada. Integrante de la Defensoría General de la Nación. Actualmente desempeñándose en el Programa para la Asistencia Jurídica a Mujeres Privadas de Libertad y en el Equipo Res. DGN N° 614/2018, que brinda asistencia jurídica en procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes a los progenitores que residen en el exterior.

³ Abogada, especialista en derecho de familia. Integrante de la Defensoría General de la Nación. Actualmente desempeñándose en el Programa Piloto para la Asistencia Jurídica a Hombres Privados de Libertad y en el Equipo Res. DGN N° 614/2018.

“la familia de origen tiene un rol protagónico en esta etapa del proceso” (Otero y Videtta, 2019, 323), siendo que específicamente la normativa establece la calidad de parte procesal de los/las progenitores/as (art. 608 inc. b).

Conforme la normativa vigente, los procesos donde se controla la legalidad de la medida excepcional no necesariamente deberán concluirse con una declaración de situación de adoptabilidad. Por mandato convencional, constitucional y legal resulta prioritario el trabajo de los organismos administrativos y judiciales pertinentes tendientes al fortalecimiento, apoyo y sostén del grupo familiar de origen.

Es importante señalar que, en el ámbito de la justicia ordinaria de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los procesos denominados de “control de legalidad -Ley 26.061”⁴ son el ámbito en donde, en definitiva, no solo se decide judicialmente sobre la legalidad de la medida excepcional adoptada por el organismo administrativo sino también se resuelve la permanencia o no de esos/as NNyA en su grupo familiar de origen. En este último caso, únicamente si las circunstancias que dieron origen a la adopción de la medida excepcional no logran revertirse con el debido acompañamiento estatal.

Así, el CCyCN dispone que el juez con competencia en el control de legalidad de las medidas excepcionales será el que se pronuncie sobre la eventual situación de adoptabilidad. También, el que intervenga en la guarda preadoptiva y en la adopción (arts. 609, inc. a, 615 y 615 CCyC, aunque en este último supuesto, a elección de los pretensos adoptantes, podrá intervenir el juez donde el/la NNyA tenga su nuevo centro de vida).

Por estas consideraciones y dada la trascendencia que revisten los progenitores en los procesos en que se encuentran involucrados sus hijos/as, se les asigna el carácter de parte para que puedan ejercer todos los derechos que se derivan de esa condición. A raíz de la titularidad de la responsabilidad parental que ostentan, pueden cuestionar las medidas adoptadas, aportar propuestas de cuidado alternativas a la institucionalización, ofrecer prueba, solicitar evaluaciones, recurrir las decisiones, contar con asistencia letrada a fin de presentarse en las audiencias previstas por ley y exigir políticas públicas de fortalecimiento y/o reorganización familiar que los apoyen en su rol de cuidado.

Puntualmente, este trabajo se ceñirá al tratamiento de la participación judicial de aquellos/as progenitores/as que se encuentran privados/as de su libertad ambulatoria (ya sea en forma previa, concomitante o posterior a la adopción de medidas excepcionales) en los expedientes de control de legalidad en los que sus hijos o hijas resultan ser parte, y que requirieron asistencia jurídica gratuita por parte del Programa para la asistencia jurídica a

⁴ En este sentido, cabe señalar que no existe como objeto de juicio específico la declaración judicial de la situación de adoptabilidad de los/las NNyA en consonancia con el articulado del CCyCN. Ver, al respecto <https://old.pjn.gov.ar/publico/oj/CIVIL.pdf>, última consulta 5 de noviembre de 2024.

las personas privadas de libertad, que funciona en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa de la Nación.

Así, el Programa brinda asistencia jurídica en materia extra penal –fundamentalmente en cuestiones de familia– a personas alojadas en las Unidades Penitenciarias localizadas en Ezeiza y mantiene la asistencia de aquellas que recuperan su libertad. Excepcionalmente, y por resolución fundada, además se trabaja con mujeres y hombres en arresto domiciliario o personas alojadas en otras unidades penitenciarias. A modo de reseña, cabe apuntar que en 2008 se creó el “Programa piloto para la asistencia jurídica a mujeres privadas de libertad” y en 2015, se replicó la experiencia en las cárceles de población compuesta por hombres.

Vale aclarar que la creación de este último programa fue contemporánea a la sanción de la ley 24.179⁵, que en su artículo 1° reforzó como función principal del organismo la defensa y protección de derechos humanos de las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, conforme lo establecen también las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁶.

Así, de acuerdo con lo que prevén las citadas Reglas, “la privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de los derechos de los que es titular la persona privada de libertad...”. Resulta prioritario, entonces, que puedan adoptarse mecanismos adecuados que garanticen el acceso a justicia de esta población.

Por otra parte, la conformación del Programa de asistencia a hombres privados de libertad coincidió también con la entrada en vigor del CCyCN, lo que dio lugar a una mirada más inclusiva y en clave de derechos humanos que, indudablemente, debía reflejarse en los procesos de familia. Así, el código unificado en sus artículos 1 y 2 establece, sustancialmente, que la normativa contenida en su articulado debe interpretarse de manera armónica con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República Argentina sea parte.

Desde otra óptica, la legislación de fondo incorporó normas de contenido procesal generales (arts. 706/711). En lo que atañe al tema de este trabajo, incluyó algunas pautas procesales específicas para la tramitación de los procesos de declaración judicial de la situación de adoptabilidad (arts. 607 inc. c, 608, 609) como así también para las etapas de la guarda preadoptiva (arts. 612 y 613) y la adopción (arts. 615, 616, 617, 618, 632).

⁵ Ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa.

⁶ A las que adhirió la CSJN mediante Acordada 5/09. En el ámbito del Ministerio Público de la Defensa la Resolución DGN N° 1353/2011 instruyó a sus dependencias a invocar las Reglas a fin de garantizar la protección de las personas asistidas, especialmente, en los casos donde convergen varias causas de vulnerabilidad.

Frente a ello, por la índole de los derechos en juego y de las decisiones que se toman en el marco de estos procesos –donde se debate el sostenimiento o no de la responsabilidad parental– resulta relevante analizar si tanto las reglas procesales contenidas en la normativa como las prácticas relevadas –desde la órbita administrativa y judicial– se cumplen y adaptan a los estándares internacionales y/o nacionales que se analizarán en el apartado siguiente⁷.

En los casos de progenitores/as privados/as de libertad con sus hijos/as institucionalizados nos encontramos frente a diversas vulnerabilidades que convergen (institucionalización, pobreza, privación de libertad, estereotipos de género relativos a las tareas de cuidado, entre otras). Es claro que la privación de libertad de uno o ambos progenitores afecta de modo negativo en la dinámica familiar y genera una necesaria reorganización en las tareas de cuidado.

A esta cuestión se agrega el impacto diferenciado sobre las mujeres que suelen ser las encargadas de atender al sostenimiento afectivo y material de sus hijos (en muchos casos hogares monomarentales) que conllevan prejuicios y/o estereotipos. Esta situación se ve seriamente agravada cuando se suma la adopción de una medida excepcional que supone la institucionalización de los/as NNyA que la conforman. Ello supone la intervención posterior del andamiaje administrativo y judicial previsto en la ley 26.061, además de la intervención de la justicia penal en la investigación del delito⁸.

En el marco de este breve estudio, se intentarán visibilizar las falencias que se suscitan, centralmente, en la intervención judicial –que muchas veces convalidan las medidas adoptadas en la órbita administrativa– frente a los estándares de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva de esta población y sus derechos. Para ello se presentará y analizará una serie de casos ocurridos en el período de 2015-2024, en los cuales el Programa brindó asistencia letrada a progenitores/as en procesos de control de legalidad. Se relevaron algunas situaciones problemáticas u obstáculos que dan cuenta del incumplimiento de los estándares legales nacionales e internacionales vigentes.

⁷ Cabe señalar que, si bien la normativa específica es aplicable tanto a la órbita administrativa como a la judicial, los casos que llegan al programa, generalmente, ya se encuentran en la instancia judicial, en cuyas prácticas se enfocará el presente trabajo. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que por la índole de la cuestión los progenitores deberían contar con asistencia letrada también en el marco de la intervención primigenia del organismo administrativo de protección de derechos de NNyA.

⁸ Con relación a esta cuestión es interesante analizar el proyecto de ley Disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/4938-D-2020.pdf>, última consulta 5 de noviembre de 2024. Allí, se propuso la regulación del régimen jurídico de la responsabilidad parental en contexto de privación de la libertad de progenitores y modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación y al Código Penal. El proyecto se identifica con el número 4938-D-2020 del 22 de septiembre de 2020.

En los casos reseñados se vislumbran ciertos prejuicios en torno a la privación de libertad de estos progenitores, aún cuando el delito que cometieron no se vincula con el ejercicio de la responsabilidad parental. Esta cuestión converge con otras situaciones de vulnerabilidad atravesadas por las familias y con la consecuente afectación al derecho de defensa en los procedimientos que se inician.

Por último, y a modo de conclusión, se esbozarán posibles líneas de acción concretas, las que podrían ser plasmadas en una guía de buenas prácticas a emplearse en la labor diaria de los tribunales y demás organismos, a fin de optimizar las medidas relevadas y adaptarlas a los estándares de protección.

2. PARADIGMA NORMATIVO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN FAMILIAR Y SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NNyA. SU ENTRECRUZAMIENTO CON LAS NORMAS DEL DEBIDO PROCESO EN SU FAZ DE ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Desde la órbita constitucional y convencional, los artículos 14 bis y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica; 3, 7, 8, 9, 18 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño; 2 y 16.3 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; II y VI del Capítulo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 2.2 y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), como también en el ámbito interno los artículos 3, 4, 7, 11 y concordantes de la Ley 26.061⁹ establecen que debe priorizarse el desarrollo y la permanencia de los NNyA en el seno de la familia de origen y la consecuente actividad estatal en punto al fortalecimiento de estos núcleos familiares para el correcto desarrollo de las funciones de sostén y cuidado.

Esta protección debe ser garantizada sin discriminación, independientemente de la situación socioeconómica de las personas involucradas: artículos 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica, 2.1 de la Convención de los Derechos del Niño; 2.1 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles.

Bajo esta normativa convencional, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reitera, entre otros, el derecho a un pleno desarrollo personal en su medio familiar, social y cultural (art. 3), el deber estatal de asegurar asistencia para que los progenitores y/u otros miembros de la familia ampliada puedan asumir su responsabilidad apropiadamente y en igualdad de condiciones, y la elaboración de políticas públicas que tiendan a ello (arts. 4 y 7). Asimismo, dispone el derecho que le asiste a esos/as NNyA a crecer y desarrollarse en la familia de origen, como correlato del derecho a la

⁹ Sancionada en el año 2015 y al año siguiente reglamentada mediante decreto 415/2006.

identidad, y a que el Estado garantice el vínculo y contacto directo y permanente con aquella (art. 11), aún en los casos en que los/las progenitores/as se encuentren privados/as de su libertad ambulatoria.

