



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO



FACULTAD DE
DERECHO

FACULTAD DE DERECHO – UNCUYO

Maestría en Derecho de las Familias

TESIS DE MAESTRÍA ACADÉMICA

**“La tutela como figura de ampliación de
derechos para las niñas, niños y adolescentes sin
cuidados parentales”**

Maestranda: Nadia Anahí Tordi

Directora: Dra. Mariel Molina de Juan

Mendoza 2025

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPÍTULO I: Derecho humano a la vida familiar y al cuidado de las niñas, niños y adolescentes | 8 |
| 1.Derecho humano a la vida privada familiar de las niñas, niños y adolescentes | 8 |
| 2. Derecho humano al cuidado de las niñas, niños y adolescentes..... | 13 |
| 3. Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes..... | 18 |
| 4. Primeras afirmaciones | 23 |
| CAPITULO II: La tutela..... | 25 |
| 1.Definición y antecedentes..... | 25 |
| 2.Clases de tutela y su discernimiento judicial..... | 29 |
| 3.Análisis de las modalidades de tutela general | 32 |
| 3.1 Tutela designada por los progenitores..... | 32 |
| 3.2. Tutela dativa..... | 34 |
| 3. 3. Confluencias entre ambas clases de tutela: idoneidad y vínculo afectivo | 35 |
| 4. Caracteres de la tutela | 36 |
| 4.1. Unipersonal o Pluripersonal | 36 |
| 4.2. Intransferible..... | 38 |
| 4.3. Voluntaria..... | 39 |
| 4.4. Sujeta a contralor judicial..... | 39 |
| 4.5. En principio, gratuidad..... | 40 |
| 4.6. Con facultades de representación | 40 |
| 5. Prohibiciones para ser designado/a tutor/a | 41 |
| 6. Avances en la demostración de la hipótesis | 42 |
| CAPITULO III: Sistemática legal de la institución de la tutela en la Argentina ... | 44 |
| 1.Requisitos para ser designado tutor/a | 44 |
| 1.1. No garantizar la buena administración..... | 45 |
| 1.2. Razones de orden ético..... | 46 |

| | |
|--|-----------|
| 1.3. Causas personales..... | 46 |
| 1.4 Omisión de denuncia..... | 46 |
| 2.La socioafectividad como requisito innovador..... | 46 |
| 3.Presupuesto legal: “que no haya persona que ejerza la responsabilidad parental”..... | 49 |
| 4. Efectos del discernimiento de tutor/a previstos en CCyC..... | 54 |
| 5. Análisis sobre cuestiones procesales relativas al trámite de tutela. | 59 |
| 6. Nuevos avances hacia la reconstrucción de la figura | 67 |
| CAPITULO IV: La tutela como figura de cuidado | 69 |
| 1.Adopción..... | 69 |
| 2. La delegación del ejercicio de responsabilidad parental..... | 75 |
| 2.1. Finalidad y efectos..... | 75 |
| 2. 2 Requisitos | 78 |
| 2.2.1. Interés del hijo/a..... | 78 |
| 2.2.2. Razones suficientemente justificadas..... | 79 |
| 2.2.3. Sujetos..... | 80 |
| 2.2.4. Homologación | 82 |
| 2.2.5. Plazo..... | 82 |
| 3. El cuidado a un tercero otorgado judicialmente | 83 |
| 3.1. Finalidad y efectos..... | 84 |
| 3.2. Trámite | 86 |
| 3.3 Requisitos | 87 |
| 3.3.1 Supuestos de especial gravedad | 87 |
| 3.3.2 Vinculo de parentesco | 87 |
| 3.3.3 Plazo..... | 89 |
| 4. Análisis de la visión renovada de la tutela como figura de protección | 91 |
| 5. Un paso más en la construcción de las conclusiones | 95 |

| | |
|-----------------------------|------------|
| CONCLUSIONES..... | 98 |
| Abreviaturas..... | 102 |
| FUENTES..... | 102 |
| Bibliográficas | 102 |
| Jurisprudencia | 107 |

INTRODUCCIÓN

El disparador del presente trabajo de maestría es un dato que advierto de las prácticas forenses desde mi función de Asesora de niños, niñas y adolescentes en la provincia de Mendoza. Puedo sostener que algunos/as operadores/as del derecho continúan utilizando la institución de la tutela desde una mirada anclada en los viejos paradigmas que la regulaban en el código velezano. Dicha figura era una institución que no podía coexistir de ninguna forma con la otrora “patria potestad” e ingresaba en la escena jurídica para administrar el patrimonio del “menor”. Se encontraba prevista en el art. 377 del Código Civil que la definía como: “El derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”.

Si bien en la actualidad contamos con un Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) que se redactó desde el paradigma de los derechos humanos en relación a la persona y las relaciones familiares¹, donde se plasmaron nuevas instituciones de protección de derechos de las niñas, niños y adolescentes como son: i) la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643 del CCyC) y ii) el cuidado por un tercero por decisión judicial (art. 657 del CCyC); la tutela regulada en el art. 104 del CCyC no es utilizada por los/as operadores/as jurídicos como una alternativa posible para garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a vivir en familia y al cuidado.

Al contrario, sigue siendo manejada bajo una mirada legalista y tutelar. Por ello a lo largo de este trabajo propongo realizar un análisis minucioso de su regulación y hacer una relectura de las normas que la instituyen para su revalorización desde la obligada

¹ En los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se destacó la recepción de proceso de constitucionalización del derecho privado, que implica una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Se afirma que esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede sostenerse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado, que es un Código para una sociedad multicultural, en materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se podían ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender (ver <https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2018/12/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-Codigo-Civil-y-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf> (recuperado 13/08/2025).

perspectiva de derechos humanos. Con el objetivo de destacarla como una figura de protección de derechos para niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales.

Vale aclarar que cuando me refiero a niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales, con dicha expresión se abarca el universo de personas menores de edad que se encuentran intervenidas por el sistema de protección derechos- bajo medidas de protección excepcionales - y también aquellas que por circunstancias especiales son cuidadas por familiares o referentes afectivos, sin la intervención externa de organismos de protección de derechos.

A fin de avanzar en el propósito de este trabajo, la exposición obedece a la siguiente lógica: en el primer capítulo se estudiará el marco constitucional-convencional del derecho de las niñas, niños y adolescentes a la vida familiar y al cuidado, junto con los fundamentos de la doctrina de la protección integral de derechos.

En el segundo capítulo corresponderá ingresar en un estudio profundo de la figura, desde su definición y antecedentes, sus clases, modalidades, caracteres y prohibiciones para su discernimiento. Este análisis permitirá demostrar que quienes legislaron optaron por abandonar el antiguo sistema de la tutela legal, reemplazándolo por un modelo que prioriza la idoneidad de la persona por sobre el parentesco, lo que necesariamente conlleva a acentuar la función judicial de contralor en su discernimiento y coloca el interés superior de cada niña, niño y adolescente como eje del sistema.

En el tercer capítulo, se continua con el análisis sobre los requisitos para el discernimiento de la tutela, siendo necesario ingresar en profundidad a revisar las exigencias que establece la ley para ponderar la capacidad de la persona que ejerza dicha función. Así también se estudia la socioafectividad como requisito para el discernimiento del cargo.

A esa altura del razonamiento, se torna necesario revisar las casuales de privación y suspensión de la responsabilidad parental que habilitan el discernimiento de la tutela como institución que garantiza el derecho a la vida familiar y al cuidado de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales. Su importancia reside en propiciar una aplicación más expeditiva de la figura que permitirá reivindicar su utilización en las prácticas tribunalicias.

Obligatoriamente se deben analizar sus efectos y si es conveniente diferenciarlos conforme la causa que originó el discernimiento de la tutela, para luego revisar los trámites de procedimiento previstos en los diversos códigos procesales de familia del país.

Por último, en el cuarto capítulo se amplía la mirada a otras figuras de protección previstas por el CCyC como son la adopción, la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643 del CCyC) y el cuidado de las niñas, niños y adolescentes por un tercero por decisión judicial (art.657 del CCyC). Busco detenerme en un análisis transversal de la tutela como institución de ampliación de derechos y realizar propuestas concretas para su revalorización.

Por lo que este estudio sobre el marco normativo, doctrinario y jurisprudencial de la tutela y su relación con otras figuras de protección de derechos- guardas y adopción- permitirá demostrar que si los/as operadores/as del derecho revisan sus prácticas y releen las normas que la regulan con perspectiva de infancia, la tutela deviene una institución de significativa utilidad para atender a la situación de muchas niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales. Se presenta como una alternativa eficaz para concretar su derecho a ser cuidado y a la vida familiar.

CAPÍTULO I: Derecho humano a la vida familiar y al cuidado de las niñas, niños y adolescentes

En el presente capítulo analizaré las bases constitucionales convencionales de dos derechos humanos fundamentales para las niñas, niños y adolescentes: el derecho a la vida familiar y el derecho al cuidado. Ambos fundamentan el sistema de protección de derechos, que surgió con la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) y se plasmó en la ley nacional N°26.061 de “Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes”. Se relacionan estrechamente con la regulación que propuso el CCyC sobre la tutela ya que es una institución subsidiaria a la responsabilidad parental que habilita una forma de cuidado y de vivir en familia cuando las niñas, niños y adolescentes no están bajo amparo de sus progenitores.

Este estudio resulta un punto de partida ineludible para demostrar mi hipótesis de que la tutela se presenta como una alternativa posible y como una forma de protección especial para las niñas, niños y adolescentes que se encuentran insertos en el sistema de protección de derechos y para aquellos que no, pero que por situaciones especiales de la vida no son cuidados de sus progenitores y sí lo son por familiares o por personas con las que tienen lazos afectivos.

1. Derecho humano a la vida privada familiar de las niñas, niños y adolescentes

El derecho a la vida privada familiar es considerado un derecho humano inherente a la persona. Se ha dicho que protege una esfera de intimidad personal y familiar que no debe ser invadida, salvo por razones excepcionales previstas por la ley y justificadas en una sociedad democrática². Se relaciona estrechamente con el rol que el Estado le asigna a la familia que constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad, y cumple un papel central, en la existencia de una persona y en la sociedad en general, debiendo ser protegida por ésta y el Estado³.

Este derecho incluye el derecho a la vida familiar pero no se identifica con él. Es que ambos conceptos se encuentran estrechamente vinculados, porque comparten un

² CABAL Luisa y ROA Mónica, en *Derecho a la vida privada: estándares internacionales y su aplicación en América Latina*, Cabal, L., Roa, M., & Lemaitre, J. (Eds.). *Cuerpo y derecho: Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá, 2001, Colombia: Temis. ISBN: 958-35-0363-0.

³ Según art. 17 de la CADH.

fundamento común que es la protección de la esfera íntima de las personas en su seno familiar, pero presentan alcances y proyecciones jurídicas diferentes.

El derecho a la vida privada familiar constituye una categoría más amplia que se inscribe dentro del derecho a la intimidad y a la vida privada, reconocida en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que prohíben toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, en la de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. También en la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH).

El art. 17 del PIDCP establece que: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Por su parte el art. 11 de la CADH en su segundo párrafo prevé que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". Y en el párrafo siguiente asegura el derecho de toda persona "a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". Esta norma debe interpretarse en correlación con el art. 32 del mismo cuerpo normativo que establece un límite al goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención y que viene dado por "los derechos de los demás, la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

En tanto, en el art. 8 de la CEDH se reconoce el derecho a la vida privada y familiar en dos párrafos: el primero, establece que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"; el segundo, protege a las personas contra las injerencias arbitrarias por parte del Estado y le impone un deber de no hacer, excepto que la intervención se justifique por los motivos que el tratado admite, ya que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención

de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"⁴.

Se advierte que el derecho a la vida privada familiar comprende el conjunto de relaciones, interacciones y decisiones que conforman la esfera íntima de la persona en su dimensión familiar, incluyendo la organización interna del hogar, la crianza de los hijos/as y las relaciones afectivas⁵. En definitiva, su esencia es garantizar la no injerencia arbitraria del Estado o de terceros en la vida privada de las personas, y en especial de niñas, niños y adolescentes.

