

Control jurisdiccional de las medidas excepcionales adoptadas por la autoridad administrativa en el marco de la ley de promoción y protección de los derechos de la niñez

DR. MARCELO JOSÉ MOLINA | Juez de 1^{er}a Instancia del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario (SF).

Este artículo ha sido elaborado a partir de distintos fallos sobre control de legalidad de medidas excepcionales suscriptos por el autor como juez de familia.

myf

136





1. Introducción

Un niño tiene derecho a crecer y ser criado por quienes son sus padres, ya sea una mamá o un papá solos, un papá y una mamá, dos madres o dos padres y si no los hay sus hermanos, sus abuelos, sus tíos, su familia biológica¹.

Si todas las madres y todos los padres estuviesen en condiciones subjetivas de criar a sus hijos, o en su caso sus familiares directos, instituciones jurídicas como la adopción no tendrían cabida. Sin embargo ello no es así, no todos los padres y las madres o los restantes familiares de los niños están en esas condiciones. Es allí donde se actualiza ese derecho del niño

a ser contenido por una familia desde una perspectiva filial y es ese el lugar desde donde nuestro ordenamiento normativo se coloca.

Los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de derecho en una palpable situación de potencial vulnerabilidad por su edad. La vulnerabilidad se muestra en distintos grados. Así, no es la misma situación la de un niño cuyo padre lo reprende injustamente a la de aquel niño que es sometido a graves actos de violencia física o psicológica. Tampoco son abordables de la misma forma aquellos casos donde quien afecta gravemente los derechos fundamentales de los niños es uno de los que ejerce la patria potes-



tad o si son ambos. En algunas situaciones las conductas reprochables de los padres hacia los hijos encuentran una respuesta en la propia comunidad, en la misma familia, en la escuela, en el centro de salud.

La gravedad de la vulneración conllevará distintas respuestas por parte del Estado. Cuando nos encontramos ante niños cuyos derechos fundamentales son gravemente vulnerados por ambos progenitores o por quienes se están de hecho a su cuidado o ninguno de ellos está en condiciones actuales de garantizar no vulnerarlos, la separación del lugar donde conviven se impone. La ley vigente encomienda a la autoridad administrativa la adopción de una medida que efectivice esa separación. A este tipo de disposiciones se las denomina medias excepcionales.

2. Las medidas excepcionales en el ordenamiento santafesino

La 26.061 introdujo el «sistema de protección integral de las niñas, niños y

adolescentes» y colocó en cabeza del poder ejecutivo nacional o provincial la competencia para la aplicación de las medidas que la misma ley prevé para el caso de vulneración actual o potencial de los derechos de las niñas, niños o adolescentes². Su par santafesino (ley 12.967) pauta que la autoridad administrativa en la Provincia es la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia (art. 32)³. Amén de ello, la ley establece que la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia⁴ es un organismo descentralizado de la Subsecretaría con sede en las ciudades de Santa Fe y Rosario, y ejerce funciones de coordinación directa de las delegaciones regionales de la zona y asistencia técnica jurídica (artículo 35).

El título IV, denominado «Medidas de Protección Integral y Excepcionales. Procedimientos», prevé que la autoridad administrativa competente puede adoptar medidas de protección integral o excepcional ante la amenaza o violación de los derechos o garantías

de una o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados. Las primeras son aquellas que destinadas a preservar o restituir a los niños el goce y ejercicio de los derechos amenazados o vulnerados o la reparación de sus consecuencias (artículo 50), sin que puedan consistir, en ningún caso, en la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, a excepción de aquellas situaciones en que la permanencia en su medio familiar implique una amenaza o vulneración de sus derechos; debiendo en esta circunstancia adoptarse medidas de protección excepcional, ni tampoco en la privación de la libertad.

Por su parte, las medidas excepcionales son aquellas medidas subsidiarias y temporales que importan la privación de la niña, niño o adolescente del medio familiar o de su centro de vida en el que se encuentra cuando el interés superior de éstos así lo requiera (artículo 51). Conforme dicha norma, «Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del

pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias y sólo proceden cuando la aplicación de las medidas de protección integral resulten insuficientes o inadecuadas para su situación particular... son limitadas en el tiempo, no pudiendo exceder de noventa días, plazo que debe quedar claramente consignado al adoptarse la medida y sólo se pueden prolongar con el debido control de legalidad, mientras persistan las causas que les dieron origen».