La ley citada, asimismo, diseñó el sistema de protección integral de NNyA en el Título III, que revalorizó las políticas públicas destinadas a trabajar con sus grupos familiares al delinear un sistema dual que incluye el ámbito administrativo¹⁰ y el judicial.

Las facultades y obligaciones que confiere la ley al órgano administrativo comportan una serie de medidas de protección (conforme los arts. 4, 5, 35 y 37 de la ley 26061; y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires arts. 70 inc. i, j y v y 72 inc. b y l de la Ley 114). Muchas aluden al apuntalamiento familiar para la crianza de NNyA. Por ejemplo, garantizar a las familias el acceso a recursos económicos, profesionales, educativos, programas de fortalecimiento y acompañamiento, entre otros.

Luego, establece medidas excepcionales que prevén su alojamiento fuera de ese ámbito. Como principio rector, éstas deben ser adoptadas como última alternativa, de modo temporal y subsidiario según los estrictos requisitos normados por los arts. 39 y 41. Corresponde propiciar el regreso de los/as NNyA a su grupo o medio familiar.

Una vez adoptada la medida excepcional, el organismo administrativo debe iniciar los procesos pertinentes para su contralor judicial y acompañar la resolución que dispuso la medida, la que deberá estar debidamente fundada, en resguardo de los derechos e intereses en juego. Para que la resolución comporte un acto administrativo válido – que supere luego el control de legalidad en la instancia judicial– en punto a su fundamentación deberá enunciar y detallar, según la situación familiar, los antecedentes del caso y el modo en que se agotaron las medidas de protección o bien que, por la existencia de una situación de especial gravedad y/o entidad, se requirió el urgente apartamiento del NNyA del grupo familiar.

Por su parte, corresponde al Poder Judicial instar la exigibilidad de los derechos que le asisten tanto a los/as NNyA como a sus progenitores/as y tomar –en el ámbito propio de su competencia– acciones necesarias para efectivizarlos. De esta forma, el Estado se convierte en fiel garante de estos enunciados normativos dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Del engranaje hasta aquí descripto y las disposiciones contenidas en el CCyCN se deduce que, verificada judicialmente la legalidad de la medida dispuesta por acto administrativo,

¹⁰ En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, intervienen las Defensorías Zonales (DZ) –conformadas por equipos interdisciplinarios– que funcionan en las respectivas comunas y son organismos descentralizados del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

deberá iniciarse una etapa mediante la cual el organismo de niñez trabaje con aquellos miembros de la familia de origen y/o referentes afectivos a fin de revertir las causas que suscitaron la adopción de la medida excepcional. En ese sentido, deberán adoptarse las acciones pertinentes para fortalecerlos/as en aquellos aspectos necesarios que permitan la reinserción de los NNyA en su ámbito familiar de origen.

Es así como el propio art. 607 del CCyCN regula los supuestos de declaración judicial de la situación de adoptabilidad. En su inc. c) dispone que se dictará si:

“...las **medidas excepcionales** tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas” (el destacado nos pertenece).

Si bien la norma alude a las “medidas excepcionales” tendientes a que los/las NNyA permanezcan en su familia de origen o ampliada, se interpreta que en el plazo allí estipulado deben implementarse las acciones y/o estrategias necesarias para lograr la reunificación familiar que había sido interrumpida por una medida previa en los términos de los arts. 39 y sptes. de la ley 26.061.

Así, es claro que en el transcurso de dicho plazo se debe concretar la manda convencional y legal de trabajar pormenorizadamente en delinear un plan de acción serio con los integrantes de la familia biológica y no aguardar el mero transcurso del tiempo. Solo en los casos en que fracasen estas acciones concretas y adecuadas dirigidas al apuntalamiento familiar, se podrá inclinar el o la sentenciante por la declaración de la situación de adoptabilidad de un NNyA.

A su vez, la participación de los/las progenitores/as en esas actuaciones judiciales se enmarca en las normas constitucionales y convencionales relativas a la defensa en juicio y participación en el proceso (artículos 18 CN; 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8, 18 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación al rol activo de los/las progenitores y de otros miembros de la familia ampliada, y a fin de garantizar su tutela judicial efectiva y oportuna, se hace necesario que las peticiones formuladas en el marco de esos expedientes sean oídas

y obtengan respuesta por parte de los órganos jurisdiccionales intervinientes, dentro de un plazo razonable ¹¹.

3. LA PARTICIPACIÓN DE LA FAMILIA BIOLÓGICA: LA FALTA DE REGULACIÓN PROCESAL ESPECÍFICA

Como se esbozó previamente, a la luz de la normativa convencional y de los precedentes del sistema de protección interamericano de derechos humanos¹² que conforman el denominado *soft law*¹³, el propio CCyCN incorporó normas relativas a la participación activa tanto de los/las progenitores/as biológicos/as como de familiares y/o referentes afectivos/as en el proceso de control de legalidad. Estas previsiones fueron incluidas en el artículo 607 y siguientes, mediante plazos específicos para el trabajo con aquellos/as y audiencias para tomar contacto personal con todos/as los/as involucrados/as previo a disponer la situación de adoptabilidad de los/las NNyA.

En este sentido, el ya citado artículo 607 regula específicamente los supuestos excepcionales en los cuales se deberá declarar la situación judicial de adoptabilidad de los/las NNyA. En su último párrafo dispone que “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste”. Ello se condice con los principios generales de la adopción enumerados en el art. 595, que estipula la obligación de agotamiento de las posibilidades de permanencia de los niños, niñas y adolescentes en la familia de origen o ampliada (inc. c) como así también la preservación de los vínculos fraternos (inc. d).

Es claro que la normativa intentó paliar la circunstancia del rol secundario que tenían los/las progenitores/as y la familia biológica en forma previa a la sanción del CCyCN, al punto que

¹¹ En punto a esta cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enumeró pautas para determinar la razonabilidad del plazo. Así estableció: “... los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo: **a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso**”. Al respecto, destacó que: “...La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”. Ver, entre otros, Corte Interamericana de Derechos Humanos “Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 27/04/2012. El destacado nos pertenece.

¹² Especialmente se tomó en consideración el precedente de la Corte IDH “Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas”, sentencia del 27/04/2012 y su informe N° 117/06, Petición 1070-04, admisibilidad Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Javier Fornerón, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También la Opinión Consultiva N° 17 CIDH del 28/08/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

¹³ Se denomina así al conjunto de resoluciones, recomendaciones, opiniones, etcétera que si bien no forman parte de las normas establecidas en los convenios y/o tratados internacionales que son legalmente vinculantes para un Estado, emiten pautas de interpretación que actúan de guía en la resolución de los casos particulares.

muchas veces se observaba su falta de participación activa. Esta falencia también se traducía en que se desoían o no se atendían sus peticiones y no siempre se cumplía con la entrevista o contacto directo. Además, la normativa no preveía estos supuestos como causa de la nulidad¹⁴. Así, tiene dicho la doctrina que “El ordenamiento les reconoce el mayor grado de intervención que se puede ostentar: el ser parte y, en consecuencia, el ver satisfecho en su máxima expresión el derecho de defensa en juicio” (Kemelmajer de Carlucci, *et al*, 2014, 269).

Nótese que, el artículo 634 del CCyCN al enumerar las causales de nulidad en la adopción establece que “(...) adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a (...) g) la declaración judicial de la situación de adoptabilidad...”. Por su parte, el art. 609 estipula que “(...) b) es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita”.

Ello es consecuencia de la importancia que el CCyCN asigna a la participación de los/as NNyA y sus progenitores/as –quienes revisten el carácter de parte procesal– como así también de los miembros de la familia biológica en este tipo de procesos, conforme lo regula el art. 608.

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó una sentencia que había decretado el estado de adoptabilidad de una niña sin haberse celebrado la audiencia prevista en el artículo 609 del CCyCN con sus progenitores, por entender que “para arribar a tan crucial decisión el Código de fondo ha exigido ciertas formalidades. **Se trata de normas que si bien involucran cuestiones procesales se vinculan hasta fundirse con la substancia de los derechos en juego**”¹⁵.

Llegado a este punto de análisis de la normativa vigente, podría afirmarse sin hesitaciones que, pese a la inexistencia de normativa procesal específica sobre los procesos de control de legalidad y la posterior declaración judicial de la situación de adoptabilidad, en el tiempo que se trabaje sobre la permanencia de un/a NNyA con su familia de origen o al resolver su situación de adoptabilidad deberán verificarse todas aquellas medidas tendientes al fortalecimiento y/o unión del núcleo familiar de origen para reasumir las funciones de cuidado y su eventual fracaso. Para ello, es preciso que a los integrantes de la familia se les garantice una participación efectiva y oportuna.

¹⁴ Así, el Código Civil no preveía el proceso de declaración judicial de la situación de adoptabilidad. Por ese motivo, generalmente se resolvía la situación de desamparo moral o material junto con la guarda preadoptiva conforme lo regulaba el artículo 317 del Código Civil.

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M. “R. C., A. M. s/ control de legalidad –Ley 26061”, sentencia del 03/08/2018. El destacado nos pertenece.

Ahora bien, cuando estas medidas se dictan en supuestos donde los/as progenitores/as se encuentran privados/as de su libertad (ya sea en forma previa, concomitante o posterior al dictado de la medida excepcional que produjo la separación familiar), los operadores intervinientes deberán aunar esfuerzos para adaptar el procedimiento. Se trata de garantizar que su participación no se torne una mera declaración normativa, sino que efectivamente se concrete en el marco de los respectivos procedimientos. Ello también en consonancia con los principios generales de los procesos de familia que estipula el CCyCN en su artículo 706: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

En punto a ello, adviértase que la participación de los/las progenitores/as en este tipo de procesos implicará –entre otros actos procesales relevantes– cuestionar las medidas dictadas por el organismo administrativo, ofrecer propuestas y/o alternativas de cuidado de los/as NNyA y prueba al respecto, participar tanto en la audiencia prevista en el art. 40 de la ley 26.061 como en la normada por el art. 609 inc. b) del CCyCN. También presentar la correspondiente apelación ante una eventual sentencia que disponga la situación adoptabilidad de los NNyA e interponer los recursos procesales disponibles frente a aquellas decisiones judiciales que los agraven.

Lo antedicho importará una administración de justicia cuyos operadores tengan un papel activo conforme expresamente lo prevé el inciso a) del artículo 706 del CCyCN, “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”.