En cambio, el derecho a la vida familiar posee un alcance más específico, orientado a la preservación y desarrollo de los vínculos familiares. Se encuentra reconocido en el art. 17 de la CADH: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención..." En el art. 19 se prevé: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"⁶.

Específicamente con relación a las niñas, niños y adolescentes, este derecho se aloja en los arts. 7 y 8 de la CDN, que establecen su derecho a ser cuidado por sus padres en la medida de lo posible y a preservar su identidad, precepto que incluye la conservación

⁴ Explica Herz en el comentario del caso "M. L. vs. Noruega" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la Corte IDH, analiza la jurisprudencia de la Corte Europea para fundar sus decisiones y, es sabido, que tiene potestad para emitir sentencias vinculantes para el Estado argentino pero, además porque, en sus breves considerandos, evidencia el modo en que habrán de fundar sus decisiones las autoridades nacionales cuando se encuentren comprometidos los derechos de niñas, niños y adolescentes para asegurar su resguardo y evitar incurrir en violación del corpus juris internacional con la consiguiente responsabilidad internacional que ello acarrea (HERZ, Mariana, *Derecho a la vida familiar, interés superior del niño y deber del Estado de proteger a la infancia vulnerada*, Rubinzal-Culzoni online RC D 1660/2017).

⁵Ver COURTIS, Christian, *El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Revista Jurídica, 18(2), 2012, ps. 45-68.

⁶Es interesante destacar el análisis sobre el derecho a la vida familiar que realiza en un trabajo Úrsula Basset, quien compara el sistema americano con el sistema europeo. Sostiene que por la redacción del art. 32 de la CADH el individuo pasa de acreedor a la vida familiar a ser deudor de ella, resalta que la matriz individualista de análisis que provee el art. 11 CEDH se revierte completamente en el sistema americano. Afirma que, por la redacción de las normas, la familia no sólo resulta acreedora de protección, en tanto que institución, sino que además el individuo -que en el sistema europeo es quien tiene los derechos subjetivos a la vida familiar- en el sistema americano pasa de acreedor a deudor. (BASSET Úrsula, *Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Austral, Pontificia Universidad Católica Argentina ubasset@austral.edu.ar <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1517> Revista de Derecho (UCUDAL). 2da época. Año 14. N° 17 (jul. 2018). ISSN 1510-3714. ISSN on line 2393-6193.

de sus lazos familiares y la reafirmación de esa idea en el art. 9.1, que reconoce su derecho a no ser separado de sus padres a menos que ello resulte necesario para proteger su interés.

También el art. 18 de la CDN regula que: “Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

Por lo tanto, su contenido no se agota en la protección negativa frente a injerencias indebidas, sino que impone al Estado obligaciones positivas, y acciones de política pública como adoptar medidas en aras de mantener la unidad familiar, la vida familiar, facilitar la reunificación de sus miembros y evitar separaciones injustificadas.

En consecuencia, puede afirmarse que el derecho a la vida privada familiar funciona como una noción que abarca diversas dimensiones de la intimidad, dentro de las cuales el derecho a la vida familiar constituye una manifestación particular centrada en la protección efectiva de los lazos familiares.

La Corte IDH⁷ se ha referido en sus sentencias al contenido y alcance del derecho a la vida privada familiar. Dijo que: "el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública"⁸. Ha señalado de igual modo que "el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad,

⁷ Explica Salvioli, que la Corte IDH nunca ha tenido prejuicios en reconocerse a sí misma como intérprete de las disposiciones de la CADH, valorando adecuadamente los términos que la misma estipula. Destaca que el Tribunal a referenciado como el órgano que – además tiene la última palabra respecto el contenido y alcance del Pacto de San José de Costa Rica e incluso respecto el procedimiento de peticiones individuales. (Ver SALVIOLI, Fabian Omar, *El rol de los órganos internacionales de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos: la edad de la razón*, 1ra. ed., IJSA, San José de Costa Rica, febrero 2022, p.127).

⁸ Corte IDH, Caso de las “Masacres de Ituango Vs. Colombia”, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 194.

necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática"⁹.

También se ha expedido sobre el derecho a la vida familiar de las niñas, niños y adolescentes en el caso “Rochac Hernández vs. El Salvador”. Allí dijo: “Así, puede notarse que, de las normas contenidas en la CDN, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez, se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares de la niña y del niño, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”¹⁰.

En el resonado caso “María y Mariano vs. Argentina”, recordó que: “al momento de los hechos María y Mariano eran niños, por lo que en todas las decisiones debía tomarse en cuenta el interés superior de la niñez y el Estado debía de adoptar medidas de protección especial, en aplicación del art. 19 de la CADH. En particular, subrayó que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Precisó que la familia a la que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, su familia de origen, la cual debe brindarles protección y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. De esta forma las niñas, niños y adolescentes deben permanecer en su núcleo familiar de origen, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de esta”¹¹.

Se advierte que la Corte IDH considera la estrecha relación que existe entre el derecho a la vida privada familiar y a la vida familiar, ambos son derechos humanos, inherentes a la persona, que merecen una protección especial por parte del Estado. Si bien con respecto a las niñas, niños y adolescentes impone acciones positivas para su preservación, cuando existan razones graves que atenten contra su interés superior, el

⁹ Corte IDH, Caso “Tristán Donoso Vs. Panamá”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C N° 193, párr. 56.

¹⁰Corte IDH, Caso “Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”, 14/10/2014, párr. 107. En el mismo sentido: Caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala”, 24/11/2009, párr. 188. Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, párr. 106. Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 46. Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 169.

¹¹Corte IDH. “Caso María y otros Vs. Argentina.” Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Serie C No. 494.

Estado debe intervenir y tomar decisiones que impliquen la separación de su familia de origen. Por lo que no se presentan como derechos absolutos y pueden ser limitados mediante medidas que sean arbitradas por un órgano del Estado que tenga dicha facultad conforme la organización democrática de poderes. Además, deben cumplir con un fin legítimo y con los requisitos de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad.

2. Derecho humano al cuidado de las niñas, niños y adolescentes

El derecho al cuidado entendido como : “El derecho a recibir cuidados, a cuidar y al autocuidado, es parte de los derechos humanos ya reconocidos en los pactos y tratados internacionales de los que goza toda persona, independientemente de su situación de vulnerabilidad o dependencia, y que, sobre la base de los principios de igualdad, universalidad, progresividad, no regresividad y, corresponsabilidad social y de género, hacen posible la sostenibilidad de la vida humana y el cuidado del planeta. El derecho al cuidado implica, además, reconocer el valor del trabajo y garantizar los derechos de las personas que proveen cuidados, superando la asignación estereotipada del cuidado como una responsabilidad exclusiva de las mujeres, y avanzar en la corresponsabilidad social entre quienes lo proveen: Estado, mercado, sector privado y las familias”¹².

En el proceso de determinación del alcance y contenido del derecho humano al cuidado¹³, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ (en adelante CIDH)

¹²CEPAL 2022.

¹³El 20 de enero del 2023 nuestro país presentó una solicitud para que la Corte IDH se expida sobre “El alcance y contenido del derecho humano a ser cuidado y su interrelación con otros derechos a la luz de la CADH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos”. Para formular la presente solicitud, el Estado Argentino efectuó diferentes consultas con expertos/as y organizaciones de la sociedad civil. Asimismo, se evaluaron las diversas fuentes del derecho interno e internacional, los compromisos y políticas nacionales y regionales, los estudios e investigaciones sobre la temática en especie, con el propósito de definir los aspectos centrales consideraba que deberían ser incluidos en el análisis. Así es que el Estado Argentino pidió a la Corte IDH que se expida sobre: ¿Son los cuidados un derecho humano autónomo consagrado en el artículo 26 de la CADH? En caso afirmativo, ¿Cómo entiende la Corte el derecho de las personas a cuidar, a ser cuidadas y al autocuidado? ¿Qué obligaciones tienen los Estados en relación con este derecho humano desde una perspectiva de género, interseccional e intercultural y cuál es su alcance? ¿Cuáles son los contenidos mínimos esenciales del derecho que el Estado debe garantizar, los recursos presupuestarios que pueden considerarse suficientes y los indicadores de progreso que permiten monitorear el efectivo cumplimiento de este derecho? ¿Qué políticas públicas deben implementar los Estados en materia de cuidados para asegurar el efectivo goce de este derecho y qué rol cumplen específicamente los sistemas integrales de cuida?. Sin embargo, el 18 de julio de 2024, el Estado Argentino presentó una solicitud de retiro de la referida Opinión Consultiva, la que fue denegada por la Corte IDH por improcedente. (<https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/1054949326>). La Opinión fue emitida en 12/07/2025 y la analizaré en el presente apartado.

¹⁴ La Comisión Interamericana se presenta como un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos, creado para promover la observancia y defensa de los derechos humanos fundamentales y funcionar como órgano consultivo en la organización de la materia, es una especie de Ministerio Fiscal. (ver ROUSSET SIRI Andrés y BAYARDI MARTINEZ Cintia, *Procedimientos ante los órganos de*

consideró que el derecho al cuidado se viene configurando de manera progresiva, que es un derecho cuyo reconocimiento y protección debe fortalecerse, y que a pesar de no estar establecido explícitamente en los instrumentos interamericanos se desprende de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de la CADH, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5.b y 11.2.c); de la CDN (art. 18), y del Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores con responsabilidades familiares¹⁵.

Respecto del derecho al cuidado y el rol del Estado, la Corte IDH se expidió en el Caso Villagrán conocido como “niños de la calle”, donde sostuvo que los niños fueron víctimas de una doble agresión por parte del Estado de Guatemala: “en primer lugar porque no evitaron que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” (CDN, preámbulo, párr. 6), a pesar de que todos niños, niñas y adolescentes tienen derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, el Estado atentó contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”¹⁶.

La Corte IDH emitió su Opinión Consultiva N° OC-31/25 sobre: “El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”¹⁷. Allí lo reconoció como un derecho autónomo y lo estudia en tres aspectos: i) el cuidado en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional regional; ii) el derecho al cuidado a la luz del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, y iii) el derecho al cuidado y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Para demostrar la hipótesis planteada en esta tesis me centraré resumidamente en los dos primeros aspectos analizados por la Corte IDH.

Protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 1ed. ASC editores, Villanueva Mendoza, 2021, ISBN 978-987-88-0782-91. p.43

¹⁵CIDH, *Compendio sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales: Estándares Interamericanos*, 2022, párrs. 67-69.

¹⁶Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

¹⁷Ver [https:// www. corte-idh-el-contenido-y-el-alcance-del-derecho-al-cuidado-y_es%20\(1\)%20\(1\).pdf](https://www.corte-idh-el-contenido-y-el-alcance-del-derecho-al-cuidado-y_es%20(1)%20(1).pdf). (12/06/2025)

i) Respecto del primer apartado la Corte IDH señaló que: “los seres humanos dependen, en distintos momentos de su ciclo vital, de recibir o brindar cuidados. Esta dependencia recíproca de cuidado constituye una expresión directa del respeto a la dignidad humana. El cuidado, en este sentido, se configura como el conjunto de acciones necesarias para preservar el bienestar humano, incluida la asistencia a quienes se encuentren en una situación de dependencia o requieran apoyo, de manera temporal o permanente. Así entendido, el cuidado constituye también una necesidad básica, ineludible y universal, de la cual depende tanto la existencia de la vida humana como el funcionamiento de la vida en sociedad, en tanto permite asegurar condiciones de atención mínimas para una existencia digna, especialmente respecto de personas en situación de vulnerabilidad, dependencia o limitación” (parágrafos 47 y 48).

La Corte IDH explicó que el cuidado se encuentra protegido por la CADH como derecho autónomo. En ese sentido, señaló que: “ha sido reconocido como un componente esencial de múltiples derechos protegidos y cumple una función instrumental para su pleno ejercicio. No obstante, su tratamiento fragmentado —limitado a dimensiones parciales dentro de otros derechos— resulta insuficiente. Esta aproximación parcial no permite abordar adecuadamente las múltiples formas en que la omisión de cuidado puede afectar la dignidad de las personas, ni otorgar adecuadas garantías a quienes realizan labores de cuidado”. En consecuencia, y a partir de una interpretación sistemática, evolutiva y *pro personae* de los derechos consagrados en la Convención (párr. 112), concluyó que existe un derecho autónomo al cuidado, derivado de la lectura conjunta de los arts. 4, 5, 7, 11, 17, 19, 24, 26 y 1.1 de la CADH. Señaló que corresponde, por tanto, a los Estados respetar y garantizar este derecho, así como adoptar medidas legislativas y de otro carácter para lograr su plena eficacia, conforme a los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento.