El mencionado artículo 51 en su parte final expresa que tanto la Subsecretaría como la Dirección Provincial y sus Delegaciones Regionales son los organismos facultados para adoptar medidas de protección excepcionales con la debida fundamentación legal y posterior control de legalidad por la autoridad judicial competente en materia de familia. El artículo 60, en consonancia con el artículo 51, establece que la autoridad administrativa del ámbito regional y la autoridad de aplicación provincial son los únicos funcionarios con competencia para diri-

gir el procedimiento y para declarar y disponer por resolución administrativa debidamente fundada alguna medida de protección excepcional, siendo las mismas de aplicación restrictiva.

La resolución administrativa que ordena una medida excepcional debe ser también notificada a los representantes legales, familiares o responsables de los niños abarcados en las mismas (artículo 61) quienes pueden presentar un recurso de revocatoria de carácter administrativo ante la autoridad administrativa que otorgó el acto cuestionado (art. 62), siendo de aplicación el Decreto Provincial N° 10204/58.

Conforme al artículo 63 «las actuaciones administrativas deben ser puestas a disposición del Juez o Tribunal Colegiado con competencia en materia de Familia a los fines de la realización del control de legalidad en el día siguiente hábil de adoptada la medida excepcional o de agotado el procedimiento recursivo si se hubiese planteado».

2.1. La medida excepcional de urgencia (art. 58 bis)

La ley 13.237 introdujo el artículo 58 bis que prevé las llamadas medidas de protección excepcional de urgencia. El texto indica que «los trámites administrativos que demande la adopción de la medida de protección excepcional no obstan la aplicación urgente e inmediata de la medida, cuando el Servicio evalúe que la no aplicación urgente e inmediata de la medida implique un grave riesgo para la vida e integridad psicofísica de la niña, niño o adolescente. Se deberá solicitar fundamentadamente la medida por cualquier medio». El segundo párrafo agrega que la autoridad administrativa emite la orden respectiva consignando los motivos que justifican la urgencia y en caso de ser necesario requiere a la autoridad judicial el empleo de la fuerza pública. Luego indica que se debe formalizar el pedido en forma escrita y fundada cumplimentando todos los requisitos para confeccionar el expediente o legajo administrativo y reunir todos los medios de prueba e informes necesa-

rios que fundamenten el pedido, en el plazo de cinco días hábiles desde que se ordenó la medida.

Es decir, es una medida excepcional cuya única característica diferencial es que se adopta de modo urgente en función de las particulares circunstancias del caso, sin requerir algunos de los requisitos formales ordinarios. Se trata tan sólo de una modalidad de flexibilización de los antecedentes que conforman el legajo administrativo y que le dan respaldo a las decisiones administrativas cuando la urgencia del caso no permite actuar de otro modo. Mas son medidas excepcionales sujetas a los requisitos propios de las mismas y sometidas al control de legalidad judicial. Su determinación y su aplicación solo se dan en los supuestos de hecho que dan basamento a las medidas excepcionales, tal como surge del artículo 51 de la ley 12.967.

3. Control de legalidad de las medidas excepcionales

El juez debe efectuar el control de legalidad de las medidas excepcionales y de sus prórrogas, ratificándolas o rechazándolas por auto fundado en el que se deben ponderar, tanto el cumplimiento de los requisitos formales de las mismas, como su razonabilidad⁵.

Esa tarea se enmarca en las facultades que la ley asigna al Poder Judicial vinculadas con el control de los actos de la administración pública. Dicho control es asignado en algunos casos a la Corte Suprema de Justicia o a las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo por la vía contencioso administrativa, en otros a los Jueces de Primera Instancia en lo Civil y Comercial por medio del recurso de amparo, y en este a los jueces de familia respecto de los actos administrativos dispuestos en el marco de la ley 12.967, su modificatoria y decreto reglamentario. Precisamente el Decreto 619/10 establece con claridad que la resolución por la que se adopta una medida excepcional es un acto administrativo emanado de la autoridad competente, el que debe cumplir los

requisitos formales de un acto administrativo (reglamentación artículo 60).

De conformidad con lo ut supra señalado, el control de legalidad de las medidas excepcionales tiene un doble aspecto, por una lado entendido como legalidad formal, y por otro como control de razonabilidad.

3.1. Control de legalidad formal

El control de legalidad formal refiere a la observancia por la administración pública de los requisitos y formas establecidos por la ley 12.967 y su reglamentación. El respeto por tales formas debe ser abordado por el juez no como un mero punteo de recaudos rituales sino desde la perspectiva de la realización del debido proceso, de la concreción de las garantías constitucionales y convencionales y del derecho de defensa.