También, es preciso analizar las aludidas 100 Reglas de Brasilia, que mencionan las distintas situaciones de vulnerabilidad y establecen estándares concretos a fin de garantizar el acceso a la justicia de los grupos que las atraviesan. En lo atinente a la privación de libertad, el documento establece que:

“La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores. En el cumplimiento de estas medidas, corresponderá a la autoridad judicial velar por la dignidad de la persona privada de libertad y por sus garantías fundamentales, conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (Regla 22). “...se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo” (Regla 23).

Son las propias Reglas las que reconocen la dificultad del acceso a la justicia, en particular cuando concurre alguna otra causa de vulnerabilidad como la edad, la discapacidad, la

pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la orientación sexual e identidad de género.

Por último, es usual observar en la práctica diaria que las personas adultas que se encargaban de las tareas de cuidado de esos/esas NNyA no son evaluadas adecuadamente en torno a decidir su permanencia en el seno de su familia¹⁶. Al momento de trabajar con ese grupo familiar tampoco se toma en consideración que aquellas se encuentran atravesadas por diversas vulnerabilidades: pobreza, género, salud mental, situación de consumo problemático de estupefacientes, privación de libertad, entre otras cuestiones que requieren de un acompañamiento y/o de apoyos especiales a efectos que las garantías contenidas en el ordenamiento jurídico les sean aplicadas y resulten eficaces.

A continuación, se intentará visibilizar estas nociones a través del análisis de tres casos que tramitaron en la justicia nacional de familia, en los que intervino el Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de Libertad del MPD mediante la asistencia jurídica gratuita. Con ello, se pretende analizar el cumplimiento o no de la normativa y dar cuenta de algunas prácticas judiciales atravesadas por ciertos perjuicios y estigmas, que configuran una vulneración a los principios generales arriba reseñados.

4. ESTUDIO DE CASOS

La propuesta consiste en comentar casos emblemáticos en los que, en el marco de las tareas que desarrolló el Programa, se brindó asistencia técnica letrada a mujeres y/o hombres privados/as de su libertad¹⁷. Cabe señalar que los casos seleccionados tramitaron en la justicia nacional, luego de la sanción del CCyCN, en el período comprendido entre 2015 y 2024. Con claridad, se presentan tanto los obstáculos de acceso a la justicia descriptos, como diversas situaciones de vulnerabilidad, que muchas veces se sostienen y/o reproducen en el tiempo que dura el trámite.

¹⁶ Las evaluaciones se realizan en los pocos organismos oficiales disponibles para ello que se encuentran con grandes demoras por el exceso de intervenciones que se les confieren y muchas veces emiten conclusiones luego de una única entrevista con la persona evaluada. Tampoco efectúan evaluaciones y/o análisis de los vínculos familiares en interacción a fin de emitir conclusiones más asertivas respecto al desarrollo de los vínculos. Por otro lado, se observa que los informes suelen arrojar conclusiones negativas sobre las aptitudes de cuidado, mas no detallan cuáles serían los tratamientos, inserción en programas de fortalecimientos de vínculos y/o apoyos necesarios para revertir o mejorar estos aspectos que se relevan. Incluso, se advierten respuestas estandarizadas en muchos de los casos, donde se requiere la evaluación de familiares y/o referentes de cuidado del ámbito de la familia de origen.

¹⁷ En estos casos la privación de libertad no se relacionaba con delitos vinculados o cometidos contra los/las NNyA cuyo control de legalidad se promovió. Se deja constancia que los nombres y/o cualquier otro dato que permita la identificación de las personas fueron omitidos y/o modificados a fin de garantizar la reserva de estos procesos.

4.1 CASO 1

En el presente caso¹⁸ se dictó una medida de protección excepcional el 3 de mayo de 2018 con relación a un grupo de cuatro niños/as que, en ese momento, convivían con su progenitora, la Sra. Y. Asimismo, el progenitor, Sr. E., se encontraba separado de la madre de niños/as. El proceso de control de legalidad se inició en forma concomitante.

La medida fue producto de denuncias de algunos/as vecinos y de la bisabuela materna de los niños/as, Sra. Z., quienes habrían expuesto la situación de vulnerabilidad en que se hallaba el grupo de hermanos (con frecuencia quedaban solos sin supervisión de adultos responsables, violencia intrafamiliar, falta de asistencia por parte de la progenitora a las citaciones de los organismos de niñez).

Por otro lado, como antecedente del caso merece destacarse que la Sra. Y. se encontraba inmersa en una situación de consumo problemático de estupefacientes y que en 2016 había realizado una denuncia de violencia familiar contra el progenitor de los niños/as.

En ocasión de celebrarse la audiencia del art. 40 de la ley 26.061 (en junio de 2018) compareció solo la Sra. Y. En ese marco, en el cual también intervino la defensoría zonal y personal del juzgado, se dejó constancia mediante un acta que la progenitora y la bisabuela Z. habían mantenido tres encuentros con el grupo de hermanos/as en un centro especializado en revinculaciones. Asimismo, la progenitora “asumió” el compromiso de iniciar un espacio terapéutico. No obstante, la Sra. Y. no contó con patrocinio letrado en esta audiencia.

Con relación al progenitor, quien residía en un hotel de pasajeros, se resolvió citarlo a una nueva audiencia para el mes siguiente, junto a la Sra. Y. Finalmente, se requirió al equipo de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires que realizara un informe de las capacidades parentales de ambos.

A la audiencia de julio no asistieron los progenitores. Sin embargo, con posterioridad la progenitora se presentó espontáneamente en el juzgado a fin de denunciar que la defensoría zonal no le permitió mantener el contacto con sus hijos/as por haber llegado tarde a algunas vinculaciones. Además, mencionó que se encontraba realizando tratamiento psicológico.

En diciembre de ese mismo año, se incorporó en el expediente el informe de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. Éste reveló ciertas falencias con relación a las aptitudes parentales de Y, que relató una historia de vida signada por situaciones de

¹⁸ “H., A. L. y otros s/ control de legalidad- Ley 26.061”, expte. N° 26.550/2018.

pobreza, violencia y consumo problemático de estupefacientes, lo que determinaría un grado “grave de incompetencia parental”. Cabe señalar que el informe no sugirió cómo ello podría ser revertido y qué medidas de apoyo podrían adoptarse. Por el contrario, solo se sugirió vincular a los niños con otros miembros de la familia, como el progenitor y/o el abuelo materno.

En abril de 2019 se celebró una nueva audiencia en la cual –recién en ese entonces– la progenitora, se presentó con patrocinio letrado. También compareció el progenitor, pero sin asistencia jurídica. Toda vez que había manifestado su intención de reasumir los cuidados parentales, refirió que había mantenido vinculaciones con sus hijos/as en el hogar convivencial, y que estaba siendo evaluado por la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. A pesar de ello, recién un mes después el Sr. E. se presentó con patrocinio letrado en el expediente judicial.

Con posterioridad, se agregó el informe de capacidades parentales realizado al Sr. E. El documento refería que “posee competencias parentales adecuadas para poder ejercer la parentalidad de forma autónoma y en interdependencia con los miembros que conforman su red social”. A la par, se incorporaron constancias en el expediente de las cuales surgía que el niño M., el mayor de los hermanos, había expresado su deseo de continuar viendo a su progenitor.

En junio de 2019 el progenitor fue privado de su libertad y a los dos meses se produjo la renuncia de la asistencia letrada con la que contaba. Sin embargo, y pese a que E. desconocía la renuncia de su abogado, se le continuaron cursando las notificaciones en su domicilio constituido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del CPCCN. Recién en el mes de noviembre de 2020 –es decir, transcurrido más de un año de la renuncia al patrocinio– el Sr. E. tomó conocimiento, a través de la Sra. Y, que se había decretado la situación de adoptabilidad de sus hijos/as el 26 de octubre de ese mismo año.

Cabe poner de resalto que, en el transcurso de ese período, le cursaron a ese domicilio constituido, por ejemplo, el traslado del dictamen presentado por el organismo administrativo en los términos del art. 607 inc. c) del CCyCN¹⁹, mediante el que solicitaba la declaración judicial de la situación de adoptabilidad del grupo de hermanos/as.

Fue en esa oportunidad que el Sr. E. tomó contacto con el Programa para la Asistencia a Personas Privadas de Libertad. Si bien se encontraba alojado en un establecimiento dentro

¹⁹ El inc. c) del art. 607 del CCyCN establece que en caso de fracaso de las medidas excepcionales para que los NNyA permanezcan en su familia de origen o ampliada en el plazo de 180 días “... el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas”.

de la órbita del Servicio Penitenciario Bonaerense, ante la gravedad de la situación y la inminencia del vencimiento de plazos procesales²⁰ se le brindó excepcionalmente asistencia jurídica gratuita.

Es importante señalar que desde la privación de libertad de E. cesó todo tipo de trabajo administrativo y/o judicial respecto a la vinculación entre los niños y su progenitor. Tampoco se lo contactó para conocer su situación procesal penal y/o evaluar alternativas de cuidado provisorio de su red familiar con relación a sus hijos/as, pese al resultado positivo que había arrojado la evaluación parental a su respecto. Además, como ya se mencionó, continuaron las notificaciones al domicilio constituido por el letrado, aunque había renunciado y el juzgado de familia había tomado conocimiento de la detención.

Por otra parte, la progenitora intentó revertir la falta de contacto con sus hijos/as a través de las peticiones judiciales pertinentes. Asimismo, se presentaron en el expediente el abuelo materno y la abuela paterna. Requirieron vinculación con sus nietos/as y ofrecieron alternativas a su situación de institucionalización en dispositivos convivenciales hasta tanto sus progenitores se encontrasen en condiciones de reasumir sus cuidados.

Durante la feria judicial extraordinaria a causa de la pandemia ocasionada por el virus SARS COV- 2, no hubo trámite alguno en el expediente sobre control de legalidad. En ese contexto, sin haberse celebrado la audiencia con los progenitores ni con los/as demás miembros de la familia ampliada en los términos del artículo 609 inc. b), se resolvió declarar judicialmente la situación de adoptabilidad del grupo de hermanos/as. La resolución consignó en sus fundamentos que los niños/as habían manifestado su deseo de una nueva familia en la audiencia que se había celebrado con ellos/as unos días antes. No obstante, esta declaración no había sido plasmada en el acta respectiva²¹.

²⁰ Ello dado que, si bien por imperio del art. 42 del CPCCN el progenitor conservaba el domicilio constituido, era ficticio su efectivo conocimiento de las constancias del expediente y de las resoluciones que allí se dictaban.