Asimismo, advirtió que el derecho al cuidado también se deriva de los derechos reconocidos en la Declaración Americana — en particular en sus artículos I, II, VI, XI y XIV al XVI—, así como en los artículos 34 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

ii) Respecto del segundo apartado, se pronunció sobre las obligaciones de los Estados en materia del derecho a cuidar y a recibir cuidados, a la luz del derecho a la igualdad y no discriminación.

En relación con el “derecho a cuidar”, recordó que la CADH contiene un mandato de protección a la familia, entendida como un concepto amplio, que incluye la

obligación estatal de garantizar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades. Asimismo, en virtud del principio de corresponsabilidad, se deben implementar servicios de cuidado de calidad para aquellos que no cuentan con redes familiares o comunitarias, así como orientados a contribuir en la provisión del cuidado más allá del ámbito exclusivo de la familia (párr. 151).

Respecto al “derecho a ser cuidado”, recordó que todas las personas, en distintos momentos de su vida, requieren de cuidados o apoyo con mayor intensidad, y que ello puede ocurrir por factores como la edad, tener una enfermedad grave, crónica, incapacitante o que comprometa la independencia, o tener una discapacidad, y que, en tales circunstancias, el derecho a ser cuidado puede estar marcado por la presencia de estereotipos negativos y prejuicios, y derivar en el desconocimiento del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Por esa razón, se pronunció sobre las obligaciones de los Estados orientadas a garantizar el ejercicio del derecho a ser cuidado en condiciones de igualdad para las personas que integran estos grupos, bajo el entendimiento de que el ejercicio de este derecho debe estar orientado a maximizar la autonomía de la persona que lo recibe, en lugar de exacerbar su dependencia.

En lo que respecta al “derecho a recibir cuidados de niños, niñas y adolescentes”, recordó que, de acuerdo con la CDN, los Estados deben, poner el máximo empeño en garantizar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo; prestar a los padres y los tutores legales la asistencia apropiada para el cumplimiento de sus responsabilidades en la crianza; y velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de niños, niñas y adolescentes. Además, sostuvo que, en virtud del principio de corresponsabilidad, la sociedad y el Estado deben concurrir para garantizar la protección especial y reforzada de aquellos niños, niñas y adolescentes a quienes sus familias no pueden brindarles servicios adecuados de cuidado.

En función del propósito de esta tesis, resulta de sumo interés destacar su consideración en cuanto a que: “los Estados deben establecer un marco jurídico de cuidados orientado a garantizar el acceso de niños y niñas a cuidado de calidad en condiciones de igualdad cuando este no pueda ser prestado por su familia y en atención a sus características particulares, lo que implica, fortalecer iniciativas comunitarias de cuidado; crear espacios de cuidados a cargo del Estado; crear programas sociales que

permitan el cuidado de niños y niñas en casas particulares bajo supervisión del Estado¹⁸, y promover iniciativas privadas orientadas al cuidado de niños y niñas”.

Conviene también poner énfasis en que, según la Corte, en los casos en que el cuidado o responsabilidad de un niño esté a cargo del Estado, en cualquier modalidad de institucionalización o cuidado sustituto asignado, ello deberá responder a los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad en relación con la eventual separación de un niño de su familia, y que corresponde al Estado supervisar la seguridad, bienestar y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, que, en caso de que se prevea la institucionalización, esta deberá ser el último recurso, por el menor tiempo posible y sujeta a revisión periódica (párrs.173 a 182).

Se advierte así la íntima relación entre los dos derechos estudiados: el cuidado y la vida familiar, ya que quienes deben en un primer momento ejercer actos de cuidado son los miembros de la familia- progenitores, parientes y familia ampliada- en tanto el cuidado constituye una necesidad humana universal y una condición indispensable para gozar de una existencia digna, y el Estado se presenta como garante primordial de ambos derechos que deben ser fomentados, concretados y efectivizados¹⁹ a través de políticas públicas.

¹⁸ Es interesante destacar un documento elaborado por la Red Latinoamericana de Buenas Prácticas en Cuidado Alternativo, (Mayo 2025) en donde se destacó que resulta crucial señalar la necesidad de reducir la oferta de cuidado residencial masivo, impulsar la cultura del acogimiento familiar como respuesta prioritaria, fortalecer los procesos de reunificación familiar, garantizar el acompañamiento intensivo a las familias de acogida y profesionalizar el trabajo de quienes intervienen en estas complejas realidades. Asimismo, se subraya la importancia de superar las fragmentaciones intersectoriales, mejorar la articulación entre Estado y sociedad civil, y garantizar un apoyo permanente a las familias una vez finalizado un proceso de acogimiento, con el fin de fidelizar recursos familiares valiosos para el Sistema de Protección. El documento no solo ofrece un diagnóstico actualizado y compartido de la situación del cuidado alternativo en la región (Latinoamérica), sino que también busca ser un insumo práctico para el diseño de políticas públicas, la mejora de los programas existentes y la inspiración de nuevas iniciativas que coloquen el interés superior de los niños y niñas en el centro de todas las acciones. [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DOCUMENTO%20DE%20TRABAJO%20N%C2%B01%20%20Red%20Latinoamericana%20de%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DOCUMENTO%20DE%20TRABAJO%20N%C2%B01%20%20Red%20Latinoamericana%20de%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20(2).pdf) (recuperado 16/08/2025)

¹⁹El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 27 sobre: “El derecho del niño al acceso a la justicia y a un recurso efectivo”, destacó que: se debe permitir a los niños acceder a información pertinente y a recursos efectivos para reclamar sus derechos, incluso a través de educación, asistencia o asesoramiento sobre los derechos del niño y el apoyo de asesores comunitarios, instituciones nacionales de derechos humanos, así como abogados, para legales y otros servicios. El acceso a la justicia incluye la capacidad de buscar, individual o colectivamente, y obtener un remedio justo, equitativo y oportuno por violaciones de sus derechos. Comprende el derecho a ser reconocido ante la ley y a un juicio justo, el derecho a apelar, el acceso igualitario y oportuno a los tribunales, la protección judicial efectiva y otros mecanismos de denuncia para lograr un resultado efectivo. Estos derechos también son clave para el Estado de derecho y significan que todos –incluidos los niños más vulnerables en las zonas más remotas– deben tener acceso a la justicia y a recursos. Experimentar el estado de derecho cuando eran niños también les ayudará a valorar y contribuir a una cultura del estado de derecho en su vida adulta. Ver en https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/crc/gcomments/gc27/gc27-concept-note-spanish_0.pdf

De allí que convenga revalorizar la figura de la tutela como institución subsidiaria a la responsabilidad parental pues, tal como se demostrará, se presenta como una buena forma de garantizar ambos derechos humanos estudiados: el derecho humano a la vida familiar y el derecho a ser cuidado.

En este estado del razonamiento resulta indispensable analizar el sistema de protección de derechos para determinar si la interpretación de la tutela que se propone en este trabajo puede ser una respuesta a la situación de niños, niñas y adolescentes que no se encuentran bajo el cuidado de sus progenitores.

3. Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes

La CDN fue el instrumento jurídico internacional que marcó un antes y un después en la concepción de las infancias y adolescencias, al construir una nueva legalidad e institucionalidad para las niñas, niños y adolescentes a nivel mundial²⁰. Se puede afirmar que propició una “forma emancipadora y constructora de ciudadanía para todas las niñas, niños y adolescentes”²¹, mediante el reconocimiento de su condición de sujeto social de derechos, en un contexto democrático que facilitó su interacción en y con la familia, en y con la sociedad²².

Su incorporación a nuestro bloque constitucional-convencional permite afirmar que las niñas, niños y adolescentes tienen los mismos derechos que los adultos con un plus de protección por ser personas en desarrollo, y que deben ser consideradas sujetos de derecho y no objeto de protección. De allí que las acciones del Estado en sus tres poderes deben estar enfocadas a velar por su interés superior.

En suma, la transformación más profunda operada por la CDN deviene del reconocimiento de la subjetividad jurídica de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a una protección especial, adaptada y reforzada. La Corte IDH ha realizado el mismo reconocimiento con base en los arts. 19 de la CADH y VII de la Declaración Americana.

En nuestro país, con la sanción de la ley N°26.061 “Ley de Protección Integral de derechos de niñas, niños y adolescentes” se concretaron a nivel nacional los derechos

²⁰GIL DOMÍNGUEZ Andrés, FAMÁ María Victoria y HERRERA Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas y Niños y Adolescentes, Comentada, Anotada y Concordada*, 1ra ed., Ediar, Buenos Aires, 2007, p.14.

²¹GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia Ley y democracia: una cuestión de justicia*, Temis de Palma, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, 1998, p. 25.

²²GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ María Victoria y HERRERA Marisa, ob. cit., p. 20.

consagrados en la CDN. En dicha norma se diseñó un sistema de protección derechos integrado por todos los organismos del Estado encargados de velar la aplicación y consagración de la ley. El cambio más destacado fue el pasaje de las atribuciones conferidas al Poder Judicial en el marco del Patronato del Estado (se derogó la ley N° 10.903) hacia el Poder Ejecutivo. En el "viejo" esquema de la "doctrina de la situación irregular", bajo cuyo prisma las niñas, niños y adolescentes se concebían como incapaces, objetos de protección, y al amparo del concepto de "riesgo/estado de peligro/abandono material o moral", se habilitaba la intervención tutelar del Poder Judicial con facultades prácticamente omnímodas y arbitrarias, que desconocía los derechos y garantías que presiden el debido proceso adjetivo²³ y los ignoraba como "sujetos" titulares de los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos, más el "plus" de derechos específicos justificados por su condición de personas en desarrollo²⁴.

Así, la ley diseñó el Sistema de protección integral de derechos de niñas²⁵, niños y adolescentes, declaró que se encuentra conformado por el todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas -de gestión estatal o privadas- y las medidas de protección de derechos en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes (art. 32).

El sistema opera a través de tres niveles de actuación diferenciados entre sí:

a) La promoción colectiva de derechos, mediante el diseño e implementación de políticas públicas definidas como necesarias para el pleno desarrollo de niñas, niños y adolescentes: educación, salud, desarrollo social, cultura, recreación, participación etc.

²³ FERNÁNDEZ, Silvia E., *Sistema de protección integral de la niñez en la provincia de Buenos Aires. La reformulación de roles de los poderes administrativo y judicial a partir de las leyes 13.298, 13.634 y decretos reglamentarios 300/2005 y 44/2007*, LLBA, 2008 (mayo), p. 341, cita online: AR/DOC/1023/2008.

²⁴ FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Crónica de una ley anunciada y ansiada*, ADLA 2005-E-5809.

²⁵ En todo este sistema cada provincia debió armonizar su normativa procesal y sustantiva con los principios de la ley N° 26.061. Así se dictó en CABA la ley N° 114, en Buenos Aires la ley N° 13.298; en Córdoba la ley N° 9.944; en Santa Fe la ley Ley N° 12.967; en Entre Ríos la ley N° 9.861, en Tucumán la ley N° 8.293 ;en Salta Ley N° 7.970 Modificada por la Ley N° 7.994 y subsiguientes; en Jujuy la Ley N° 5.486; en Chaco la Ley N° 4.169; en Misiones la Ley N° 3.250 en Corrientes Ley N° 5.573; en La Rioja Ley N° 8.045 en Catamarca la Ley N° 5.125; en San Juan la Ley N° 2.187-N (ex Ley 6.584), en San Luis la Ley N° I-0086-2004, en La Pampa la Ley N° 2.601; en Neuquén la Ley N° 2.302 ;en Río Negro Ley N° 4.109 (Protección Integral) en Chubut la Ley N° 5.483; en Santa Cruz la Ley N° 3.063; en Tierra del Fuego la Ley N° 521 y en nuestra provincia el sistema de protección de derechos y el proceso judicial de contralor de las medidas de protección excepcionales se encuentra regulado por la ley 9139 (2019) y por la ley 9120 (2018) que sancionó el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar.

b) Las medidas de protección integral, adoptadas en casos individualizados, frente a la amenaza y/o vulneración de derechos que exigen una respuesta estatal para su restitución y reparación. Han sido definidas en la ley como aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados (art. 33, primer párrafo) y tienen como finalidad la preservación o restitución del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias (art. 34). Comprobada la amenaza o vulneración de derechos, el art. 37 enuncia —de manera no taxativa— una serie de medidas que tienen como denominador común procurar el fortalecimiento familiar y la permanencia de la niña, niño y adolescente en su grupo familiar.

c) Las medidas excepcionales de protección de derechos son subsidiarias e implican la separación de las niñas, niños y adolescentes de sus grupos familiares primarios de convivencia sobre la base de la protección de su interés superior y que deben adoptarse cuando están agotadas todas las posibilidades de implementar medidas de protección integral (que son la regla). Funcionan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o su superior interés exige que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Al constituir una injerencia estatal en la vida privada familiar, exigen el posterior contralor judicial. Son limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen (art. 39).