Una primera pregunta que debe ser satisfactoriamente respondida es si se adoptó o no una medida excepcional y si lo hizo la autoridad administrativa

con facultades para hacerlo para luego consultar si se trata de una modalidad de aplicación receptada por la ley (artículo 52). Se debe observar también si han intervenido equipos interdisciplinarios y si ellos la han solicitado (reglamentación, artículo 51, artículo 58), si las actuaciones administrativas fueran puestas a disposición del juez de familia en el plazo legal, si se han acompañado copias certificadas de las actuaciones y de los decisorios administrativos (art. 58, reglamentación artículo 63), si se detalla el plan de acción previsto (fs. 4vta y 5) y se adjunta informe legal (reglamentación, art. 59).

Ahora bien, desde una perspectiva más cercana al debido proceso el juez determinará si los niños han sido escuchados y si se ha dado participación en el procedimiento administrativo a los progenitores, familiares, representantes, responsables o allegados involucrados con el niño (art. 59 y art. 56 tercer párrafo), si se ha informado la fecha en que quedó firme administrativamente la resolución (art. 51 cuarto párrafo) y si las notificaciones cur-

sadas han sido diligenciadas conforme las normas vigentes (art. 61 y su reglamentación) con copia certificada de la resolución y transcripción de los artículos 60, 61 y 62 de la Ley y del decreto reglamentario, por medio de un oficial notificador.

Claro está que la falta de cumplimiento de algunos de estos extremos establecidos por la ley no importa por sí mismo el rechazo de la medida, sino que ello debe ser ponderado en función del peso específico de la anomalía detectada, su impacto en una eventual vulneración de garantías constitucionales y, por sobre todo, a la luz del control de razonabilidad que se analizará luego. Debe hacerse notar que el rechazo de la medida importa el reintegro del niño a la familia o centro de vida de donde fuera retirado (artículo 66).

3.2. Control de razonabilidad

El control de razonabilidad de las medidas excepcionales forma parte constitutiva del control de legalidad y comprende el análisis de la no vulneración

por la autoridad de aplicación de los derechos establecidos en la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico, con especial referencia a los derechos y garantías constitucionales, y el cumplimiento de los aspectos de fondo previstos en la Ley 12.967⁶.

¿Qué debe entenderse por «control de razonabilidad» y cuál es su alcance? Tomás Hutchinson señala que la actividad estatal ha sido dividida en dos especies: la actividad reglada y la actividad discrecional, previniendo que esta clasificación nace suponiendo que fuera posible distinguir nítidamente, sin una vasta gradación intermedia, entre potestades íntegramente regladas e íntegramente discrecionales. Sin perjuicio de que, como veremos, la postulación de una diferenciación tajante entre ambos ha sido superada⁷, siguiendo al autor citado puede decirse que la actividad reglada, donde la ley brinda una solución precisa para el antecedente de hecho que contiene obligando al intérprete a aplicarla tal como fuera prevista, y la discrecional, que «existe cuando la ley permite al intér-

prete, ante una determinada situación fáctica realizar una elección entre varias alternativas igualmente legítimas o adaptadas a la juridicidad»⁸.

Hutchinson remarca que decir que el control judicial sobre la actividad pública se debe ejercer exclusivamente desde la *legalidad objetiva* importa desentenderse del verdadero contenido de la *juridicidad*, que se integra con elementos que trascienden, no sólo a la ley, sino al positivismo jurídico (página 286), agregando luego que «por eso en lugar de *control de legalidad* es más conveniente hablar de *control de juridicidad*, pues de lo contrario, para aquellos no acostumbrados a la disciplina administrativa, la terminología «legalidad» podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la actuación de la Administración debe subordinarse al orden jurídico y que, por lo tanto, está sujeta a un control mucho más amplio, ya que junto con las normas pasan a constituir el marco de juridicidad los principios generales del Derecho, que se han manifestado con fuerza en las últimas décadas del siglo

pasado, no sólo en el ámbito local sino también en el internacional».

Nuestra Corte nacional, en el caso más arriba citado, especifica que «frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad –

imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino–, ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto (Rivero, Jean 'Droit administratif', p. 98, Ed. 12° ed., Ed. Dalloz, Paris 1987)».

El control de razonabilidad, en esta materia que nos ocupa, debe ser efectuado desde la perspectiva de los derechos y garantías tutelados por la Constitución Nacional y por la Convención Internacional de los Derechos del Niño –siendo siempre oportuno remarcar su jerarquía constitucional– amén de los principios y normas propias del derecho administrativo. Es en dicho juego de normas constitucionales, tanto las que hacen a la división de poderes como a las que protegen el interés superior del niño como sujeto de derecho, en que debe conceptualizarse el control de razonabilidad.