²¹ Al respecto cabe señalar que el grupo de hermanos/as fue oído/a aproximadamente al año y medio de adoptada la medida excepcional, y sin mantener vinculación alguna con su familia de origen, situación que afectó sus sentimientos y/o impresiones respecto de la situación familiar. Si bien es un tema que excede el presente trabajo, es importante destacar que de los informes trimestrales confeccionados por los dispositivos convivenciales e incorporados en estos expedientes no suele surgir en forma clara cuál es el trabajo que se realiza y qué se le explica a los/las NNyA institucionalizados/as, en general, con relación a su familia y, específicamente, frente a la interrupción de los vínculos cuando ello es propiciado por el propio organismo administrativo de niñez.

Desde otra óptica, se advierte cómo los informes se encaminan a la postura que el organismo administrativo adoptará sobre el fondo de la situación familiar. En concreto, en el presente caso, previo al dictamen del art. 607, algunos de los informes daban cuenta que el niño mayor preguntaba o solicitaba contacto, especialmente, por ciertos integrantes de la familia paterna, cuestión que luego se transformó en un “claro” deseo de contar con una “nueva” familia. Ello, más allá del palmario efecto negativo que el paso del tiempo sin ningún tipo de

Recurrida la sentencia por ambos progenitores, como así también por el abuelo paterno y la abuela materna, se celebró en mayo de 2021 una audiencia –bajo la modalidad virtual– en la Sala sorteada, con la totalidad de los/las intervinientes y sus letrados/as. En dicha ocasión, se mantuvieron las propuestas familiares en torno al cuidado de los niños/as. A los pocos días, la Alzada resolvió confirmar la sentencia de primera instancia y mantener la situación de adoptabilidad del grupo de hermanos/as. Tiempo después, rechazó los recursos extraordinarios federales deducidos por todas las partes.

Interpuestos los recursos de queja, en mayo de 2022, el Máximo Tribunal resolvió declarar su inadmisibilidad, en los términos del art. 280 del CPCCN. Sin perjuicio de ello, en el fallo se hizo saber la sugerencia efectuada por la Defensoría de Menores e Incapaces actuante ante dicha instancia relativa a que el grupo de hermanos/as debía recibir tratamiento psicológico diferenciado y ser recibido en una misma familia²². En lo atinente a la creación o extinción de vínculos en sentido dinámico de identidad, aconsejó que se evaluara en un plazo prudencial el mantenimiento de algún tipo de vinculación con su familia biológica extensa, debiendo tomarse en cuenta la opinión de cada uno/a de los niños/as. Cabe señalar que luego de ello, el hijo mayor se comunicó en diversas oportunidades con E. e insistió en su intención de mantener contacto con él.

4.2. CASO 2

La Sra. E., madre de seis hijos/as, se encontraba bajo arresto domiciliario. En mayo de 2019 se adoptó una medida excepcional con relación a sus hijos/as, por lo que se inició el proceso judicial de control de legalidad. Producto de esa decisión los/las hermanos/as fueron separados/as en distintos dispositivos convivenciales y, a lo largo del trámite, no se pudo revertir esta situación²³.

Preliminarmente cabe afirmar que el grupo familiar estaba atravesado por la vulneración de sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, dado que se trataba de una familia migrante, en situación de pobreza y con serias carencias habitacionales. Tres de las niñas –al momento del apartamiento familiar– tenían una discapacidad física.

contacto produce en los vínculos materno y paterno filiales y familiares. Este accionar fue, también claramente advertido en el Caso 2, como se desarrollará a continuación.

²² La cuestión relativa a las dificultades frente a los procesos adoptivos de grupos de hermanos/as numerosos/as había sido planteada como argumento central por las partes en los planteos recursivos. Si bien excede el objeto del presente trabajo, esta cuestión fue abordada por la Corte IDH “Ramírez Escobar y otro vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 09/03/2018.

²³ “A. B., C. y otros s/ control de legalidad ley 26.061”, expte. N° 32633/2019. En este caso se representó a ambos progenitores con sus respectivos patrocinios no unificados ante la posible aparición de intereses contrapuestos en el trámite de las actuaciones.

A los pocos meses, la Sra. E., quien desconocía totalmente cómo proceder frente a la institucionalización de sus hijos/as, asistió a la defensoría zonal interviniente y comenzó a vincularse con sus hijos/as de forma telefónica y presencial. En virtud del aislamiento, social, preventivo y obligatorio decretado en marzo de 2020, el contacto materno filial continuó exclusivamente por vía telefónica.

Por su parte, el progenitor, Sr. C., se encontraba privado de su libertad en el Complejo Penitenciario Federal N° 1 en el marco de la misma causa que la progenitora. A raíz de un pedido del juzgado de familia dieron intervención al Programa y se efectuó una presentación en el expediente en diciembre de 2019. En dicha ocasión, el Sr. C. requirió el restablecimiento del vínculo con sus hijos/as y, tiempo después, formuló una propuesta de cuidado alternativo.

La progenitora, producto de sus propios temores y por recomendación de la letrada particular que la asistía en la causa penal, no informó al Tribunal Oral sobre la institucionalización de sus hijos/as ni al organismo de niñez, pues su arresto tenía fundamento en el cuidado de éstos/as. Luego, el organismo zonal se anotició de esta circunstancia e interrumpió de modo abrupto el régimen de comunicación que venían sosteniendo madre e hijos/as. En consecuencia, dictaminó en favor de la declaración de la situación de adoptabilidad.

Inmediatamente, al revocarse su detención domiciliaria, la Sra. E. reingresó al Complejo Penitenciario Federal N° IV. Desde entonces, el Programa para la Asistencia Jurídica a Mujeres Privadas de Libertad comenzó a intervenir en ese expediente de control de legalidad.

En su primera presentación, la Sra. E. solicitó que se restableciera el contacto materno filial y se opuso a la declaración de adoptabilidad. Finalmente, adhirió a la propuesta del progenitor en cuanto a que los cuidados de los NNyA fueran asumidos por una tía materna (quien ya se había presentado en esas actuaciones) hasta tanto estuviera en condiciones de asumir sus cuidados de modo personal.

De las constancias del expediente surgía que los/as niños/as deseaban ver a sus progenitores²⁴ y, debido a la negativa del organismo de niñez, estas vinculaciones no estaban llevándose a cabo. Pese a los innumerables pedidos de las partes en ese sentido, la

²⁴ Los/las hermanos/as mayores sostenían a escondidas comunicaciones con sus progenitores y otros/as familiares, cuestión no comunicada en los informes presentados en el expediente por el organismo de niñez. En este caso, también se relevó cómo los dichos de los/as niños/as consignados en los informes trimestrales fluctuaban de acuerdo con las estrategias que delineaba el organismo administrativo.

defensoría zonal insistió en la declaración de la situación de adoptabilidad del grupo de hermanos/as.

Finalmente, en junio de 2021 se declaró la situación de adoptabilidad de este grupo de hermanos/as sin antes haberse expedido sobre las propuestas formuladas por los progenitores. Fue así que ambos apelaron la sentencia y con posterioridad realizaron una presentación conjunta en la cual destacaron el deseo de revincularse con sus hijos/as y reasumir sus cuidados una vez que se resolviera la situación procesal penal.

Al poco tiempo, informaron que habían recuperado su libertad. En virtud de ello, desde el Programa se requirió la intervención del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos y del Programa para la atención a las problemáticas sociales –ambos equipos pertenecientes al Ministerio Público de la Defensa– para que pudieran relevar la situación de estos progenitores. Esas evaluaciones tuvieron como objeto aportar nuevos elementos sobre su desenvolvimiento en el medio libre que coadyuvaran a revertir la decisión de la instancia de grado. Al anoticiarse los/as hermanos/as mayores de este nuevo escenario, intensificaron sus intentos de contactar a sus padres. Como consecuencia de ello, el organismo administrativo requirió judicialmente la prohibición de todo tipo de contacto de E. y C. hacia sus hijos/as, lo que fue ordenado bajo apercibimiento de remitir las constancias a la justicia penal frente a su incumplimiento. Esa resolución fue recurrida por los progenitores.

En febrero de 2022, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la decisión del juzgado de primera instancia y ordenó proseguir con la evaluación para la inserción de los/as niños y niñas en su familia de origen por el plazo de seis meses. En concreto, indicó que se debía ordenar la inmediata revinculación de los/as niños/as con sus progenitores, bajo la modalidad trisemanal –con el fin de involucrarlos en las cuestiones de salud y educación de sus hijos/as–, como así también la realización de evaluaciones sobre sus capacidades parentales e informes socio ambientales en sus respectivos domicilios.

Pese al tiempo transcurrido, recién en octubre de 2022 se logró iniciar un proceso de vinculación materno filial ante el servicio de psicología de la Cámara, que se desarrolló con resultados satisfactorios, conforme los informes que elaboró tanto la citada repartición como de los dispositivos convivenciales donde convivían los grupos de hermanos/as.

Así, con relación a los encuentros materno filiales el servicio de psicología de la Cámara Civil sostuvo que:

“El encuentro entre ellos se llevó a cabo dentro de lo esperable, tanto los hijos como la madre se relacionan entre sí de manera cariñosa (...). En el día de ayer...se llevó a cabo un nuevo encuentro materno filial entre la señora E. y sus hijos (...) el cual también se produjo en un ambiente agradable, distendido y familiar. Nuevamente los niños hicieron un pedido, esta vez en relación a poder compartir un rato con su

mamá el domingo 16 de octubre, fecha en que se celebra el día de la madre. Consideramos también, que sería sumamente beneficioso que pudiese darse este encuentro entre los chicos y su mamá, luego de todo lo vivido por ellos”.

Por su parte, el organismo de niñez concluyó que:

“...observamos que las vinculaciones se llevaron a cabo en un clima distendido y ameno. Durante las mismas E. se mostró afectuosa con sus hijxs, cabe mencionar que ellxs respondieron de igual manera...Es dable mencionar que E. se mostró preocupada por cuestiones como el estado de salud de (...) la escolaridad de (...) y el vínculo de cuidado que sus hijxs tienen entre ellxs. También destacamos las intervenciones que ha realizado con sus hijxs en torno a su preocupación, expresadas desde un rol de cuidado y afectividad...”.

Por su parte, el progenitor –que había sido nuevamente privado de su libertad y luego de recuperarla– comenzó un proceso de revinculación con sus hijos/as, que arrojó resultados satisfactorios. Cabe señalar que, no obstante la nueva detención del Sr. C., todos los organismos intervinientes focalizaron exclusivamente en la progenitora las funciones atinentes al cuidado y/o crianza de los niños/as. Finalmente, en diciembre de 2023, se decidió el egreso del grupo de hermanos/as con la progenitora.