Como se ha señalado en aras de velar por el derecho de todo niño, niña y adolescente a vivir en un ámbito familiar- el de origen-, consagrado por la CDN, la prioridad es que los hijos/as convivan con sus progenitores. Sin embargo, dicha preferencia no es absoluta, ya que, ante razones específicas podrá resultar conveniente su separación, en forma excepcional y para asegurar su superior interés. De tal modo, con dicha pauta, establecida para la adopción de una medida excepcional en concordancia con el paradigma de fortalecimiento familiar que sostiene la ley, lo que se pretende, en primer término, es la prioridad de que las niñas, niños y adolescentes permanezcan en su medio familiar. Y que para el caso en que ello no sea posible, subsidiariamente se recurra a otras

formas alternativas, en las que se reafirma -por lo extremo de la medida- la insoslayable revisión judicial²⁶.

Sentadas las premisas que sostienen el modelo de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en la Argentina, cabe mencionar la última Observación (16/09/2024)²⁷ realizada por el Comité de los Derechos Niño sobre la aplicación de la CDN en nuestro país. Esta Observación da cuenta de la complejidad de la temática tratada. Por un lado, resalta medidas positivas²⁸; por el otro, enciende las alertas sobre asuntos de naturaleza impostergable. Entre ellos, muestra preocupación por las reformas legislativas que promueven el cierre o la desjerarquización de instituciones, que reducen el alcance de las políticas públicas, o promueven la derogación de normas que garantizan los derechos del niño, niña y adolescente. Específicamente recomendó: “a) Defender los estándares más elevados de los derechos de la infancia, mediante reformas normativas progresivas, y detener los retrocesos en materia de derechos de la infancia; b) Adoptar una legislación marco de protección de la infancia en todas las provincias. Se recomienda que el Estado parte desarrolle e implemente un nuevo plan nacional a largo plazo integrado en una política integral y una estrategia coordinada para la plena implementación de la CDN, que incluya objetivos, estrategias, metas, indicadores y plazos, respaldado por recursos humanos, técnicos y financieros suficientes, y que aborde las diversas dimensiones de los derechos del niño, como la salud, la educación, la vivienda, la alimentación y el acceso a la justicia, y con la adhesión de todas las provincias y municipios”.

²⁶PÉREZ CASTELLI, Ayelén, *Relaciones y tensiones entre las facultades del juez y el rol de los organismos administrativos en el marco del sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*, RDF 2019-VI, 107, TR LALEY AR/DOC/3351/2019.

²⁷Ver Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina <https://www.refworld.org/es/pol/obspais/crc/2024/es/148965#:~:text=Comit%C3%A9%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Observaciones,septiembre%20de%202024%2C%20y%20aprob%C3%B3%20las%20presentes> (recuperado 19/08/2025)

²⁸ Entre las medidas positivas de políticas del Estado destacó: (a) La revocación del Decreto de Urgencia n° 70/2017 que había permitido expulsar a migrantes por una amplia categoría de delitos mediante un procedimiento especial abreviado; (b) La promulgación en 2019 de una legislación integral en materia de apatridia (Ley n.º 27512) y el desarrollo de un marco normativo e institucional acorde con las normas internacionales; (c) La promulgación de la Ley N° 27610, que amplió los derechos a la interrupción del embarazo y reguló el acceso a la interrupción voluntaria y legal del embarazo y la atención post aborto para todas las personas; (d) La sanción de la ley N° 27.709, que tiene por objeto capacitar en materia de derechos del niño a toda persona que se desempeñe en el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial del Estado Nacional; (e) La promulgación del Decreto núm. 840/2020 y la Ley de los Mil Días sobre la prestación universal para los niños que no están a cargo de sus padres; (f) La promulgación de la ley N° 27.590, conocida como "Ley Mica Ortega", que protege a los niños del grooming; (g) La promulgación de la ley N° 27.611 de 2020, de Atención y Asistencia Integral en Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia.

También resaltó la importancia de: “a) Eliminar progresivamente la institucionalización y adoptar, sin demora, una estrategia y un plan de acción para la desinstitucionalización, garantizando que cuente con los recursos humanos, técnicos y financieros adecuados para su aplicación e incluya la transformación sistémica de los sistemas de atención, bienestar y protección de la infancia en consonancia con la CDN; b) Garantizar suficientes opciones alternativas de acogimiento familiar y comunitario para los niños, niñas y adolescentes que no puedan permanecer con sus familias, entre otras cosas asignando recursos económicos suficientes para la acogida y la adopción, para revisar periódicamente las medidas de acogimiento y para facilitar la reunificación de los con sus familias cuando sea posible; c) Garantizar salvaguardias adecuadas y criterios claros, basados tanto en las necesidades como en el interés superior del niño, para determinar si debe ser colocado en acogimiento alternativo y garantizar que las decisiones sobre el traslado de niños sean siempre tomadas o revisadas por un juez; d) Establecer normas de calidad para todos los entornos de cuidado alternativo, garantizar la revisión periódica de la colocación de niños en hogares de acogida e instituciones, y supervisar la calidad de la atención en ellos, incluso proporcionando canales accesibles para denunciar, supervisar y remediar los malos tratos a los niños; e) Reforzar la capacidad de los profesionales que trabajan con y para los niños, en particular los jueces de familia, el personal encargado de hacer cumplir la ley, los trabajadores sociales y los proveedores de servicios, para garantizar respuestas de cuidado alternativo basadas en la familia y aumentar su concienciación sobre los derechos y las necesidades de los niños privados de un entorno familiar”.

Sentado ello, las alternativas de acogimiento familiar del sistema actual son: i) declaración de situación de adoptabilidad (art. 607 del CCyC), ii) delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art.643 del CCyC) y iii) cuidado del niño, niña y adolescente por un tercero por decisión judicial (art. 657 del CCyC). Cuando estas alternativas no son viables en relación con el proyecto de vida del niño, niña y adolescente, se prevé la posibilidad de acompañarlo para una vida autónoma a través del Programa de Acompañamiento para el Egreso de adolescentes y jóvenes sin cuidados parentales (PAE)²⁹.

²⁹ En el año 2017 se sancionó la ley N° 27.364 que creó el Programa de Acompañamiento para el egreso de adolescentes y jóvenes sin cuidados parentales, cuyo objeto es garantizar su plena inclusión social y su máximo desarrollo personal y social (art.1). Esta ley está orientada a atender la situación de las/los adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales desde los trece (13) años hasta los veintiún (21) años de edad. Define que se entiende por adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales, a “aquellas/os que se hallen

Por lo que, si bien la tutela no suele ser utilizada como una opción, pretendo demostrar la conveniencia de revalorizarla y dinamizar su ingreso al sistema de protección. Su aplicación con perspectiva de infancia puede presentarse como otra una alternativa posible y eficaz para dar respuesta a la situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales.

4. Primeras afirmaciones

Las reflexiones desarrolladas a lo largo del presente capítulo permiten concluir que el derecho a la vida familiar y el derecho al cuidado constituyen ejes estructurales del sistema jurídico de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Ambos derechos, reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en el ordenamiento argentino, deben ser comprendidos desde su carácter interdependiente.

El examen del derecho a la vida privada y familiar ha permitido identificar su doble dimensión (negativa y positiva). Por un lado, la negativa, que impone al Estado y a terceros la obligación de abstenerse de injerencias arbitrarias o ilegítimas en la esfera íntima de las personas. Por otro, la dimensión positiva que subyace al derecho a la vida familiar y que requiere la adopción de medidas activas destinadas a garantizar la preservación y fortalecimiento de los espacios familiares de crianza.

En tanto, el derecho al cuidado se erige como un derecho humano autónomo, íntimamente vinculado con la dignidad y el bienestar de las personas, que exige del Estado el diseño y ejecución de políticas públicas orientadas a su garantía universal.

Respecto de las niñas, niños y adolescentes, este derecho adquiere una dimensión reforzada, pues el cuidado constituye no sólo una necesidad básica, sino también una obligación jurídica derivada de la consideración de sujeto de derecho y de persona en desarrollo cuyo interés superior se debe resguardar. La corresponsabilidad entre el Estado, las familias, la comunidad y las instituciones constituye, en este sentido, un presupuesto fundamental de su efectividad.

Desde esta perspectiva, la interrelación entre el derecho a la vida familiar y el derecho al cuidado revela la necesidad de fortalecer el sistema de protección integral

separadas/os de su familia de origen, nuclear y/o extensa o de sus referentes afectivos y/o comunitarios y residan en dispositivos de cuidado formal en virtud de una medida de protección de derechos dictada de conformidad con los artículos 33 y siguientes de la ley N° 26.061 o de la normativa aplicable en el ámbito local”.

previsto en la Ley N° 26.061, promoviendo la articulación de mecanismos que garanticen el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes en contextos familiares y afectivos adecuados. El cumplimiento de las recomendaciones del Comité de los Derechos Niño en materia de desinstitucionalización y de promoción del acogimiento familiar impone al Estado argentino el deber de consolidar alternativas que prioricen la vida en familia como ámbito natural de crecimiento y cuidado.

En este marco se anticipa la necesidad de ahondar sobre la institución de la tutela, y resignificarla desde el paradigma de los derechos humanos, de modo de demostrar su aptitud jurídica para la garantía de estos derechos. Su carácter subsidiario respecto del ejercicio de la responsabilidad parental y su potencial para restablecer o mantener la vida familiar la convierten en un instrumento valioso para atender las situaciones de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales, asegurando la continuidad de vínculos significativos para su desarrollo.

CAPITULO II: La tutela

Este capítulo ingresa de lleno al estudio de la tutela regulada en el CCyC, para analizarla desde el paradigma de los derechos humanos, por lo que se examinará su definición, antecedentes, clases, modalidades, caracteres y la prohibiciones para su designación.

El objetivo es destacar el rol del sistema judicial como garante del interés superior del niño, niña y adolescente que necesita el discernimiento de la tutela para una adecuada protección de sus derechos.

Asimismo, con impronta evolutiva, se pondrá de relieve la superación del antiguo sistema de tutela legal y la consagración de un modelo que prioriza la idoneidad y los vínculos socioafectivos por sobre el parentesco, en línea con la doctrina de los derechos humanos y el paradigma de protección integral.

1. Definición y antecedentes

La doctrina definió a la tutela como la "institución subsidiaria a la responsabilidad parental dirigida brindar protección a las niñas, niños y adolescentes que carecen de un adulto responsable que asuma su crianza"³⁰. Desde este lugar, recién surge cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. De ahí que el instituto se torna incompatible con la responsabilidad parental en tanto supone su sustitución; ergo, no pueden ejercerse conjuntamente. Así las cosas, no se advierte ningún obstáculo jurídico para otorgar la tutela si, en oportunidad de resolver la situación jurídica de una niña, niño o adolescente, los progenitores ya tienen extinguida, suspendida o privada su responsabilidad parental³¹.

Se encuentra prevista en el art.104 del CCyC cuyo texto dice: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo. Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo

³⁰ YUBA, Gabriela, *Cambios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de tutela y curatela*, en DFyP 2014 (noviembre), TR LALEY AR/DOC/3896/2014.