Podemos tomar aquí algunos conceptos desarrollados desde el derecho constitucional en cuanto al control de razonabilidad o proporcionalidad de

las normas. Juan Cianciardo sostiene que «hay acuerdo en definir a la proporcionalidad en sentido amplio como una prescripción en virtud de la cual toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: a) idónea, b) indispensable, y finalmente, c) proporcionada. Cada uno de los tres principios que integran la máxima (utilidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) requiere un juicio o análisis distinto en su aplicación: el medio ha de ser adecuado en relación con el fin; necesario –el más moderado– respecto de todos los medios igualmente eficaces y proporcionado, en la ecuación costo-beneficios y en el respeto del contenido de los derechos involucrados»⁹. En nuestro derecho, son los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional los que sustentan el principio del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad.

Cianciardo expresa que, siguiendo la nomenclatura corriente en el derecho europeo continental, componen la máxima de razonabilidad tres subprincipios o juicios: el juicio de adecuación,

el de necesidad y el de proporcionalidad *strictu sensu*. Conforme al juicio de adecuación se requiere que toda medida tenga un fin y que sea adecuada para el logro de dicho fin. Por el juicio de necesidad se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces, debiéndose adoptar la alternativa menos gravosa o restrictiva de derechos. Finalmente, el juicio de proporcionalidad *strictu sensu* consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, entendiéndose por «relación razonable» un juicio de balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida»¹⁰.

La Sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo resolvió en dos fallos que «toda la actividad de la Administración Pública es controlable o revisable por el Poder Judicial, pero, cuando se trata del ejercicio de actividades discrecionales, varía el alcance o extensión de tal control»¹¹.

¿Puede entenderse esto como una vulneración del paradigma de la protección integral conforme lo reflejara la ley 26.061 o como un renacimiento de las normas del Patronato? Siguiendo los fundamentos antes expuestos, la respuesta es negativa. Por el contrario, si el Poder Judicial no pudiese controlar las decisiones discrecionales de la Administración Pública correríamos el riesgo de caer en una suerte de «Patronato de la Administración Pública» y allí sí se vulnerarían los principios emergentes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y receptados por la ley 26.061.

3.2.1. Alcance del control de razonabilidad

El control de razonabilidad no importa habilitar al juez a sustituir y asumir las facultades propias de la Administración Pública. En ese orden, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que los tribunales no están habilitados para sustituir la decisión administrativa con base en la distinta opinión que el tribunal pudiera sustentar¹².

El juez que ejerce el control de legalidad no está facultado para reiterar en sede judicial las actividades que la ley le asigna al Poder Ejecutivo, o para suplir su omisión. Sí, en cambio, puede solicitar a la autoridad de aplicación la realización de ciertas medidas o diligencias que considere faltantes o necesarias¹³.

Ello no importa que ante una eventual inacción absoluta de la autoridad de aplicación o ante situaciones de urgencia o emergencia que se le presenten, no pueda adoptar medidas provisorias y transitorias en pos de asegurar el superior interés del niño.

4. Plazo máximo de vigencia conforme al Código Civil y Comercial

El inciso c) del artículo 607 del Código Civil y Comercial establece que la declaración judicial de situación de adoptabilidad se dicta, entre otros supuestos, 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». La norma prevé que «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» y debe comunicar al juez el dictamen en el plazo de veinticuatro horas.

El inciso refiere a las medidas excepcionales que aquí analizamos. Fija un plazo de 180 días para que se produzcan resultados positivos en el intento de la autoridad administrativa para que el niño, niña o adolescente pueda permanecer con su familia de origen o ampliada. Ese plazo es calificado como «plazo máximo». Si no se obtiene un resultado positivo, la autoridad de aplicación debe expedirse sobre la situación de adoptabilidad, no siendo ésta, desde ya, la única posibilidad jurídica (podría, v.gr., proponerse la privación de patria potestad y asignación de un tutor).

El plazo que la ley de fondo otorga en el inciso mencionado está dirigido al cumplimiento del principal objetivo de las medidas excepcionales: que el niño o niña pueda ser reintegrado a su centro de vida. Desde tal perspectiva, no cabe duda alguna que es un plazo máximo de vigencia de la medida excepcional en sí misma aún cuando esté incluido en el Título VI «Adopción» del Libro II «Relaciones de Familia».