Sin perjuicio de ello y que los/las operadores/as intervinientes habían señalado las dificultades de la Sra. E. en su maternaje, cabe aclarar que no se le brindaron los apoyos adecuados y/o necesarios para reasumir esta función. Si bien los informes daban cuenta de la necesidad para E. de contar con sostenes externos que estuvieran dispuestos a asistir, acompañar y fortalecerla frente a las situaciones que implicaran mayor complejidad y que excedieran su capacidad para resolverlas por sus propios medios (debido a los cuidados especiales que requerían tres de ellos), no propusieron cómo ello podría implementarse y/o qué organismos estatales podían actuar. Solamente mencionaron que estos apoyos debían provenir del ámbito familiar y destacaron que las hermanas de E. residían en otra provincia.

Esta cuestión, en definitiva, demoró el proceso de reinserción del grupo de hermanos/as en su ámbito de origen. A través de la colaboración del Programa para la atención a las problemáticas sociales y relaciones con la comunidad se gestionó la articulación con una red de apoyos. De esa manera, distintos efectores públicos posibilitaron el acompañamiento de esta progenitora para que reasumiera el cuidado exclusivo de sus seis hijos/as del mejor modo, más aún considerando que tres de ellos presentaban una discapacidad que requería cuidados especiales.

4.3. CASO 3

Este último surge ante la intervención que tomó el Programa a raíz de la institucionalización de los hijos de una mujer, Sra. J., alojada en el Complejo Penitenciario Federal N° 4 sito en la localidad de Ezeiza²⁵.

Es importante aclarar que, previo a su detención, dos de sus hijos –C. y S.– habían sido objeto de una medida excepcional por parte del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CDNNyA) del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en enero de 2017. Esa medida se adoptó en virtud de la situación de abandono en la que se encontraban, que fue advertida por la Sra. V., tía de la madre, durante una consulta en el hospital Donación F. Santojanni. En esa ocasión, se dispuso su alojamiento en un dispositivo convivencial y se promovieron las actuaciones sobre control de legalidad.

A partir del relato de la Sra. V., se tomó conocimiento que los niños –de corta edad– habían sido encontrados solos en el domicilio familiar, sin la supervisión de un adulto responsable. En dicha oportunidad, la Sra. V. manifestó que ambos progenitores presentaban cuadros de consumo problemático de sustancias psicoactivas y situaciones de violencia, y que esa no era la primera vez que dejaban solos a los niños en el domicilio, razón por la cual ella se había encargado de sus cuidados. También manifestó que, si bien en un principio había considerado la posibilidad de hacerse cargo de los pequeños, posteriormente cambió de parecer dado a las dificultades que había atravesado con los progenitores.

En marzo de 2017, el juzgado interviniente convocó a la audiencia prevista por el artículo 40 de la ley 26.061 a los progenitores y al organismo de niñez, pero aquellos no asistieron. Desde el hogar convivencial se informó que las únicas que se vinculaban con los niños eran la Sra. V y la bisabuela de éstos, Sra. I., ya que los progenitores no estaban autorizados. La Sra. V. comunicó en esa oportunidad que los progenitores se encontraban en situación de calle, por lo que se le pidió que intermedie para notificarlos de una nueva audiencia fijada para fines de abril.

En mayo de 2017, los progenitores se presentaron ante el organismo de niñez interviniente a fin de consultar por la situación de sus hijos. Asimismo, la progenitora comentó que había sufrido situaciones de violencia por parte de su padre y de su hermano. Reconoció haber consumido estupefacientes y alcohol. Refirió que había sido su abuela, Sra. I, quien la habría ayudado con el cuidado de sus hijos. En esa oportunidad, se les sugirió tratamiento psicológico y psiquiátrico en el Hospital Santojanni. Al mes siguiente, se informó que la Sra. V. no continuó con los espacios vinculares. Desde el inicio, quien llamaba a la institución y se contactaba con los niños de modo semanal era su bisabuela, Sra. I.

²⁵ “H. A., C. E. y otro s/Control de legalidad Ley 26.061”, expte. N° 1376/2017.

Cabe aclarar que ni la medida excepcional ni sus prórrogas fueron notificadas a los progenitores, quienes en ese entonces se encontraban en situación de calle. Lo mismo sucedió con la citación cursada por el Cuerpo Médico Forense, organismo al que se le había encomendado una evaluación sobre las capacidades parentales de J. y K. Ante la imposibilidad de ubicarlos, esa evaluación no pudo realizarse.

Frente a la indefinición de la situación familiar, en febrero de 2018, el juzgado dispuso una medida de no innovar por 90 días para que C. y S. permanecieran institucionalizados. Al mes siguiente, el organismo zonal de protección de derechos solicitó que se prorrogara esta medida y se declarara la situación de adoptabilidad de los hermanos. En virtud de aquel requerimiento, el Defensor de Menores solicitó que se convocara a la audiencia prevista en el art. 609 inc. b) del CCyCN.

A través del Servicio Social del juzgado se contactaron con la bisabuela materna, la Sra. I., quien aportó los datos del domicilio de la madre del progenitor, la Sra. H. Frente a ello, el juzgado dispuso la notificación de la audiencia por edictos para ambos progenitores y, en paralelo, la notificación al domicilio de la abuela paterna de los niños. Llegado el día de la audiencia, se presentaron el progenitor de los niños, el Sr. K y su abuela paterna, la Sra. H. En aquella oportunidad se presentaron sin asistencia letrada, sin perjuicio de lo cual les tuvieron por constituido en el domicilio de la Sra. H.

En esa oportunidad, el progenitor de los niños refirió que la progenitora, la Sra. J., se encontraba detenida en el penal de Ezeiza. Concluida aquella reunión, se libraron oficios a efectos de obtener datos relativos a la localización de la progenitora. Desde la Defensoría de Menores e Incapaces se requirió la intervención del Programa para la Asistencia Jurídica a Mujeres Privadas de Libertad. En virtud de ello, en septiembre de 2018 se presentó J. con la asistencia letrada del referido Programa.

Cabe poner de resalto los obstáculos que debieron sortearse para poder realizar la audiencia con la presencia de la Sra. J. Así, en dos oportunidades la progenitora no pudo participar debido a que División Traslados del Servicio Penitenciario Federal no contaba con vehículos disponibles que la condujeran hasta la dependencia. Esto motivó que en octubre de 2018 la magistrada decidiera concurrir personalmente al Complejo de Ezeiza para poder concretar la entrevista de modo presencial.

En dicha ocasión, J. manifestó su deseo de reasumir el cuidado de sus hijos cuando recuperara su libertad, y refirió las dificultades y vulnerabilidades que había transitado a lo largo de su vida (víctima de abuso y violencia intrafamiliar, entre otras cuestiones). Reconoció también las implicancias negativas que le ocasionó el consumo de estupefacientes cuando tenía a sus hijos a cargo y expuso que al momento del dictado de

las medidas excepcionales por parte del CDNNyA y dada la problemática de consumo que transitaba, no había podido acercarse a concluir el tratamiento que se le exigía.

Luego, en noviembre de 2018, J. se opuso al pedido de adoptabilidad. Propuso el egreso de sus hijos con su abuela paterna, la Sra. H., toda vez que ella se encontraba ejerciendo el cuidado del menor de los hermanos, el niño P. Asimismo, solicitó que se le fijara un régimen de comunicación asistido con sus hijos C. y S.

Por su parte, el juzgado citó a la abuela paterna quien confirmó su intención de tener contacto con sus nietos y que convivieran con ella. En los informes posteriores, sin embargo, el organismo de niñez refirió que, aunque la Sra. H. había concurrido al hogar a entrevistarse para iniciar un proceso vinculatorio, no se había mostrado interesada en saber acerca de sus nietos en estos autos.

En punto a ello, el organismo administrativo informó que la Sra. H., en un proceso conexo, se encontraba tramitando la guarda de su nieto menor P. Asimismo, señaló que abuela desconocía el estado de salud y desarrollo de los niños C. y S. y que no podía evaluarse como genuina su demanda en miras de asumir el cuidado de sus nietos mayores. Por lo tanto, el organismo insistió en que se declarara su situación de adoptabilidad.

A raíz de este requerimiento, los niños C. y S. fueron oídos en la audiencia que se celebró en los términos del art. 609 inc. b) y con posterioridad –en julio de 2019– se decretó su situación de adoptabilidad. La sentencia fue apelada por la progenitora. Cabe agregar que no se dejó constancia de lo que dijeron los niños en el marco de la citada audiencia.

Al requerirse la elevación a segunda instancia, el juzgado advirtió que el progenitor, Sr. K., no se encontraba notificado de la sentencia y efectuaron distintas gestiones a fin de notificarlo. Luego, se tomó conocimiento que el Sr. K se encontraba privado de su libertad en el Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Éste apeló la resolución y luego se le confirió intervención al defensor oficial actuante ante el juzgado a fin de fundar el recurso.

Cumplida la fundamentación correspondiente, en noviembre de 2020, se elevaron los autos a la Cámara de Apelaciones. En esa oportunidad J. informó en la Sala interviniente que le habían otorgado el beneficio de arresto domiciliario que pasaría a cumplir en el domicilio de su suegra, H., lo que le permitiría retomar y colaborar en las tareas de cuidado de su hijo menor P. y retomar estas funciones con respecto a C. y S.

Los jueces de la Sala, con carácter previo a resolver, ordenaron la citación de la abuela paterna de los niños, Sra. H., a una audiencia con la Defensoría de Menores ante Cámara, los profesionales del hogar y los del organismo de niñez para febrero de 2021. En dicha oportunidad la Sra. H reiteró sus intenciones de revincularse con C. y S. y, si se daban las

condiciones, poder obtener la guarda de sus nietos. Se requirieron entonces informes a los psicólogos tratantes de los niños que dieran cuenta de la posibilidad de tomar contacto con su abuela paterna. Por su parte, la Sra. H. se presentó en las actuaciones con asistencia letrada y requirió que se dispusieran revinculaciones con C. y S.

De este modo, en abril de 2021, la Sala le encomendó al Servicio de Psicología de Cámara Civil que informara sobre la situación de los niños dentro de la institución y se expidiera sobre la conveniencia de la vinculación con la abuela paterna. En el ínterin, la progenitora informó que le habían revocado su arresto domiciliario, motivo por el cual había regresado al penal de Ezeiza. Asimismo, sostuvo su planteo recursivo y reiteró la propuesta relativa a que H. asumiese el cuidado de sus hijos.

Luego, el servicio de psicología llevó adelante unos encuentros entre la Sra. H. y sus nietos C. y S. en el hogar, que arrojó resultados positivos. Como consecuencia, en noviembre de 2021 la Sra. H requirió que se ampliaran las vinculaciones y que se revocara la sentencia de adoptabilidad. Finalmente, en febrero de 2022 la Sala dispuso revocar parcialmente la sentencia de grado. Ordenó la adopción simple de ambos hermanos con sostenimiento de vínculos para la abuela, hermano y progenitores, cuando estuvieran dadas las condiciones para ello.