³¹ VILLAVERDE, María Carolina, *Consideraciones a la hora de resolver la situación de un niño, niña o adolescente una vez vencido el plazo del art. 657 del Código Civil y Comercial*, RCCyC 2024 (junio), 99, TR LALEY AR/DOC/955/2024.

previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial”.

La norma, junto con aquellas que se ocupan de esta institución, se aloja en el Libro Primero Parte General del CCyC. Esta metodología ha sido criticada por la doctrina; se cuestiona que mientras otras instituciones que representan intereses similares a la parentalidad se encuentran reguladas en el capítulo relativo a la familia (adopción de integración, 'progenitor afin', delegación de la autoridad parental), la tutela resultó exiliada de esa Sección y terminó siendo tratada como una representación individual de la persona menor de edad. Esa descontextualización del marco cuasi-familiar tiene un impacto simbólico significativo que la distancia así de la concepción velezana³².

No cabe sino coincidir con esta crítica y adherir a la mentada conveniencia de su reubicación en el Libro Segundo, más aún porque la persona designada como tutor/a asume los deberes y derechos que le hubieran correspondido a los progenitores/as en relación al hijo/a (crianza, educación, alimentos, vivienda, salud, esparcimiento, protección del patrimonio de la persona menor de edad) y se aplican los principios generales de la responsabilidad parental establecidos en el art. 639 del CCyC: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez³³.

Su finalidad es la protección de la persona y los bienes de las niñas, niños y adolescentes.

³²Ver TOBÍAS, José W., en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, ALTERINI, Jorge H (dir), 1ra ed., Laley, CABA, Tomo I, 2015, p. 915 y ss.; GALLI FIANI, María Magdalena, *Vigencia de la tutela como figura de protección*, en LLLitoral 2017 (junio), 3 TR LALEY AR/DOC/792/2017.

³³DUPRAT, Carolina, Comentario art. 104, en HERRERA, Marisa Herrera y DE LA TORRE Natalia (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022, p. 598.

La redacción actual ostenta diferencias medulares con el código derogado que en su art. 377 decía: “La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”.

Se pueden destacar cuatro diferencias sustanciales con el sistema anterior, que demuestran que la regulación derogada la preveía como una figura legalista y tutelar, en cambio su redacción actual permite revalorizarla como figura con anclaje constitucional convencional:

i) La finalidad: en el texto derogado, la tutela era un “derecho” que la ley confería a determinados parientes llamados para gobernar la persona y bienes del “menor de edad”, se la pensaba como un “derecho” de los parientes y no como un derecho de la persona menor de edad. En el sistema actual su finalidad es brindarle protección a las niñas, niños y adolescentes, en consonancia con su consideración como sujetos de derechos y la influencia del paradigma de la protección integral³⁴.

ii) Los presupuestos: la norma velezana preveía que para que proceda la designación de tutor/a, las niñas, niños y adolescentes no debían estar sujetos a la “patria potestad”³⁵, por lo que se requería que se hubiera privado a sus progenitores de la “patria potestad” o que ésta se hubiera extinguido por las causales establecidas en la ley. En cambio, según los parámetros actuales, se busca brindar protección a la persona y bienes de las niñas, niños y adolescentes que no han alcanzado la plenitud de su capacidad civil

³⁴Para ampliar ver HERRERA, Marisa, GIL DOMINGUEZ, Andrés y FAMÁ, María Victoria, *Ley de Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentada y Anotada*, Astrea, CABA 2005; GARCIA MENDEZ, Emilio (compilador), *Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la Ley n° 26.061*, 1 ed, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2006; GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ María Victoria y HERRERA Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, 1ed., Ediar, Buenos Aires, 2006; CARDOZO, Gisela y MICHALEWICZ, Alejandro, *El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación*, 82, 23, TR LALEY AR/DOC/4157/2017.

³⁵ Vale aclarar que el CCyC dejó atrás el término patria potestad, su fundamentación se encuentra en los Fundamentos del Anteproyecto que destacaban: “El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón se considera necesario reemplazar la expresión patria potestad por responsabilidad parental, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido con relación a los padres e hijos. La palabra potestad de origen latino se conecta con la potestad del Derecho Romano, centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo responsabilidad implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés superior del niño o adolescente”. Disponible en www.//D:/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf (recuperado 15/08/2025). Ya en las XVIII Jornadas de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires 2001, habían concluido de *lege ferenda* que el conjunto de responsabilidades de derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos, no puede mantener la denominación latina “patria potestad” que debe ser reemplazada por términos más adecuados la naturaleza de las relaciones jurídica intra y extra familiares.

o cuando no haya persona que “ ejerza la responsabilidad parental ”. Esta diferencia no es de matices, pues, el CCyC diferencia las figuras derivadas de la responsabilidad: titularidad y ejercicio, cuidado personal y guarda a un tercero (art.640 del CCyC). Sentado ello, es posible considerar que la tutela ingrese en escena, no solo para el caso en que los progenitores fueron privados de la responsabilidad parental, sino también en casos de suspensión de su rol (art. 700, 700 bis y 702 del CCyC)³⁶ .

iii) Las clases de tutela: en el sistema derogado, se regulaban tres tipos de tutelas: la legal, dativa y testamentaria. La tutela legal fue derogada expresamente, en los fundamentos del Anteproyecto CCyC se explicó que: “...Se deroga la tutela legal, porque el discernimiento de la tutela es siempre judicial, y cualquier persona (parientes o no) puede estar en condiciones de cumplir el rol de tutor; carece, pues, de todo sentido práctico, que la ley, en abstracto y *a priori* realice una enumeración. Los parientes más cercanos no son siempre las personas más adecuadas para el cuidado de un niño o adolescente, sea porque hay otras personas con un vínculo afectivo más sólido, sea por problemas relativos a la edad, la salud, la situación laboral, por lo cual, es mejor que el juez evalúe sin condicionamientos, qué es lo más beneficioso para el niño o adolescente en cada situación concreta”³⁷ . Por lo tanto, en el sistema actual existen dos modalidades de tutela general: la designada por los padres (art.106 CCyC) y la tutela dativa (art. 107 del CCyC), que es la decidida por el juez/a ante la ausencia de designación paterna y otorgada a la persona más idónea para brindar protección a la niña, niño y adolescente.

iv) Las personas designadas tutoras: otra diferencia sustancial, es que en el código derogado el art. 390 enunciaba los parientes que ostentaban el derecho de ser designados tutores, así decía que la tutela legal³⁸ correspondía únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del “menor”, sin distinción de sexos. En la regulación actual, no se menciona expresamente a las personas llamadas por la ley para ejercerla; ahora es facultad de las/los jueces evaluar quien o quienes son las personas más idóneas para ejercer el cargo, aunque no sea pariente si tiene con la persona menor de edad un

³⁶ No desconozco que existen posturas que siguen sosteniendo la necesidad de declaración de privación de responsabilidad parental para designar tutores, ver FRATE, Yamila, *Análisis del plazo legal dispuesto en las guardas judiciales y sus consecuencias en los hechos*, en DFyP 2022 (abril), 06/04/2022, 26, TR LALEY AR/DOC/1086/2022. MIZRAHI, Mauricio L., *Cuidado personal de niños por terceros. Exégesis de los artículos 104, 643, 657, 674 y 702 del Código Civil y Comercial*, en LA LEY 30/10/2019, 30/10/2019, 1, AR/DOC/2735/2019.

³⁷ Disponible en www.//D:/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf (recuperado 15/08/2025).

³⁸ Ver HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ Silvia (Colaboradoras), *Manual de Derecho de las Familias*, 2da ed., Abeledo Perrot, CABA, 2019, p. 964 y ss.

vínculo de afecto demostrado. Así es que en la apreciación de la idoneidad del tutor/a o los/las tutores, se tomarán en cuenta no solo las condiciones económicas y laborales sino también las afectivas, morales y sociales teniendo en cuenta su finalidad y la construcción de su proyecto de vida como un verdadero sujeto de derecho³⁹.

De lo visto se desprende que la regulación actual de la tutela sienta su estructura sobre la base de la doctrina de los derechos humanos, cuyo eje es bregar por el interés superior del niño, niña y adolescente, que debe garantizar sus derechos a la vida familiar y al cuidado.

Sin embargo, más allá de este potencial, la práctica judicial demuestra que subsisten patrones de aplicación restringida, generalmente desde una mirada conservadora anclada en los viejos paradigmas que sostenían que solo parientes podían ser tutores y que necesariamente los progenitores debían ser privados de la responsabilidad parental. En esta línea se observa una resistencia a ampliar su campo a situaciones de niños niñas y adolescentes insertos en el sistema de protección de derechos con medidas excepcionales, o de aquellos otros cuidados por familiares o personas con lazos afectivos, que no se encuentran intervenidos por el sistema de protección de derechos.

El estudio comparativo realizado demuestra hasta qué punto ha configurado en el imaginario social la idea de la tutela como una figura anclada en un paradigma legalista y tutelar. En tal sentido, este recorrido preliminar constituye un paso indispensable para fundamentar su revalorización como una institución orientada a la protección de derechos.

De este modo, corresponde avanzar en el examen de sus clases, modalidades, caracteres y prohibiciones.

2. Clases de tutela y su discernimiento judicial

Se señaló que el art. 104 del CCyC regula la denominada *tutela general*, que se diferencia de la *tutela especial* prevista en el art. 109 del CCyC que se utiliza para supuestos particulares de colisión de intereses del niño, niña y/o adolescente con sus progenitores, o con sus tutor/as designado/as, o por prohibiciones o imposibilidad de ejercicio de las funciones por los progenitores o tutores.

³⁹BUENO, Horacio E. y RACCIATTI FERRARI, Huilen, *Tutela, revinculación, identidad e interés superior del niño*, en SJA 24/07/2019, 24/07/2019, 33, TR LALEY AR/DOC/1481/2019.

La *tutela general* se clasifica en: i) tutela designada por los padres (art.106 del CCyC) que puede ser realizada por testamento o por escritura pública y ii) tutela dativa (art.107 del CCyC)⁴⁰ que es la concedida por un juez/a. Ambas tienen en común que deben ser discernidas por sentencia judicial. O sea, no basta la confección de la escritura pública o el testamento; dicho requisito obedece a la seguridad jurídica y publicidad frente a terceros (ya que debe ser inscripta en el Registro Civil y de Capacidad de las personas).

Así es que el discernimiento de un tutor/a siempre debe pasar por el tamiz de contralor judicial⁴¹, situación acorde a la doctrina de derechos humanos ya que, al ser una figura subsidiaria de la responsabilidad parental, si el niño, niña y adolescente no es cuidado por sus padres (obligación primigenia que surge del derecho a la vida familiar) recae sobre el Estado el deber de asegurarle su derecho a ser cuidado. Si la figura por la que se garantiza este derecho es la tutela, se debe ejercer un contralor sobre la selección de la persona que ejerza el cargo.