En nuestra normativa provincial, el artículo 51 de la ley 12.967 establece que las medidas de protección excepcional son limitadas en el tiempo y no pueden exceder de noventa días mas se pueden prorrogar mientras persistan las causas que les dieron origen hasta un máximo de un año y seis meses, vencido el mismo la autoridad administrativa debe resolverla definitivamente.

Es decir, el plazo de la medida es de noventa días prorrogable por otros plazos iguales hasta totalizar un máximo. Como vimos, ese plazo máximo ha sido limitado por el nuevo Código Civil y Comercial. Así, en el orden provincial

la posibilidad de prórroga se acota a sólo un nuevo plazo de noventa días¹⁴.

4.1. Medidas excepcionales iniciadas con anterioridad al 1° de agosto de 2015.

El artículo 7° del Código Civil y Comercial regula los efectos temporales de la ley y textualmente dice en su primer párrafo: «A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes».

Las resoluciones de prórroga de medidas excepcionales que deban darse luego del 1° de agosto de 2015 deben ser ponderadas con la nueva legislación. Consecuentemente, si la medida excepcional hubiere superado el plazo máximo de seis meses deberá acotarse al vencimiento de la prórroga respectiva.

A modo de ejemplo, si la medida excepcional se inició en julio de 2014 sus eventuales prórrogas, conforme a la ley 12.967, la llevarían más allá del 1° de agosto de 2015. Cuando el juez de-

ba evaluar una eventual prórroga en el mes de octubre ya se hallaría vencido el plazo de ciento ochenta días fijado por el Código Civil y Comercial con lo que la medida sólo tiene vigencia hasta esa fecha.

5. Finalización de la medida excepcional

El tercer párrafo del artículo 51 de la ley 12.967, como vimos, establece que vencido el plazo máximo de vigencia de la medida excepcional, la autoridad que la ordenara debe resolverla definitivamente y el primer párrafo del artículo 66 bis dispone que «La resolución definitiva de la medida excepcional deberá ser comunicada al Juez interviniente para efectuar el control de legalidad previsto en el artículo 65 dentro del término de tres días contados desde que quede firme. La resolución administrativa deberá consignar específicamente las medidas definitivas que la autoridad de aplicación propone sean adoptadas por el órgano jurisdiccional».

Pueden diferenciarse dos situaciones en cuanto a la resolución definitiva de una medida excepcional:

a) el cese de la medida excepcional: efectivamente la revinculación se logró con quienes al inicio de la medida excepcional ostentaban la titularidad de la responsabilidad parental, eran tutores o responsables.

b) la resolución definitiva en sí misma: cuando no ha sido posible tal revinculación y en consecuencia se propone al Poder Judicial resolver cuál será la situación en que quedará el niño o niña.

En ambos casos el juez realiza el control de legalidad de la medida dispuesta del mismo modo que lo hace con la originaria o con sus prórrogas.

5.1. Cese de la medida excepcional

En el primer supuesto, el juez debe disponer las medidas necesarias para determinar si efectivamente el niño ha regresado a su centro de vida originario y se han superado las situacio-

nes que dieran lugar a la adopción de la medida excepcional. Para ello, v.gr, concretará informes ambientales en su domicilio, solicitará informes a la escuela a la que concurre y en su caso escuchará al niño.

5.2. Resolución definitiva de la medida excepcional. Juicio de oposición.

En el segundo supuesto, si el juez considera que están cumplidos todos los requisitos formales y sustanciales y prima facie puede tenerse por agotados los intentos de revinculación realizados por la autoridad administrativa, aprobará el control de legalidad del decisorio administrativo y de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 66 bis de la ley 12.967 citará a los padres o responsables del niño a comparecer a estar a derecho, expedirse sobre las medidas definitivas propuestas por la autoridad de aplicación y ofrecer prueba en el término de diez días, bajo apercibimiento de resolver sin más en caso de falta de contestación.

El juez debe determinar cuál es la propuesta formulada por la autoridad de aplicación. Los términos literales de la propuesta no obligan al juez en tanto y en cuanto debe sopesar si la misma se ajusta al ordenamiento normativo en su conjunto y en su caso reformularla especialmente cuando no se ajuste a las normas vigentes o no se comparezca con el mandato constitucional de garantizar el superior interés del niño. Corresponde también al juez adoptar todas las medidas que considere pertinentes en orden a proteger el superior interés de los niños comprendidos.