Vale aclarar que J. no quiso intentar la vía recursiva extraordinaria por haber entendido que ello llevaría implícito que sus hijos continuaran por un período de tiempo más prolongado en el hogar convivencial. En ese sentido, manifestó que, al momento de recuperar su libertad, efectuaría todas las gestiones que fuesen necesarias para poder retomar el contacto de modo adecuado. Sostuvo que haría el tratamiento terapéutico que correspondiera y respetaría el derecho que les asistía a sus hijos C. y S. a vivir y crecer en un entorno familiar de cuidado y protección.

5. PRINCIPALES OBSTÁCULOS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA. VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Del análisis de los casos abordados, se observan ciertas dificultades relativas a la participación judicial de los/as progenitores/as cuando cursan detenciones. Se intentó visibilizar las distintas omisiones o fallas desde los distintos organismos y operadores intervinientes en torno a definir si corresponde la declaración de la situación de adoptabilidad de los NNyA involucrados.

Si bien, como se dijera, el CCyCN les otorgó calidad de parte procesal con las implicancias que ello acarrea, luego, en la práctica, los pedidos y/o las propuestas formuladas por estas personas no parecen ser debidamente atendidos. Nótese, por ejemplo, que en los tres casos los/las progenitores/as requirieron sostener y/o reanudar el contacto materno y/o paterno

filial luego de la medida de separación familiar, lo que no fue posible. Incluso, las autoridades administrativas y/o judiciales lo obstaculizaron.

Ello, pese a que la normativa analizada es clara en cuanto a que la institucionalización de los/as NNyA y/o la privación de libertad de sus progenitores no debe acarrear la interrupción de los vínculos familiares. Justamente, en esas circunstancias el Estado debe aunar sus esfuerzos para mantener incólumes estos lazos afectivos, conforme lo encomiendan como regla los artículos 7, 8, 9 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 11 de la ley 26.061.

Sin embargo, en ocasiones la privación de libertad motiva la interrupción de los vínculos materno o paterno filiales aun cuando, con anterioridad, se sostenían de modo regular y con resultados satisfactorios. Ello se verifica muy claramente en el segundo caso analizado, en el cual la privación de libertad de la progenitora provocó la interrupción total del vínculo con sus hijos/as, situación instada y avalada desde el ámbito administrativo y judicial sin fundamentación. Simplemente, el organismo administrativo alegó que como desde allí se propiciaba la alternativa de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, de ello se derivaba la necesidad de adoptar como estrategia la interrupción del contacto, para facilitar la inserción de los/las niños y niñas en la nueva familia.

En definitiva, se observa la inexistencia de un plan adaptado a las necesidades de sus protagonistas. En el caso referido no se tuvieron en cuenta las diversas vulnerabilidades que atravesó la familia de origen aun cuando se demostró que se mantuvieron los vínculos y el deseo de los integrantes de conservar esos lazos. Además, en ningún momento se implementaron los apoyos para que los progenitores pudiesen asumir responsable y paulatinamente tanto un espacio de vinculación como, el posterior cuidado del grupo de hermanos/as.

Nótese que, incluso con patrocinio letrado y habiendo efectuado diversas presentaciones al respecto, ninguno de los progenitores logró revertir esta situación a lo largo de aproximadamente un año y medio. Recién al recurrir la sentencia definitiva, la Alzada ordenó revincular al grupo de hermanos/as con su madre y su padre.

Este accionar desoye la exégesis de la normativa actual que permite que aún con figuras adoptivas más “cerradas” como la plena, el juez pueda flexibilizar sus efectos (conf. art. 621 del CCyCN) y así mantener vínculos con integrantes de la familia de origen cuando éstos fueran beneficiosos para los/las NNyA involucrados/as, como sucede con el instituto de la adopción simple. Esta última opción deberá prevalecer en los casos donde éstos/as conserven vinculaciones positivas con integrantes de la familia de origen.

Entonces, de las prácticas relevadas se deduce con meridiana claridad que desacertadamente se propicia invisibilizar a estos progenitores de la vida de sus hijos/as. Se intenta con ello facilitar la opción de la filiación adoptiva en la creencia que será la única alternativa que restaure los derechos vulnerados de los/las NNyA. La medida excepcional de protección de derechos en los términos de la ley 26.061 supone que se comprobó la vulneración de los derechos a los que estos/as niños/as fueron expuestos/as. Ello no puede ser obviado por las autoridades administrativas y/o judiciales a fin de delinear un plan de acción con cada familia, en tanto no siempre será la filiación adoptiva la opción que represente el mejor interés para estas niñeces. Deberán analizarse, por ende, una multiplicidad de factores en cada caso particular en miras de armar un plan “real” de acción en vez de determinar uno “ideal” o “estandarizado” para todos los supuestos.

Por ejemplo, resultará prioritario indagar respecto a la edad de los/as NNyA, sus vínculos con la familia de origen, los grupos de hermanos/as y/o la existencia de otros/as que muchas veces no forman parte de la medida excepcional, la existencia de red socio afectiva, su prolongada institucionalización, entre otras cuestiones. Estas condiciones son factores que obligan a todos/as los/las operadores/as intervinientes a evaluar soluciones flexibles y “a medida”, cuestión que la normativa actual habilita, encomienda y obliga.

Desde otra óptica, la desatención de los planteos y/o propuestas formuladas en el marco de las actuaciones judiciales de sus hijos/as parece desconocer que estos/as progenitores/as aún conservan plenamente la titularidad de la responsabilidad parental. Cabe tener en consideración que, en aquellos casos en los cuales el delito no se relaciona con cuestiones relativas a sus hijos/as, el instituto de la privación no opera de modo automático como sucede en el caso del art. 700 bis del CCyCN²⁶.

Concretamente, si bien el CCyCN avanzó en reconocer la necesaria participación de los/as progenitores/as y de otros miembros de la familia biológica, lo cierto es que la situación de

²⁶ Artículo incorporado por ley N° 27.363 que establece que “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos 1 y 11 del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor; b) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata; c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata. La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere. La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26061”. La ley citada agregó el inciso e) al art. 702 que agrega como supuesto de suspensión el procesamiento penal o acto equivalente por los delitos mencionados en el art. 700 bis.

privación de libertad –que demandaría especial atención a fin de garantizar el debido acceso de la justicia, conforme las citadas Reglas de Brasilia– se presenta como un elemento que dificulta la evaluación de sus peticiones por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

Muchas veces estas prácticas obstructivas provienen de las autoridades penitenciarias, quienes omiten brindar la colaboración necesaria para garantizar la debida participación de estos/as progenitores/as en los procesos de familia. Por ejemplo, en el tercer caso se frustraron dos audiencias a las que debía asistir la progenitora de modo presencial debido al incumplimiento de sus traslados, so pretexto de falta de automóviles disponibles. Esta situación se repite en innumerables oportunidades en el ámbito penitenciario, ya que se suele dar prioridad a la participación de los/as y las detenidos/as en las actuaciones penales, y se ignora o menosprecia la entidad de las citaciones de la justicia de familia.

El accionar desplegado por el Servicio Penitenciario desconoce las implicancias negativas que las mentadas omisiones pueden ocasionar en los derechos de los progenitores/as, dado que la cuestión que se debate en estos procesos reviste una envergadura tal que podría implicar, en ciertos casos, la pérdida de la responsabilidad parental y la consecuente inclusión de los NNyA en ámbitos familiares alternativos al de origen. En síntesis, soslayan que resulta imprescindible la participación activa de aquellos en el proceso judicial que modificará el curso de la historia y composición de los grupos familiares a futuro.

En orden a esta cuestión, por un lado la celebración de audiencias por medios virtuales luego de la pandemia facilitó el acercamiento y participación de las personas privadas de libertad en los procesos de familia. La modalidad virtual permitió que se garantizara su debida escucha e intervención en tiempo y forma a las citaciones cursadas.

Por el otro, de la observación de los casos se advierte que comúnmente se utilizan excesivos formalismos en la aplicación de las normas procesales. Por ejemplo, en el primer caso, ante la renuncia del letrado patrocinante, se continuaron cursando las notificaciones y/o traslados al domicilio constituido en los términos del art. 42 del CPCCN, sin procurar otra medida más efectiva tendiente a tomar contacto con el progenitor privado de la libertad, lo cual implicó un obstáculo para su acceso a la justicia.

Adicionalmente, si bien resulta ser un método de notificación válido previsto por el código de rito, muchos juzgados del ámbito de la justicia nacional de esta ciudad disponen la publicación de edictos en los casos de progenitores/as privados/as de libertad. Claramente, dicha práctica adolece de nulidad puesto que el art. 145 del CPCCN dispone que “Además de los casos determinados por este Código, procederá la notificación por edictos cuando se tratare de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore...”. No se puede afirmar válidamente

que se desconoce el domicilio de una persona privada de libertad ya que, de ser así, reside transitoriamente en un establecimiento penitenciario.

Lo que se pretende con este accionar es “acelerar” el curso del proceso con la creencia que la falta de participación de los progenitores/as apresurará la declaración de la situación de adoptabilidad de los NNyA. Similares consideraciones merecen las actuaciones de estos progenitores/as que, en numerosas oportunidades, no cuentan con patrocinio letrado desde el inicio del proceso, lo que los lleva a participar en ciertos actos procesales sin la debida asistencia legal. Esto vulnera su derecho de defensa en juicio y habilita planteos de nulidad por parte de los progenitores que, al tomar conocimiento de estas falencias, interponen los recursos correspondientes al momento de acceder al patrocinio letrado.

Sobre el acceso a justicia, un fallo sostuvo que:

“Es, de este modo, que lo convencional atraviesa el derecho procesal (y los procesos en concreto) ampliando, de manera formidable, nuestros deberes como directores del proceso, con lo cual adquiere una nueva relevancia la obligación de mantener la igualdad de las partes (art. 34), lo cual ya no va a significar solo el mandato de evitar el trato desigual, sino también el de buscar cursos de acción que desde la perspectiva de la eficacia de prestación jurisdiccional nivelen las desigualdades inherentes al complejo contexto social en el que nos toca intervenir. Entonces, en este tipo de procesos (donde está en juego el vínculo familiar) no caben rigideces ni estrecheces procesales, resultando menester la asunción de la postura que resguarde, de manera más intensa, los derechos de todos los involucrados y que, a la vez, vele por la compatibilización de los mismos”²⁷.