A diferencia del régimen anterior el CCyC derogó la tutela legal que era aquella que correspondía a los abuelos, tíos, hermanos y medios hermanos (arts. 389 y 390 del código derogado), como ya se mencionó. En los fundamentos del Anteproyecto del CCyC se explicó que: “Se deroga la tutela legal, porque el discernimiento de la tutela es siempre judicial, y cualquier persona (parientes o no) puede estar en condiciones de cumplir el rol de tutor; carece, pues, de todo sentido práctico, que la ley, en abstracto y *a priori* realice una enumeración. Los parientes más cercanos no son siempre las personas más adecuadas

⁴⁰Zanonni y Bossert afirman que la tutela dativa se asemeja a la tutela legal, explican que, si los padres no hubiesen elegido tutor, o el designado no fuera confirmado por el juez/a, o falleciera o fuera removido el juez/a puede designar tutor, debiendo fundarlo en su idoneidad, (ver BOSSERT, Gustavo y ZANONNI Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, 7°ed., Astrea, CABA, 2016, p. 416)

⁴¹ En el sistema de protección se ha previsto la figura del referente previsto por el PAE, se designa administrativamente una persona que ayuda al adolescente en cuestiones patrimoniales y personales, pero a diferencia del tutor/a su designación es administrativa. En el decreto reglamentario 1050/ 2018 se establece una serie de requisitos que se deben cumplir: i) acreditar ser mayor de 21 años de edad, ii) no contar antecedentes penales, iii) no estar inscripto en el programa como joven acompañado. La solicitud deberá ser evaluada por el organismo de protección de la adolescencia u organismo de juventud de la jurisdicción correspondiente (art. 8). Se establece que los organismos de protección de la adolescencia u organismos de juventud competentes en cada jurisdicción determinarán y asumirán, el monto de la remuneración y la forma de contratación de los servicios del o de la referente. Podrán ser designados o designadas como referentes miembros de los equipos técnicos del organismo de protección de la adolescencia u organismos de la juventud de la jurisdicción y de los dispositivos de cuidado alternativo formal, referentes afectivos comunitarios o de familia extensa del o de la adolescente o joven. En el art. 2 de la ley PAE se establece que: “Los representantes legales designados ejercen todos los actos que permite el CCyC para la figura del tutor y las limitaciones allí establecidas de conformidad con el principio de autonomía progresiva y el correspondiente ejercicio de derechos en forma personal”. Su designación es administrativa y se relaciona en cuanto a las restricciones a la figura del tutor /a judicial. Queda la duda de si este referente ostenta la representación legal del niño, niña y/adolescente que acompaña, entiendo que no, ya no sería compatible con el espíritu de la ley que en todo tiempo remarca que se trata de un acompañamiento.

para el cuidado de un niño, niña o adolescente, sea porque hay otras personas con un vínculo afectivo más sólido, sea por problemas relativos a la edad, la salud, la situación laboral, por lo cual, es mejor que el juez evalúe sin condicionamientos, qué es lo más beneficioso para el niño o adolescente en cada situación concreta”⁴².

O sea que, en contraste con las figuras derivadas de la responsabilidad parental como son la delegación del ejercicio (arts. 643 y 674 del CCyC) y cuidado del niño, niña y adolescente otorgado judicialmente a un pariente (art. 657 del CCyC) la persona que vaya a ejercerla no debe necesariamente ser un pariente, sino que debe acreditar su idoneidad y en todo caso será demostrar el vínculo afectivo genuino que lo une con la niña, niño y/o adolescente. Por ello es necesario contar con el discernimiento judicial.

En cambio, la *tutela especial* regulada por el art. 109 del CCyC reviste carácter excepcional y es de alcance restringido, por lo que resulta conveniente que la designación se recaiga en una persona ajena a las partes del acto. El principio que rige su designación es el interés superior del niño, niña y adolescente, por lo que ese será el norte para ponderar en cada caso que pueda presentarse.

Las facultades del tutor/a especial son específicas para el acto que se trata. Por eso a diferencia de la tutela dativa o designada por los jueces/as, que cumplen funciones generales de protección de los bienes y de la persona de la niña, niño y/o adolescente cuando los progenitores se encuentren privados o suspendidos de la responsabilidad parental, la tutela especial puede coexistir con la responsabilidad parental o con la tutela general⁴³.

La diferencia sustancial entre una y otra clase de tutela es que el tutor/a especial representa los intereses particulares de la niña, niño y/o adolescente en conflicto con los de sus progenitores, o tutor/es y actúa exclusivamente en ese acto único, sin desplazar en

⁴²Disponible en www.//D:9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf

⁴³Si bien, en principio la designación del tutor/es especial corresponde al juez/a, nada obsta a que sea requerida por los mismos progenitores, por la niña, niño y/o adolescente, por el tutor general, o el Ministerio Público cuando advierten la situación de conflicto que amerite su discernimiento. Vale preguntarse cuál será juez/a es el competente para tal designación: si el del centro de vida de la niña, niño y/o adolescente con competencia en asuntos de familia donde se discernió la tutela general o si el tutor especial puede ser designado por el juez/a donde deba actuar: como por ejemplo el juez/a con competencia en asuntos laborales que advierte intereses contrapuestos en el proceso bajo su conocimiento. Entiendo que la tutela especial puede ser discernida por el juez/a del asunto donde se presentan o advierten los intereses contrapuestos o se requiere conocimiento específico, siempre con intervención del Ministerio Público. El art. 109 del CCyC enumera una serie de supuestos en los que corresponde designar tutor/a especial, la enumeración no es de carácter taxativo, ya que en su último inciso hace referencia “cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor/as que corresponda”, por lo que deja abierta la puerta a numerosas situaciones que se pueden presentar y no que posible ser enunciarlas en un solo artículo.

las restantes esferas de la vida de la persona tutelada⁴⁴ a los progenitores o al tutor/es general/es, en cambio el tutor /a designado judicialmente por el juez/a ejerce una función de representación y protección de los derechos de la niña, niño, y/o adolescente, que ingresa a la escena cuando no hay progenitores que ejercen la responsabilidad parental y no precisa ser un pariente. Así es que el juez/a en la evaluación de su idoneidad, tomará en cuenta no solo las condiciones económicas, personales y/o laborales sino también las afectivas, morales y sociales, tendrá en cuenta la finalidad de la figura que es la protección y la construcción de su proyecto de vida como un verdadero sujeto de derecho⁴⁵ por lo que ingresa aquí el concepto de socioafectividad que será analizado en el capítulo siguiente.

3. Análisis de las modalidades de tutela general

En el CCyC la *tutela general* se presenta en dos formas o modalidades: i) la designada por los progenitores (ya sea por testamento o por escritura pública) y ii) la decidida por el/la juez/a.

3.1 Tutela designada por los progenitores.

La tutela designada por los progenitores se encuentra regulada en el art.106 del CCyC que establece: “Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas. Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente. Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado”.

⁴⁴ DUPRAT, Carolina, Comentario art. 104, en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022, p.805.

⁴⁵BUENO, Horacio E. y RACCIATTI FERRARI, Huilen, *Tutela, revinculación, identidad e interés superior del niño*, en SJA 24/07/2019, 24/07/2019, 33, TR LALEY AR/DOC/1481/2019.

Se conservan en la norma algunos aspectos que se preveían en el código velezano por ejemplo que puede ser otorgada bajo dos modalidades: i) por escritura pública, ii) por testamento. Los efectos acontecen con posterioridad al fallecimiento de ambos progenitores, dado que, al tiempo de fallecimiento de uno de ellos, el hijo/a queda bajo la responsabilidad parental del otro (conforme art. 641 inc. c del CCyC). Vale preguntarse si los progenitores pueden designar de forma conjunta tutor/a o tutores para sus hijos/as, en la modalidad de escritura pública no se advierte inconveniente alguno. Pero si se quiere hacer por testamento no sería posible porque es un acto personalísimo⁴⁶ (art. 2465 CCyC).

Se mantiene la prohibición expresa de las disposiciones que eximen al tutor/a o tutores de hacer inventario, que lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas. Al igual que en el código derogado debe ser discernida por el juez/a competente debido al centro de vida del niño, niña y adolescente.

En cambio, el nuevo texto trae novedades que cabe destacar:

a) se adiciona la presunción de que, si los progenitores hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, es su voluntad de que se lo nombre tuto/ar de sus hijo/as menores de edad. Dicha designación debe ser discernida por el juez/a que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente. Ósea se posibilita al pariente elegir el/la juez/a que discierna la tutela ya que puede ser el del centro de vida del niño, niña y adolescente que seguramente coincide con el del tutor/a o tutores o el del/la juez/a que previamente intervino en la homologación de aquel acuerdo. Esta inclusión revaloriza la autonomía de los progenitores al tiempo que facilita el trámite de discernimiento. Por supuesto que, si el juez considera que no resulta lo más conveniente para ese caso concreto, puede apartarse.

b) se derogan las previsiones de tinte discriminatorio hacia la mujer que establecían que “El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento”. Por tanto, si la mujer se volvía a casar perdía el derecho de designar tutor a su hijos/as, lo que a la luz de los paradigmas actuales luce inaceptable. En la norma también se explica que, si existen disposiciones de ambos progenitores, deben aplicarse conjuntamente en cuanto sean compatibles. Si no lo son, se

⁴⁶Ver GIANGANTE, Betina Carla, en *Manual de Derecho Sucesorio*, HERERRA Marisa y PELLEGRINI Victoria (coord.), 1 ed., Editorial de la Universidad de Sur, Bahía Blanca, Edius, 2015, p. 406.

faculta al/la juez/a adoptar las que considere más convenientes para los intereses del niño, niña y adolescente.

c) se faculta a los progenitores a designar tutor o tutores a sus hijos/as menores de edad-, lo que habilita la designación de dos o más tutores.

3.2. *Tutela dativa.*

Se encuentra prevista en el art. 107 del CCyC: “Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad”.

Esta es la clase de tutela en la que pone el foco esta investigación porque implica la designación por parte del/la juez/a de un tutor/a o tutores ante la ausencia, rechazo o imposibilidad del tutor/a o tutores nombrados por los progenitores en ejercicio de su responsabilidad de parental. Evita que la niña, niño o adolescente quede sin protección alguna y faculta al juez/a a nombrar aquellas personas que estime más idóneas para desempeñar el cargo⁴⁷. Se presenta de forma subsidiaria a la tutela designada por los padres o ante la excusación, remoción o rechazo.

La norma concuerda con la eliminación de la tutela legal (art. 392 CC) y los límites que ella imponía-

En consecuencia, conviene poner de resalto su carácter subsidiario de la designada por los progenitores, ya sea por escritura pública o por testamento, o por presunción del art. 643 del CCyC. Pero también, que ingresa a la escena cuando estas personas no son idóneas desde lo moral para asumir las funciones que determina la ley. Conforme la norma el/la juez/a debe designar a la persona más idónea para brindar protección a la niña, niño y adolescente, no se hace mención específicamente a que deba ser un pariente. Lo que en todo caso corresponde es que el/la juez/a valore la designación conforme al interés superior de la niña, niño y adolescente y además aplique los principios de rigen sobre la responsabilidad parental.

⁴⁷BALERIO BURUNDARENA, Ángeles, Comentario art. 107, en LORENZETTI Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 473.

De modo que, tal como destaca Duprat⁴⁸ los presupuestos para designar tutor/a o tutores los siguientes: i) ausencia de designación de tutor/a o tutores dativos por los padres; ii) excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio del tutor/a o tutores designados por los padres.

3. 3. Confluencias entre ambas clases de tutela: idoneidad y vínculo afectivo

Se advierte que las personas jurídicas no pueden ejercer la tutela, ya que solo las humanas asumen las funciones de crianza de un niña, niño y adolescente. La norma pone énfasis en la elección del tutor/a a designarse cuando establece “otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección” lo cual importa un conocimiento acabado de las aptitudes, habilidades y competencias del adulto para establecer un vínculo con el niño, niña y adolescente sujeto a tutela, cuya finalidad es promover su autonomía y la satisfacción de los derechos reconocidos en el ordenamiento (art. 3 CDN)⁴⁹.

De manera que, tanto la tutela designada por los padres como en la tutela dativa, debe ser el vínculo de afecto que tenga la niña, niño y/o adolescente con la persona que se propone como tutor/a tutores un factor que a evaluarse por el juez/a. Acreditarlo se vincula con la idoneidad; sobre todo por ser una figura subsidiaria a la responsabilidad parental pero que se le asemeja en cuando a sus deberes.

Así, puede afirmarse que la idoneidad que deberá ponderar la judicatura consiste en la aptitud de la persona para el cuidado de la niña, niño y/o adolescente, si es competente para respetar y alentar su autonomía progresiva, para garantizar su derecho a ser oído y orientarlo para la vida adulta. Es importante que el/la tutor/a promueva el desarrollo integral y respeto por los derechos de la niña, niño y adolescente, y su reconocimiento como sujeto de derechos y no objeto de protección.

En el capítulo siguiente volveré sobre la cuestión al analizar la socio afectividad como requisito para ser designado tutor/a.

⁴⁸DUPRAT, Carolina, Comentario art. 104, en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022, p.623.

⁴⁹BALERIO BURUNDARENA, Ángeles, Comentario art. 107, en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo I, p. 477.

4. Caracteres de la tutela

El art. 105 del CCyC, regula los caracteres de la tutela, así establece que: “La tutela puede ser ejercida por una o más personas, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente. Si es ejercida por más de una persona, las diferencias de criterio deben ser dirimidas ante el juez que haya discernido la tutela, con la debida intervención del Ministerio Público. El cargo de tutor es intransmisible; el Ministerio Público interviene según lo dispuesto en el artículo 103”.