Si los padres o responsables no ejercen su derecho a ser escuchados, el juez debe resolver sin más (art. 66 bis). En caso de oposición a las medidas propuestas por la autoridad administrativa, el Juez nombra un tutor especial para el o los niños y, previa aceptación del cargo, le corre traslado tanto de la medida propuesta como de la oposición formulada (art. 66 ter). El tutor especial debe evacuar el traslado y ofrecer prueba en el término de diez días. Si no hubiere oferta probatoria el

juez debe dictar sentencia en el plazo de cinco días, caso contrario provee la prueba ofrecida y designa audiencia de vista de causa en un plazo no mayor de treinta días, conforme lo establecido en el artículo 413 del Código Procesal Civil y Comercial.

Evacuado el traslado o producida la audiencia de vista de causa el Juez dicta sentencia en el plazo de cinco días, debiendo previamente haber tomado contacto personal con los niños y oírlos conforme a su edad.

El artículo 66 ter también dispone que durante la tramitación del juicio de oposición se considerarán prorrogadas las medidas excepcionales adoptadas por la autoridad administrativa quien deberá continuar interviniendo hasta tanto se dicte sentencia definitiva o el juez atribuya cautelarmente la guarda de los niños.

La decisión del juez es recurrible de conformidad a lo establecido en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia y en la Ley Orgáni-

ca del Poder Judicial (ley 10.160). Así, en el caso de los jueces unipersonales será susceptible de apelación (ar. 346 y ss) mientras que en los Tribunales Colegiados de Familia será recurrible ante el Pleno (art. 66 ley 10.160).

5.3. La declaración en situación de adoptabilidad

El artículo 20 de la CIDN regula la situación de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar. El apartado 2º contiene el compromiso de los Estados Parte de garantizar de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños, previendo entre los mismos la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores (apartado 3º).

El último párrafo del artículo 11 de la ley 26.061, si bien vinculado a situaciones donde los padres se hallen institucionalizados y en los que el contacto directo y permanente con ellos no

fuere posible, consagra el derecho de los niños a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva. En la ley 12.967, el artículo 12 titulado «derecho a la convivencia familiar y comunitaria», se reconoce el derecho del niño a vivir, ser criado y desarrollarse en un grupo familiar alternativo –comprendiendo entre ellos a la familia en todas sus modalidades, la adopción, las familias de la comunidad donde la niña, niño y adolescente reside habitualmente u otras familias– cuando no sea posible vivir, ser criado y desarrollarse dentro de su grupo familiar de origen y con sus vínculos afectivos y comunitarios.

Es decir, ante la imposibilidad de re-vinculación del niño con su familia de origen, la normativa vigente obliga al juez a determinar la situación jurídica del niño recurriendo a las posibilidades que se indican, entre las que se contempla la adopción. A tal fin el juez debe efectuar una ponderación de los hechos para determinar si es esa la mejor alternativa desde el prisma del superior interés del niño y si así lo

considerare declararlo¹⁵.

El Código Civil y Comercial introduce a la «declaración judicial de situación de adoptabilidad» como la primera de las tres etapas en que se propone configurar el proceso de adopción (seguidas luego de la guarda preadoptiva y del juicio de adopción). Como vimos, cuando las medidas excepcionales no dan un resultado positivo en el plazo de ciento ochenta días, el artículo 607 habilita tal declaración¹⁶.

Un gran número de medidas excepcionales finalizan con una propuesta de declaración en situación de adoptabilidad. El artículo 66 quáter de la ley 12.967 en ese caso se proceder conforme lo previsto en la ley 13093 (RUAGA) a los fines del otorgamiento de guarda preadoptiva.

La premisa dada por el apartado 1º del artículo 3º de la CIDN, en cuanto a que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, debe ser aplicada «...

estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten...»¹⁷. Sin embargo, si la propuesta es de «declaración en situación de adoptabilidad» y posterior otorgamiento en guarda preadoptiva, el superior interés debe ser aplicado como «la consideración primordial» de acuerdo al primer párrafo del artículo 21 de la CIDN¹⁸ y no como «una consideración primordial» como ordena el artículo 3° apartado 1°, tal como ha sido subrayado por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 7 (2005) «Realización de los derechos del niño en la primera infancia» párr. 36 b¹⁹, y resaltado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.²⁰

6. Epílogo

Las obligaciones asumidas por nuestro país al adherir a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la posterior promulgación de la ley 26.061 en el orden nacional y ley 12.967 en el

provincial, importan un claro compromiso del Estado con la niñez, en sus tres poderes y en sus tres niveles, especialmente con aquellos niños que sufren vulneración en sus derechos.