Prosigue el tribunal del precedente citado en punto a la necesidad –emergente de las mandas convencionales– de adaptar el procedimiento frente a la participación de sujetos en situación de vulnerabilidad en procesos donde se hallan en juego los vínculos familiares:

“La Suprema Corte de Justicia ha sido bastante amplia cuando se trató de recursos interpuestos por progenitores respecto de declaraciones de adoptabilidad (causa C 121036, ‘M. ,B. D. y o. s/ Abrigo’, fallo del 29/11/2017). Decía allí el Dr. de Lazzari que ‘hay otros aspectos que en el ámbito de la tutela judicial efectiva se concretan con la necesidad del tribunal de adaptar fases sobre la marcha del trámite y de asegurar proveimientos adecuados (arts. 706 y 709, Cód. Civ. y Com.), ante los avatares que puedan surgir durante el proceso, para que el instituto regulado por el Código de fondo, la prioridad en la permanencia en la familia de origen o ampliada y, de no alcanzarse esa premisa, se avance en la adopción, siempre en un tiempo razonable de resolución- no pierda virtualidad’...”.

Cabe señalar, desde otra perspectiva, que los obstáculos suelen provenir de prejuicios y/ estereotipos derivados no solo de la privación de la libertad. Se observan otros, por ejemplo,

²⁷ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, Sala Segunda, “F. P. y otros/a s/ Abrigo”, causa F6-74026 R.I.12/18, 20/03/2018.

relacionados con la cuestión de género y las tareas de cuidado. Sobre ese aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en forma contundente en cuanto a que el género de las personas no puede actuar como factor determinante frente a las capacidades en las tareas de cuidado. Al respecto, expresó que “...la orientación sexual no puede ser utilizada como un elemento decisorio en asuntos de custodia o guarda de niñas y niños”²⁸. Específicamente, señaló que:

“Por tanto, en este caso los estereotipos sobre la distribución de roles parentales no solo se basaron en una idea preconcebida sobre el rol de la madre, sino también en un estereotipo machista sobre el rol del padre que asignó nulo valor al afecto y cuidado que el Sr. Tobar Fajardo podía ofrecer a Osmín Tobar Ramírez como su padre. De esta manera, se privó al señor Tobar Fajardo de sus derechos parentales, en cierta medida presumiendo e insinuando que un padre no tiene las mismas obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos (...). Por tanto, en el presente caso se encuentra demostrado que las actuaciones y decisiones de las autoridades que intervinieron en el proceso de abandono de los hermanos Ramírez se basaron en estereotipos de género sobre la distribución de responsabilidades parentales e ideas preconcebidas sobre la conducta de una madre o de un padre en relación con el cuidado de sus hijos. La Corte considera que esto constituyó una forma de discriminación basada en el género...”²⁹.

Esta cuestión está presente en los tres casos analizados, que colocan el foco de atención en las mujeres madres como principales encargadas de las tareas de cuidado de los NNyA. Precisamente, en el primero se advierte cómo se “borra” en el proceso a un progenitor que, sin perjuicio de su privación de libertad, contaba con una evaluación altamente positiva en torno a sus habilidades parentales. En el segundo caso se diseñó un plan de egreso institucional con énfasis en la progenitora.

Lejos de propugnar una asignación estereotipada de deberes de cuidado en las mujeres, deviene necesario destacar que siguen siendo ellas muchas veces las figuras centrales encargadas de la crianza de los/las NNyA. Por esta razón, se entiende que el encarcelamiento les produce mayores consecuencias negativas, situación que se agrava en los supuestos de institucionalización de sus hijos/as con todos los perjuicios que les son inherentes. Esos efectos constituyen, sin duda, una punición extra no contemplada normativamente y una omisión del deber de velar por los derechos de los NNyA.

²⁸ Cfr. Corte IDH Caso “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, sentencia del 9 de marzo de 2018. También Caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile” y Opinión Consultiva OC-24/17.

²⁹ Cfr. CIDH Caso Ramírez Escobar, párrafos 298 y 299.

A pesar de comulgar con una mirada crítica en torno a la naturalización de la función materna –que se traduce en colocar a las mujeres madres en el rol de principales cuidadoras y responsables primarias de la crianza de los hijos–no es posible desconocer esta realidad. En efecto, la repercusión diferencial no suele presentarse con el encierro de los progenitores y ello obedece a la mayor responsabilidad que recae sobre las mujeres en el cuidado y sostenimiento del grupo familiar. En esta línea, organismos internacionales aconsejan evitar el encarcelamiento de mujeres madres y utilizar alternativas para la morigeración en el cumplimiento de la pena, en virtud del especial impacto que la prisión tiene no solo en ellas, sino en la familia que integran.

Por su parte, un número cada vez mayor de hombres asume o reclama una paternidad activa y presente, lo que no responde únicamente a un crecimiento demográfico, sino además a un cambio en la forma de concebir la paternidad y masculinidad (Ibarra Casals y Píriz Bonilla, 2022). Bajo estas premisas, todos los operadores administrativos y judiciales deberán trabajar en pos de repensar las dinámicas familiares con una mirada de género sensitiva que incluya a hombres y mujeres por igual, en lo atinente a las tareas de cuidado y crianza.

Finalmente, cabe señalar que si bien la normativa de fondo prevé plazos específicos con el objeto de agilizar los procesos³⁰, la realidad indica que existe una gran demora en la realización de evaluaciones y obtención de turnos para tratamientos que deben realizar los miembros de la familia de origen. Por ejemplo, los efectores públicos de salud se encuentran sobrepasados en su capacidad de funcionamiento, incluso llegan a demorar meses para la obtención de un turno.

Esta situación se agrava en los casos de personas privadas de libertad, respecto a quienes muchas veces no es posible obtener los traslados pertinentes para las evaluaciones y/o tratamientos que le son requeridos. En consecuencia, el paso del tiempo termina siendo un factor que coadyuva a perpetuar la separación familiar. Advertimos que en numerosas ocasiones no se trabaja con la familia de origen, razón por lo cual no se logran revertir las causas de institucionalización de los NNyA. Esto se convierte en el fundamento de la resolución judicial que luego dispondrá apartar definitivamente a los NNyA de su seno familiar.

Lamentablemente, la aludida demora termina siendo imputada a los/las progenitores/as, ya que los mismos fundamentos de la adopción de la medida excepcional sirven de base, incluso años después, para la sentencia definitiva en torno a la situación de adoptabilidad. Con frecuencia son las propias resoluciones las que imputan a los progenitores/as la falta de

³⁰ El inc. c) del art. 607 del CCyCN alude al plazo de 180 días.

propuestas en torno a revertir las causas que habían originado la institucionalización de los NNyA, e ignoran así la interseccionalidad de las vulnerabilidades de estos adultos³¹.

De cara a delinear el concepto de “interseccionalidad”, la Corte Interamericana precisó:

“...la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación. No toda discriminación múltiple sería discriminación interseccional. La interseccionalidad evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación...”³².

Así, en palabras del tribunal regional la interseccionalidad “constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional”.

En definitiva, se vislumbra que desde los organismos administrativos y/o judiciales persiste una conducta que parte de la premisa que contrapone desde un inicio los intereses de los/las progenitores privados/as de libertad con los de sus hijos/as al momento de delinear cual sería el interés superior de éstos/éstas en cada uno de los casos.

Al respecto, es preciso señalar que la cláusula del interés superior de los NNyA fue analizada en forma pormenorizada por la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño³³. En una ajustada síntesis, a este principio se le deberá dar contenido en la medida en

³¹Así, en la sentencia de primera instancia del Caso 1 se sostuvo que: “En efecto, la falta de aptitud para asumir responsabilidades parentales quedó ampliamente demostrada, sin que la progenitora haya propuesto medidas concretas tendientes a revertir su propia deficiencia, a pesar del extenso tiempo transcurrido desde la institucionalización de los niños”. Luego que “la familia biológica no cuenta con las capacidades necesarias para brindar a los niños un sano e íntegro desarrollo bio-psico-social, indispensable para garantizar sus derechos, por lo que se encuentran agotadas las posibilidades de permanencia en su medio familiar y vencido el plazo máximo de las medidas excepcionales. El interés superior de los niños exige en este caso concreto declarar su situación de adoptabilidad”.

³² Cfme. Corte IDH Caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, sentencia del 1 de septiembre de 2015, párrafos 10 y 12.

³³ Del 29 de mayo de 2013.

que se analicen las circunstancias particulares comprobadas en el caso³⁴ las que deberán ser razonablemente enunciadas y explicadas al resolver los conflictos que arriben a la judicatura.

Siguiendo este razonamiento, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que la determinación de cuál sea el interés superior de los/las NNyA en cada caso concreto deberá realizarse de modo razonado y estar justificado sobre la base de la protección de sus derechos, así como quedar oportunamente sustentado en el procedimiento, con la documentación que fuera relevante y pertinente³⁵.

Ahora bien, de la normativa internacional y nacional aplicable a estos casos, y toda vez que se encuentra en juego derechos fundamentales –como el derecho a la identidad, protección familiar, asistencia estatal a la familia, permanencia en el seno familiar de origen, etcétera– se entiende que el mejor interés se garantizará con la permanencia de los/las NNyA en el seno de su familia de origen. Por lo tanto, al momento de decidirse la situación solo procederá la adopción como el modo de garantizar su interés superior cuando esta familia no pueda presentarse como espacio idóneo para su crecimiento. Esto siempre y cuando el Estado haya implementado previamente medidas aptas para ayudar a los/as progenitores/as a dar efectividad al derecho a un adecuado nivel de vida, por cuanto la familia debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

Por otra parte, en el marco los controles de legalidad, al interés superior de los/as NNyA involucrados/as no se le deberá dar contenido en contraposición con los intereses de los adultos que forman parte del proceso, al menos no antes de verificarse aquellos requisitos que se exigen para adoptarse una medida excepcionalísima y gravosa como es la separación del medio familiar. En este sentido, se hace necesario intentar componer la totalidad de los derechos constitucionales y convencionales de los miembros de la familia y verificar que lo decidido no constituya una vulneración a estas normas.

En definitiva, los derechos que se encuentran en juego son dos caras de una misma moneda: de un lado nos encontramos con el derecho de los NNyA a vivir en el seno de su familia biológica, del otro el derecho –con la consecuente obligación– de los progenitores y el resto de la familia ampliada de vivir con sus hijos/as así como la limitación de la injerencia estatal en la vida familiar. En suma, tanto el Estado como la familia son responsables solidarios de

³⁴ Entre otros, ver, “A.F. s/ protección de persona”, 13 de marzo de 2007, Fallos 330:642, voto del Dr. Maqueda.

³⁵ Ver, entre otros, el ya citado Caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, párrafos 109 y 110.

brindar y garantizar al niño o niña las condiciones mínimas de subsistencia, no siendo posible que la legislación y las practicas criminalicen la pobreza³⁶.