Conforme la norma los caracteres de la tutela son: i) ser un cargo que puede ser unipersonal o pluripersonal, ii) intransferible, iii) voluntario, iv) sujeto a contralor judicial, v) en principio gratuito y vi) con facultades de representación.

A continuación, los analizaré en detalle:

4.1. Unipersonal o Pluripersonal

La tutela puede ser ejercida por más de una persona, ósea, puede ser unipersonal o pluripersonal⁵⁰.

Este es un cambio significativo respecto del código derogado que preveía en su art. 386: “La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos: y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos”. Semejante norma había sido objetada por la doctrina y la jurisprudencia, críticas que fueron reconocidas en los fundamentos del Anteproyecto del CCyC, ya que expresamente se aclaró que: “Se escuchan las voces doctrinales y jurisprudenciales que critican que la tutela sea necesariamente unipersonal. Si se trata de una figura que reemplaza las funciones que se derivan de la responsabilidad parental y ésta, en principio y en beneficio del niño, es ejercida por dos personas, la tutela debe seguir este mismo lineamiento, pudiendo ser ejercida de manera conjunta por dos personas...⁵¹”.

⁵⁰DUPRAT, Carolina, Comentario art. 104, en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia (dirs), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022, p. 611.

⁵¹En relación a la designación de tutela conjunta, es interesante destacar lo resuelto por el Tribunal Colegiado de Rosario, que declaró la inconstitucionalidad del art. 386 del código derogado ya que en el caso concreto la designación de las tías materna y paterna de un adolescente como tutoras en forma conjunta, representaba la mejor solución que respeta el interés superior, teniendo en cuenta el modo en que funcionan sus familias, los lazos afectivos que las unen, el deseo expresado por el joven, las coincidentes y concordantes razones expresadas para el ejercicio de la tutela, y la idoneidad que aquellas demostraron. Se destacó que el art. 386 del código, en cuanto admitía la designación de una sola persona para ejercer el cargo de tutor, era inconstitucional, pues no aceptar la tutela conjunta cuando sí se admite el ejercicio de la “patria potestad” de esa forma resulta discriminatorio y violatorio de los principios contemporáneos que

La postura amplia y receptiva del texto legal indica que es posible aceptar que sea ejercida por más de dos personas en supuestos excepcionales y valorados en el caso concreto, más aún porque no existe prohibición expresa. Pero esta opinión no es unánime en tanto hay quienes sostienen que, aunque la norma dice "más de una persona", la fundamentación de sus redactores se refiere al ejercicio conjunto por dos personas y no más, que es lo que debió decir el artículo para no dejar abierta la posibilidad ilimitada de designaciones plurales⁵². Se ha afirmado que la designación de más de dos tutores, sobre todo si el vínculo con el niño, niña y/o adolescente parte de distintas líneas de parentesco o con relación a los progenitores, puede llevar a conflictos en cuanto a la determinación del cuidado en cabeza de uno u otro tutor/a, y provocar frecuentes desacuerdos que llevarán a la aplicación del segundo párrafo del art.105 del CCyC, que remite a la decisión judicial con la debida intervención del Ministerio Público⁵³.

De todos modos, si se acepta la postura permisiva, debe quedar en claro que la pluralidad de tutores es excepcional, y debe proceder sólo cuando lo justifique el mejor interés de las niñas, niños y/o adolescentes y nunca para satisfacer las expectativas de los adultos⁵⁴.

A modo de ejemplo se puede pensar en casos de ejercicio conjunto por ambos abuelos, el tío/a y su cónyuge o conviviente, a dos hermanos mayores de edad, a dos personas que sean referentes afectivos o personas significativas para la niña, niño y adolescente como sus padrinos⁵⁵. Sin embargo, para evitar futuros conflictos, habrá que analizar el caso concreto y la mejor solución para el niño, niña y/ adolescente que se trate.

El artículo bajo análisis no aclara si, en caso de ser pluripersonal, se pueden distribuir las distintas funciones. Por ejemplo, que uno se ocupe de los aspectos personales, y el otro de los aspectos patrimoniales. No obstante, al establecer que las diferencias de criterio deben ser dirimidas por el juez/a (con intervención del Ministerio

refieren al interés superior del niño, al interés familiar, a la autonomía de la voluntad y al principio pro homine, ínsito en la Constitución Nacional. (Trib. Col.de Fam. Nro. 7 de Rosario, 06/09/2013, "B., F. s/ tutela", DFyP 2014 (agosto), 68, TR LALEY AR/JUR/94778/2013, con nota de GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Convencionalidad, tragedia y derechos*, en DFyP 2014 agosto, 68, AR/DOC/2377/2014).

⁵²GALLI FIANT, María Magdalena, *Vigencia de la tutela como figura de protección*, en LLLitoral, 2017 (junio), 3 TR LALEY AR/DOC/792/2017.

⁵³BASSET, Úrsula C., en ALTERINI Jorge (dirs.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2 da ed., La Ley, CABA, 2016, Tomo I, p.1004.

⁵⁴Ver la crítica de TOBIAS, José W., en ALTERINI, Jorge, H (dirs), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, La Ley, CABA, 2015, Tomo I, p. 911 y ss.

⁵⁵Ver NAVARRO FLORIA, Juan G., *Padrinos y ahijados: relevancia jurídica del parentesco espiritual*, en DFyP 2020 (abril), 47 TR LALEY AR/DOC/694/2020.

Público), parecería indicar que – en principio- deberían ejercer las mismas funciones⁵⁶. Por supuesto que, dado que el juez/a puede resolver que cada tutor se ocupe de lo que estime más conveniente para el niño, niña y adolescente, tiene la facultad de suspender o dejar sin efecto la designación de uno de ellos cuando los desacuerdos sean reiterados y ello repercuta en contra del interés del niño, niña y/o adolescente⁵⁷. Aunque la norma no lo diga, parece lógico que pese sobre ellos el deber de comunicación sobre las decisiones que tomen respecto del niño, niña y/o adolescente, con el otro/s tutor/es.

Los conflictos que se pueden presentar se asemejan a los que se producen en el ejercicio de la responsabilidad parental: desacuerdos relativos a cuestiones patrimoniales sobre bienes del niño, niña y/o adolescente (inversiones sobre los bienes de la persona menor de edad, sobre el inventario de bienes etc.) o relativos a aspectos personales (educación, alimentación, asistencia, régimen de comunicación con parientes).

Es cierto que tal facultad judicial para dirimir las controversias, con intervención del Ministerio Público, no es suficiente para prevenir los conflictos que pueden suscitarse en una designación plural. Por eso resultaría conveniente que al momento de su designación se evalúe si las personas presentan una unidad de criterios sobre la protección y crianza del niño, niña y/o adolescente.

4.2. *Intransferible*

La designación como tutor/a es consecuencia de la valoración de las cualidades personales con relación a la niña, niño y adolescente. Así es que la función se extingue con la muerte del tutor/as, su incapacidad o declaración de capacidad restringida (art. 135 inc. b del CCyC). Dado que está en juego el orden público, los deberes propios del tutor/a no pueden ser objeto de transmisión mediante convenciones particulares (art. 12 1º párrafo CCyC).

Dicho carácter- intrasmisible -hace suponer que el tutor/a no puede otorgar poderes generales, lo que implicaría una forma de delegación de facultades intrasmisibles⁵⁸.

En otras palabras, la tutela no puede ser transferida por actos entre vivos, ni de última voluntad, por lo que no puede ser objeto de cesión ni tampoco de sustitución. Pero

⁵⁶BOSSERT, Gustavo y ZANONNI, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, 7 ed., CABA, Astrea, 2016, p. 419.

⁵⁷Conf. SAMBRIZI Eduardo, en HEREDIA Pablo D. y CALVO COSTA Carlos (dirs), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, 1 ed., Thomson Reuters, CABA, 2022, Tomo I, p.947.

⁵⁸TOBIAS, José W., en *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo III, p.1007.

esto no significa que para determinados actos el tutor/a no pueda otorgar poderes especiales, para que actúen conforme las instrucciones que emita y bajo su control.⁵⁹

4.3. *Voluntaria*

La tutela es una *función voluntaria*. En el código derogado se describía a la tutela como un "cargo personal, que no pasa a los herederos, y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente" (art.379). De la norma derivaba su caracterización como una función obligatoria e inexcusable, salvo justas causas (art. 455, inc. 1 código de Vélez Sarsfield). Dicho carácter tenía relevancia tanto al tiempo de la designación como al tiempo de evaluar los motivos de su dimisión⁶⁰.

Coherente con la finalidad de la institución, en la regulación actual, la aceptación del cargo por el tutor/a o tutores depende de su decisión, pues es un cargo voluntario. Sin embargo, dicha voluntariedad no implica libertad irrestricta para dejar de función, ya que la renuncia debe ser evaluada y aceptada por el juez/a (art. 135 inc. b) de CCyC) y no libera de las responsabilidades que le correspondan por un desempeño deficiente (art. 118 CCyC)⁶¹

4.4. *Sujeta a contralor judicial*

Aún en los casos de designación por los progenitores, el discernimiento de la tutela es siempre judicial.

Tal como se anticipó, aunque la designación sea realizada por los progenitores a través de un acto de última voluntad, escritura pública o por haber delegado previamente el ejercicio de la responsabilidad parental conforme el art.643 del CCyC en un pariente o referente afectivo, el discernimiento⁶² siempre va a ser judicial. Ya que implica la evaluación del juez/a de las cualidades personales y patrimoniales de la persona para su designación en atención al interés superior del niño, niña y adolescentes de que se trate.

Al sostener que la tutela es una forma de garantizar el derecho a la vida familiar y al cuidado del niño, niña y adolescente la función judicial de contralor en su discernimiento obedece a la doctrina de la protección integral de derechos.

⁵⁹Conf. SAMBRIZI, Eduardo en HEREDIA Pablo D. y CALVO COSTA Carlos (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, 1 ed., Thompson Reuters, CABA, 2022, p. 947.

⁶⁰ GALLI FIANT, María Magdalena, *Vigencia de la tutela como figura de protección*, en LLLitoral 2017 (junio), 3 TR LALEY AR/DOC/792/2017.

⁶¹Ver TOBIAS, José W, en ALTERINI, Jorge H. (dirs), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 915 y ss.

⁶² Explican Zannoni y Bossert que el discernimiento es el acto jurisdiccional por el cual el tutor/a queda investido jurídicamente de su carácter de tal. (ver BOSSERT, Gustavo y ZANNONI Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, 7ed., Astrea, CABA, 2016, p.424)

Pero el órgano jurisdiccional no solo interviene en el discernimiento, sino que también mantiene su intervención para autorizar actos, fiscalizar el desempeño, aprobar rendición de cuentas, entre otras. En todos los casos, el Ministerio Público asume su actuación en beneficio de la persona menor de edad, con carácter complementario o principal, (arts. 103 y 105 CCyC, entre otros)⁶³.

4.5. *En principio, gratuidad*

En general se caracteriza por ser una *función gratuita* porque el ejercicio de la tutela se orienta a la protección de la persona y del patrimonio de la niña, niño y adolescente.

Sin embargo, cabe la excepción: cuando tienen bienes que generan rentas que exceden la atención de las necesidades de alimentos y educación, puede percibir una retribución que se regula en el art. 128 CCyC: "Retribución del tutor. El tutor tiene derecho a la retribución que se fije judicialmente teniendo en cuenta la importancia de los bienes del tutelado y el trabajo que ha demandado su administración en cada período. En caso de tratarse de tutela ejercida por dos personas, la remuneración debe ser única y distribuida entre ellos según criterio judicial. La remuneración única no puede exceder de la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor de edad...".

El derecho a la retribución cesa si el tutor/a o tutores designado/s por testamento ha recibido un legado remuneratorio y opta por conservarlo, si las rentas del niño, niña y adolescente no son suficientes para cubrir sus necesidades, si se produjo la remoción por su culpa o dolo, o en caso de matrimonio entre el tutor y la persona menor de edad sin la dispensa judicial (art. 129 CCyC). Tratándose de un derecho patrimonial concedido en el solo interés del tutor/a, puede renunciar a la retribución por el desempeño pasado o futuro⁶⁴.