El mayor beneficiario de tales obligaciones es el sistema de protección integral de niñas niños y adolescentes y en lo que a la materia que tratamos respecta lo es la Administración Pública a través, en el caso de nuestra Provincia, de la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, las respectivas Direcciones Provinciales de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia (1a y 2a Circunscripción) como autoridad de aplicación de la ley 12.967 y las respectivas delegaciones regionales.

La complejidad signa a la enorme tarea encomendada a dicha autoridad e incluye la exigencia de celeridad, más aún cuando se da una marcada indeterminación de la situación jurídica del niño amparado por una medida excepcional, sumado a que, desde una puntuación dada desde el niño como tal, el paso de

los días consolida lazos, vínculos, historias, estructuras y, del mismo modo que permite abrir ciertas oportunidades clausura a otras definitivamente²¹.

Las exigencias normativas que pesan sobre la autoridad de aplicación van más allá del denodado esfuerzo personal tanto sea de los funcionarios a cargo como de los empleados y trabajadores que día a día desarrollan los planes de acción trazados. Desde la perspectiva de los derechos, tales exigencias imponen no sólo un eficiente uso de los recursos sino también la eficacia de los planes de acción referidos; todo ello en un marco de respeto por los derechos de todos los involucrados: los niños, claro está, pero también los adultos tanto sean padres, parientes, guardadores, familias sustitutas.

La actividad encomendada al Poder Judicial, tanto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño como por las normas infraconstitucionales, se asienta en la base misma del sistema de protección de los derechos del niño. Sin ella o si no fuere ejercida

debidamente se potencia el riesgo de instaurar una suerte de patronato administrativo de menores. El control judicial es el principal garante de los derechos constitucionales y convencionales de los niños, niñas y adolescentes y de sus familias de origen ante la actividad de la administración pública.

La observancia del rol asignado a cada poder, sin restringir facultades pero también sin invadir la competencia del otro, hace a que el sistema funcione ajustado a derecho. En ese orden, desmontar los criterios emergentes del viejo sistema de patronato es una tarea ardua y cotidiana.

Una verdad sobreentendida es afirmar que las disposiciones contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) son de prioritaria aplicación para la resolución de este tipo de casos. Sin embargo, y tal como lo hace el artículo 2° de la ley 26.061, no es impropio recordar que la Convención es de aplicación obligatoria respecto de todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de

cualquier naturaleza que se adopte respecto de los niños, como así también que las disposiciones de la ley 26.061 y por ende de la ley local de adhesión, son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles. Esta reiteración, que en el caso del artículo mencionado puede ser entendida como superflua e innecesaria en función de la jerarquía constitucional de la Convención, se vincula con las dificultades que aún hoy en día pueden observarse en el estricto respeto del cambio paradigmático que en materia de niñez ha conllevado la adhesión de nuestro país a sus términos en 1990 y su posterior constitucionalización en 1994. ■

CITAS

¹Esta afirmación surge con claridad de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de los antecedentes jurisprudenciales y de la normativa nacional vigente: artículo 7° primer apartado de la CIDN, Corte IDH Opinión Consultiva 17/2002, artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Suprema de Justicia de la Nación Fallos 328:2870 S., C s/ adopción, 02/08/2005, art. 594 Cód. Civ. y Com., art. 11 de la ley 26.061 y art. 11 de la ley provincial 12.967.

²Las normas principales que rigen esta materia son la Constitución Nacional y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica –y en general los tratados internacionales de derechos humanos- la ley nacional 26.061 de «Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes», el Código Civil y Comercial de la Nación, la ley nacional 25.854 de «Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos» y en nuestra Provincia la ley 12.967, modificada por ley 13.237 y reglamentada por Decreto N° 619/10, de «Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes» y la ley 13.093 de «Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos» reglamentada por Decreto 401/11. Deben tenerse también en cuenta la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad» y la ley

nacional de salud mental N° 26.657.

³En adelante «la Subsecretaría».

⁴En adelante «la Dirección Provincial».