De lo hasta aquí desarrollado se deduce con claridad que muchas veces las prácticas no promueven ni garantizan el debido acceso a la justicia y la participación activa de los progenitores y las progenitoras que cursen o hayan cursado una detención durante el trámite de un expediente de control de legalidad de sus hijos/as. Estas modalidades de intervención conducen a la violación de la totalidad de las normas que protegen a la familia y al derecho que les asiste a sostener contacto fluido entre sus miembros.

Muchas veces, del dictado de una medida excepcional que implica apartar a un NNyA de su familia no surge cuál fue el trabajo previo que se llevó a cabo seriamente con este grupo familiar y/o las estrategias de fortalecimiento desplegadas en este sentido. Entonces, luego se presenta esta opción como la solución ideal frente a los antecedentes y la historia vital de la familia biológica. Al respecto se ha sostenido que:

“En muchas ocasiones, ese afán de ‘entrega en adopción’ es tenido en cuenta como la culminación mágica de un proceso que, indefectiblemente, debe concluir así, aun cuando las particularidades del caso no aconsejen como lo más adecuado al interés superior de ese niño, niña o adolescente dicha salida”.

Ello se vincula:

“...con la mirada paternalista que durante muchísimos años han venido sosteniendo tanto nuestra legislación como la propia doctrina, mirada que entendía como cumplimiento de un deber superior propiciar una ‘familia’ a ese niño, niña o adolescente que, por provenir de un contexto de vulnerabilidad o de abandono extremos, debía indefectiblemente terminar ‘entregado’ en adopción, sin importar si las alternativas tenidas en cuenta al momento de esa entrega eran las mejores o las más convenientes para ese niño, niña o adolescente...” (Brand, 2020, 482/483).

6. PROPUESTAS Y PALABRAS DE CIERRE

En base a todo lo hasta aquí delineado y conforme la experiencia recabada desde el Programa para la Asistencia Jurídica a Personas Privadas de Libertad del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, se propone la confección de una guía de buenas prácticas en la cual puedan participar los distintos organismos de los distintos poderes del Estado.

³⁶ Ver la citada Opinión Consultiva N° 17 CIDH del 28/08/2002.

Si bien una regulación procesal específica podría avanzar en algunos aspectos procesales en torno al tema de estudio³⁷ lo cierto es que, por las especificidades de la cuestión, será preciso un documento particular que arroje modos de intervención adecuados y estandarizados con aportes de la totalidad de los sectores intervinientes.

Así, como desde el Ministerio Público de la Defensa de la Nación se interviene en estos casos mediante la asistencia y/o representación a los distintos miembros de las familias, se podría convocar a las distintas dependencias. Tanto representantes de las Defensorías de Menores e Incapaces³⁸ como integrantes de las Defensorías Públicas Tutorías³⁹. También, las Defensorías Públicas Oficiales ante los Juzgados Nacionales de Primera Instancia y la Cámara Nacional de Apelaciones del fuero civil, las Unidades de Letrados Móviles creadas por resolución de la Defensoría General de la Nación⁴⁰ con idénticas funciones que aquellas dependencias y el Equipo Acceder.

En definitiva, aunar criterios de intervención, detallar las falencias o dificultades que se les presentan a los integrantes del grupo familiar en este tipo de procesos y aportar soluciones que puedan paliar las adversidades que se avizoran. Volcar ese material en una guía de buenas prácticas coadyuvará a que estas cuestiones se resuelvan con mayor celeridad lo que favorecerá a todas las partes. Así, entre otras cuestiones, se evitará la necesidad de instar planteos de nulidad ante la falta de participación oportuna en cada una de las etapas procesales, como también la citación a las audiencias reguladas específicamente (por ejemplo: art. 40 Ley 266061, art. 609 inc. *b* del CCyCN) de las partes convocadas y la oportuna evaluación sobre los integrantes o referentes afectivos de estos grupos familiares.

Igualmente, resultaría conveniente convocar a operadores del órgano administrativo en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires, en cabeza de las defensorías zonales del CDNNyA, del Poder Judicial –en la totalidad de sus instancias– tanto de la justicia penal como la civil, como así también a las Autoridades del Servicio Penitenciario Federal. Por otro lado, podría participarse a organismos que faciliten recursos desde la administración pública nacional y

³⁷ Así varias regulaciones procesales locales cuentan con normas específicas en torno a los procesos denominados de control de legalidad y/o declaración judicial de la situación de adoptabilidad. A modo de ejemplo, encontramos este tipo de disposiciones en el Código Procesal de Familia de Entre Ríos (arts. 95 a 106). También, la provincia de Misiones regula los procesos de adopción en la Ley XII – N.º 20 (antes Ley 4523) y Ley II – N.º 13 (antes Ley 3495), aludiendo específicamente al proceso de la “declaración de estado de adoptabilidad”. También la provincia de Río Negro, Chaco, Mendoza y el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, civil y comercial (versión actualizada al 15 de diciembre de 2021).

³⁸ La intervención en estos casos la confieren el art. 43 de la Ley 27.149 y el art.103 del CCyCN.

³⁹ Conforme lo dispuesto en el art. 44 de la ley orgánica como así también en los arts. 104 a 137 del CCyCN.

⁴⁰ Cfme. Resolución DGN 1040/2022.

local que permitan un abordaje integral de la situación que atraviesan estos NNyA y sus familias.

Las principales cuestiones que deberán ser abordadas podrían ceñirse, entre otras cuestiones, a:

- Identificar entre todos los intervinientes los casos en los cuales se superpongan procesos de control de legalidad que involucren progenitores/as privados/as de libertad;
- Instituir mecanismos para que los operadores administrativos y/o judiciales puedan requerir de manera ágil información relativa a determinar los centros de detención⁴¹ en los cuales se encuentran alojados/as los progenitores de esos NNyA;
- Establecer que los/as progenitores/as privadas de libertad deberán contar con asistencia letrada desde la primera oportunidad que se los convoque en el proceso. En caso de contar con recursos económicos que les permitan la contratación de un abogado/a, podrían acceder a un listado de patrocinios que brinden asistencia técnica en materia de familia a personas privadas de libertad, el que se confeccionará a dichos fines y se les hará conocer junto con la primera notificación que se curse, si ello no fuera requerido previamente;
- Consultar a los/as progenitores/as privados/as de libertad si en forma previa a la adopción de la medida excepcional no fue posible realizar una investigación y/o entrevistas a los miembros de la red familiar ampliada como tampoco a los y las referentes afectivos/as que hubiere (cfme. art. 7 decreto 415/2016), a fin de analizar las alternativas que reviertan la institucionalización de los NNyA y trabajar de inmediato con esos referentes;
- Establecer que las audiencias a llevarse a cabo con progenitores/as privados de libertad se realicen bajo la modalidad virtual y que, si fuera necesaria la comparecencia personal para la celebración de algún acto y/o evaluación específica, las autoridades del Servicio Penitenciario garantizarán estos traslados en tiempo y forma –quizás a través de móviles especiales destinados a esos fines– bajo apercibimiento de imponer sanciones pecuniarias en caso de incomparecencia;
- Disponer que tanto los funcionarios/as y magistrados/as de la justicia penal y de familia actúen coordinadamente de modo de agilizar el dictado de las medidas que

⁴¹ En el ámbito del Servicio Penitenciario Federal existe un Área de Registro de Alojados: 011 4964-8334 y correo judicialdrga@spf.gob.ar. En la Provincia de Buenos Aires el teléfono es 0221- 4293800.

garanticen y favorezcan el contacto y la reunificación familiar (por ejemplo: si el juez civil dispone un sistema de vinculación materno o paterno filial en los hogares convivenciales o espacios vinculares, deberá el juez penal autorizar los respectivos traslados de inmediato). También será preciso que, en estos casos, se adopten medidas alternativas y menos lesivas al encarcelamiento para que los progenitores/as cumplan la respectiva condena sin vulnerar los derechos de estos NNyA;

- Continuar y/o reforzar capacitaciones y/o mesas de trabajo y/o de diálogo intersectorial donde se instruya sobre modos de abordaje e intervención de operadores/as con una mirada que adecue y contemple la atención de las diversas vulnerabilidades que atraviesan tanto los NNyA como su grupo familiar de origen. El objetivo es trabajar de modo tal que se le puedan proporcionar herramientas para revertir las dificultades de los/las progenitores y derribar los prejuicios;
- Confeccionar una guía de recursos que contenga organismos, dispositivos, profesionales que puedan brindar asistencia, tratamiento y/o apoyos tanto para adultos como NNyA involucrados.

En virtud de lo expuesto, se propone que los actores intervinientes –de todos los sectores involucrados– adopten las medidas de forma tal que reconozcan las particularidades que se les presentan a las personas privadas de libertad con sus hijos/as institucionalizados/as, en concordancia con la normativa constitucional y de derechos humanos. Lo fundamental es reponer el derecho de los NNyA a vivir y desarrollarse en su familia de origen, lo que merece especial protección por parte de los organismos estatales y garantizarse sin ningún tipo de discriminación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAND, Valeria, 2020, *Preservar vínculos fraternos en materia de adopción: ¿Opción o deber ineludible?* en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Marisa Herrera, Marisa y Durán de Kaplan, *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias*, Santa Fé: Rubinzal Culzoni.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, 2011, *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*; Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Defensoría General de la Nación, 2015, *Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

GELLI, María, 2009, *Constitución de la Nación Argentina comentada y anotada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial La ley.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, 2007, *Ley de protección integral de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires: Editorial Ediar.

GROSMAN, Cecilia, directora; Carolina VIDETTA, coordinadora, 2020, *Responsabilidad parental derecho y realidad*, Santa Fé: Rubinzal Culzoni.

HERRERA, Marisa, 2008. *El derecho a la identidad en la adopción*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Universidad.

HERRERA, Marisa; CAMELO, GUSTAVO y PICASSO, Sebastián, 2002, *Código civil y Comercial comentado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

IBARRA CASALS, Darío y PÍRIZ BONILLA, Patricia (Comps), 2022, *Niñeces, Sexualidades y Masculinidades. Miradas Interseccionales*, Montevideo: MenEngage.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora, 2014, *Tratado de derecho de familia*, Santa Fé: Editorial Rubinzal Culzoni.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y DURÁN de KAPLAN, Valeria, 2020, *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias*, Santa Fé: Rubinzal Culzoni.

KOWALENKO, Andrea, 2020, *El peso del vínculo entre hermanos*, en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Marisa Herrera, Marisa y Durán de Kaplan, *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias*, Santa Fé: Rubinzal Culzoni.

LORENZETTI, Ricardo Luis, 2015, *Código Civil y Comercial de la nación comentado*, Santa Fé: Editorial Rubinzal Culzoni.

OTERO, María Federica; VIDETTA, Carolina, 2021, *Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones Y propuestas concretas de abordajes*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Noveduc.