⁵Artículo 65 de la ley 12.967, modificado por ley 13.237. Con anterioridad, el punto 1.b. del Fallo Pleno de los Tribunales Colegiados de Familia de Rosario del 29 de marzo de 2011 –también llamado Pleno Bravo II- estableció que «En los pedidos de control de legalidad de medidas excepcionales formulados por la autoridad de aplicación de la ley 12.067, el juez ponderará la situación concreta tanto desde el punto de vista formal como desde la razonabilidad de la medida adoptada sobre la base del respeto de las garantías constitucionales y debido proceso, debiendo luego aprobarla o rechazarla conforme lo prevé la ley 12.967» (Resolución N° 776/11, Protocolo de Sentencias del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, autos «Bravo, H. contra Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia sobre Reintegro de Menores», Expediente N° 2159/09 y su acumulado «Dirección Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia sobre Medida Excepcional Ley 12.967, Bravo, A., Bravo, R. y Bravo, A», Expediente N° 2188/09).

⁶Así fue entendido en el acuerdo alcanzado ante la Presidencia de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario y la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia y la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 2a Circunscripción el 9 de diciembre de 2010 y que luego se viera

reflejado en el mencionado Pleno «Bravo II» luego receptado por la ley 13.237 al modificar el artículo 65 de la ley 12.967.

⁷La Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose a la distinción aludida en el párrafo anterior, ha sostenido que la misma ha perdido en importante medida su interés original «... ante el reconocimiento de la existencia de elementos reglados aun en aquellos supuestos considerados tradicionalmente como actos no vinculados. A ello ha contribuido significativamente la comprensión de que la esfera de discrecionalidad susceptibles de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable». Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/Amparo, 23/06/1992, Fallos: 315:1361.

⁸HUTCHINSON, TOMÁS, *Derecho Procesal Administrativo*, tomo I, página 289 y 290, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

⁹CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, página 25, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004.

¹⁰CIANCIARDO, op. cit., págs. 62 y ss.

¹¹«EDELMAAN, WILFREDO C. Ministerio de Defensa, 11/04/1997, La Ley 1997-F-713, Doctrina Judicial 1198-3-468 y «Marengo, Guillermo J. c. Ministerio de Acción Social y Salud Pública, 16/04/1998», La Ley Online AR/JUR/5180/1998, citado por Coviello, Pedro J., *El control judi-*

cial de la discrecionalidad administrativa, en *Control de la Administración Pública*, pág. 717, Ediciones RAP; Buenos Aires, 2009.

¹²El Panamericano, s. A. c. Gobierno Nacional, 27/05/1982, Fallos 304:721.

¹³El punto 1.d del Pleno «Bravo II» del 29 de marzo de 2011 estableció que «*Los progenitores, grupo familiar, familias sustitutas u otros terceros interesados deben, mientras esté en vigencia la medida excepcional, canalizar sus pretensiones exclusivamente ante la autoridad de aplicación, sin perjuicio de la facultad recursiva prevista en el artículo 66 de la ley 12967*».

¹⁴Conforme lo dispone el tercer párrafo del artículo 51 de la ley 12.967 la medida excepcional se inicia en la fecha en que quede firme administrativamente la resolución respectiva. El Juez, al momento de resolver, debe consignar dicha fecha, de sus eventuales prórrogas y el plazo máximo de vigencia, debiéndose tener presente que en aquellos casos donde no se observe un lapso prudencial entre la fecha en que quede firme el acto administrativo y la efectiva separación del niño de su grupo familiar el Juez debe determinar excepcionalmente la fecha de inicio. El inicio de la medida excepcional se vincula íntimamente con el comienzo del plan de acción pautado por la autoridad de aplicación. Ese plan de acción se desarrolla en una situación de excepción que tiene un máximo de vigencia y que de modo alguno puede quedar sujeto a notificaciones o recursos administrativos.

¹⁵La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto al superior interés del niño, indica

a los jueces que «Los Tribunales están obligados a atender primordialmente el citado interés sobre todo cuando es doctrina del Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción» (Fallos 331:2691 y causa V.24. XLVII «V., D.L. s/restitución de menores – ejecución de sentencia», pronunciamiento del 16 de agosto de 2011).

¹⁶Los otros dos supuesto son: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado, siendo válida tal manifestación sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento.

¹⁷Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 (2003) «Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)», <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/17/PDF/G0345517.pdf?OpenElement>, –citado por nuestra Corte nacional en fallo del 16/09/2009, «Recurso de hecho interpuesto por María Ernestina Storni, Defensora Pú-

blica de Menores e Incapaces interina ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, por la representación del menor M.G.G.», Fallos 331:2047.

¹⁸«*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*».

¹⁹<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>

²⁰«*Recurso de hecho interpuesto por María Ernestina Storni.....*» ya citado.

²¹Esta exigencia, ha sido remarcada por la Corte IDH: «... *la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto*» (Asunto L.M., Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 18, citado en «Fornerón e Hija vs Argentina», N° 52).