4.6. *Con facultades de representación*

Es una *función representativa de carácter subsidiario* (conf. art.101, inc, b del CCyC) pues salvo los supuestos de tutela especial, se designa tutor/a cuando no hay progenitores que ejerzan la responsabilidad parental, quienes son los primeros responsables de representar a los/as hijos/as.

⁶³GALLI FIANI, María Magdalena, *Vigencia de la tutela como figura de protección*, en LLLitoral 2017 (junio), 3 TR LALEY AR/DOC/792/2017.

⁶⁴GALLI FIANI, María Magdalena, ob.cit.

5. Prohibiciones para ser designado/a tutor/a

En el art. 108 del CCyC se establecen las prohibiciones para ser tutor/a: “El juez no puede conferir la tutela dativa: a) a su cónyuge, conviviente, o parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad; b) a las personas con quienes mantiene amistad íntima ni a los parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad; c) a las personas con quienes tiene intereses comunes; d) a sus deudores o acreedores; e) a los integrantes de los tribunales nacionales o provinciales que ejercen sus funciones en el lugar del nombramiento; ni a los que tienen con ellos intereses comunes, ni a sus amigos íntimos o los parientes de éstos, dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad; f) a quien es tutor de otro menor de edad, a menos que se trate de hermanos menores de edad, o existan causas que lo justifiquen”.

Así se estipulan las prohibiciones que impiden al juez/a discernir la tutela dativa en determinadas personas. La finalidad de la norma es garantizar la imparcialidad y evitar que la designación pueda resultar en perjuicio de los intereses de las niñas, niños y adolescentes y en beneficio de intereses personales del juez/a o del tutor/a discernido.

Si bien el contenido del texto legal es similar al derogado, se adecua el lenguaje y elimina la excepción de que una persona no pueda ejercer la tutela de varios niños, niñas y adolescentes salvo que “se trate de filántropos reconocidos públicamente como tales”, por la mención “de causas que lo justifiquen”. Se ajusta a un lenguaje más sencillo y actual.

Se ha explicado que la facultad del juez/a de discernir tutor/a dativo encuentra un límite claro en las personas que el artículo menciona, y que importan una verdadera incapacidad de derecho para ejercer esa función⁶⁵.

También se descarta la posibilidad de designar a aquellas personas que ya son tutores de otra persona menor de edad salvo que se trate de hermanos menores de edad. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta ya que podrá otorgarse la tutela cuando existan razones que la justifiquen y sea en beneficio de la niña, niño y /o adolescente que se trata.

La consecuencia de nombrar a las personas que la ley prohíbe expresamente es la nulidad de la designación, -lo que lleva a la remoción del tutor/a y las sanciones que

⁶⁵TAVIP, Gabriel, Comentario art. 108, en ALFERILLO, Pascual; BORDA, Alejandro y GARRIDO CORDOBERA Lidia (dirs.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, CABA, 2015, Tomo I, p. 136.

pudieran corresponder al magistrado/a-, además de la responsabilidad por daños que pudieron haberse causado. En cuanto a los actos que fueron realizados por el tutor/a, son en principio válidos, salvo la existencia de una colusión dolosa en perjuicio de la niña, niño y/o adolescente ⁶⁶ (conf. art. 292 del CCyC).

6. Avances en la demostración de la hipótesis

El análisis de la definición de la tutela, sus antecedentes, clases, modalidades, caracteres y prohibiciones evidencia la centralidad del control jurisdiccional como mecanismo indispensable de resguardo de derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Se destaca que el legislador optó por abandonar el antiguo sistema de la tutela legal y lo reemplazó por un modelo que prioriza la idoneidad de la persona designada por sobre el parentesco. Esta decisión normativa se alinea con el paradigma de protección integral de derechos, en tanto coloca en el centro de la decisión judicial el interés superior de cada niña, niño y adolescente, y reconoce la relevancia de los vínculos socioafectivos como criterio de selección.

Desde esta perspectiva, no cabe sino coincidir con quienes critican su ubicación metodológica en el Libro Primero-Parte General del CCyC y la conveniencia de incluirla en el Libro Segundo- Relaciones de Familia- luego de la Responsabilidad Parental (posiblemente en un nuevo título localizado antes de los Procesos). Tal solución resultaría coherente con la revalorización de la figura como subsidiaria a la responsabilidad parental.

En cuanto al examen de sus modalidades -designación por los/as progenitores y tutela dativa -aunque la práctica judicial no parece haber tomado debida nota, los cambios de paradigma son evidentes, en especial porque se abandona una concepción meramente legalista para priorizar el vínculo socioafectivo. Esta transformación se encuentra en consonancia con la doctrina de la protección integral y en consecuencia con los estándares internacionales de derechos humanos.

También los caracteres de la institución dan cuenta de un conjunto de rasgos que aseguran su coherencia con la doctrina de los derechos humanos: es intransferible, voluntaria pero sometida a control judicial, en principio gratuita y con facultades de representación. Estos elementos no solo resguardan a la persona menor de edad frente a

⁶⁶BASSET, Úrsula C., en ALTERINI Jorge (dirs.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2 da ed., La Ley, CABA, 2016, Tomo I, p. 1026.

potenciales abusos o negligencias, sino que también refuerzan el principio de corresponsabilidad estatal en la garantía del derecho al cuidado.

El régimen de prohibiciones establecido en el art. 108 del CCyC mantiene -en general- los lineamientos del sistema derogado. Su importancia no es menor porque refuerza la preocupación por asegurar imparcialidad y transparencia en el discernimiento de tutores y evitar situaciones de conflicto de intereses o vínculos de cercanía que pudieran desvirtuar su finalidad. De este modo, la tutela se configura como un instrumento jurídico de protección eficaz, siempre que su aplicación se interprete y ejerza bajo la perspectiva de derechos humanos y con el interés superior del niño como parámetro rector.

Sentados los beneficios que la figura aporta, su contraste con la limitada aplicación en las prácticas judiciales me conduce a una necesaria revisión de los argumentos o razones subyacentes. De este planteo y replanteo me ocuparé en el próximo capítulo.

CAPITULO III: Sistemática legal de la institución de la tutela en la Argentina

En este capítulo completa el anterior al tiempo que pretende mayor profundidad en el estudio de la sistemática legal de la figura vigente.

Con este propósito se examinan a fondo los requisitos de idoneidad exigidos a quienes pueden ser nombrados tutores, los cuales comprenden tanto aspectos patrimoniales como éticos. Se pone especial énfasis en la socioafectividad como requisito de idoneidad, en tanto garantiza que el ejercicio de la tutela no solo responda a la capacidad material y moral de la persona que la asume, sino también a la existencia de vínculos afectivos significativos con la niña, el niño y adolescente que se trate.

Vinculado también al problema planteado, se analiza el presupuesto que abre el juego a la tutela: “que no haya persona que ejerza la responsabilidad parental” pues lo que se busca es la protección del niño, niña o adolescente. Ello conduce a examinar las causales de privación y suspensión de la responsabilidad parental.

En aras de demostrar su pertinencia como herramienta judicial de protección de derechos, corresponde luego ingresar de lleno al estudio de los efectos jurídicos que implica su discernimiento.

Finalmente, no puede faltar una revisión de las reglas instrumentales previstas en los códigos procesales de familia para asegurar la tutela judicial efectiva del derecho sustancial involucrado.

1. Requisitos para ser designado tutor/a

El CCyC establece una serie de requisitos que deben ser corroborados por el juez/a al momento de discernir la tutela que se encuentran previstos en el art. 110 del CCyC: “No pueden ser tutores las personas: a) que no tienen domicilio en la República; b) quebradas no rehabilitadas; c) que han sido privadas o suspendidas en el ejercicio de la responsabilidad parental, o han sido removidas de la tutela o curatela o apoyo de otra persona incapaz o con capacidad restringida, por causa que les era atribuible; d) que deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país; e) que no tienen oficio, profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria; f) condenadas por delito doloso a penas privativas de la libertad; g) deudoras o acreedoras por sumas considerables respecto de la persona sujeta a tutela; h) que tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor. La prohibición se extiende a su cónyuge,

conviviente, padres o hijos; i) que, estando obligadas, omiten la denuncia de los hechos que dan lugar a la apertura de la tutela; j) inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida; k) que hubieran sido expresamente excluidas por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente”.

Conviene advertir que estos requisitos funcionan también como prohibiciones (que se suman a los supuestos enumerados en el artículo 108 CCyC), aunque sus fundamentos difieren. Aquí se descarta la designación por diferentes razones, se si:

1.1. No garantizar la buena administración.

El fundamento de esta inhabilidad radica en que, al ejercer el tutor/a o tutores una función de representación que actúa con el objetivo de proteger la persona y bienes del niño, niña y/o adolescente, debe ser una persona idónea para ejercer tal cargo y para administrar sus bienes. Los supuestos de exclusión se fundan que no va a garantizar la buena administración de los bienes de la persona menor de edad, lo que se presume si no tienen su domicilio en el país, o deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país, ha sido declarado en quiebra o removido de la tutela, curatela o del cargo de apoyo de otra persona incapaz o con capacidad restringida, o existen conflicto de intereses entre los/as representados y los/as posibles tutores tales como deudores, acreedores por sumas considerables respecto de las personas sujeta a tutela, o tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor, su cónyuge, conviviente, padres o hijos.

Para acreditar no incurrir en esta causal se acompaña certificado del Registro Civil y Capacidad de las personas, certificado de la Suprema Corte o Organismo que lleve el Registro de los juicios universales. También podría fundarse en un informe social que acredite su domicilio en el país.

El supuesto de conflicto de intereses resulta – a priori- difícil de acreditar con una prueba informativa. Sin embargo, seguramente de la escucha del niño, niña y /o adolescente puede aportar mayor conocimiento sobre tal situación. Por lo que es muy importante que en el proceso de discernimiento de tutela se garantice la respectiva información y correspondiente escucha (art. 707 CCyC).

1.2. Razones de orden ético

Excluye a las personas que han sido privadas o suspendidas del ejercicio de la responsabilidad parental, o removidas de la tutela, curatela o designación de apoyo por razones que le sean atribuibles. Es lógico pensar que si esa persona fue privada por sentencia judicial de la responsabilidad parental de sus hijos/as por conductas que prevé la ley de gravedad, no puede presumirse que vaya a ejercer el cargo de tutor/a de manera favorable a los intereses otro niño, niña y/o adolescente.

Las causales de privación de la responsabilidad parental se encuentran reguladas en los arts. 700 y 700 bis del CCyC.

Si la persona está suspendida del ejercicio de la responsabilidad parental será difícil que pueda ejercer el cargo de tutor/a respecto otro niño, niña y/o adolescente. Si no puede cuidar de su propio hijo/a, menos podrá asumir la función respecto de un tercero a su cargo. Las causales de suspensión se encuentran regulada en el art. 702 del CCyC.

1.3. Causas personales

No tener oficio, profesión o modo de vida conocido, o mala conducta notoria, o porque han sido condenadas por delitos dolosos a penas privativas de la libertad excluye la posibilidad de discernimiento como tutor. Para probar que no está incurso en esta causa de inhabilidad por lo general se requiere que el tutor/es propuesto acompañe un certificado de buena conducta.

1.4 Omisión de denuncia

En esta causal se incluyen a quienes estando obligados no denuncian los hechos que dan lugar al discernimiento de la tutela.

Comprende aquellas personas que fueron expresamente excluidas por los progenitores ya sea en testamento o escritura pública de ejercer la función. Este último supuesto, sin embargo, no es absoluto. Si el juez/a entiende que resulta conveniente para asegurar el mejor interés del niño, niña o adolescente, puede hacer caso omiso a tal exclusión y designarlo con la respectiva fundamentación.

2. La socioafectividad como requisito innovador

Como se ha sostenido, al eliminarse la tutela legal, el CCyC habilita el discernimiento como tutor/as de aquella persona que tenga con el niño, niña y/o

adolescente un vínculo de afecto, aunque no sea de parentesco. Esta disposición confirma de manera indubitable la recepción de la socioafectividad en el campo de la tutela.

Desde hace tiempo que la noción de socioafectividad⁶⁷ ha irrumpido en las relaciones familiares, dicha noción tiene un componente social y afectivo que no se asocia al parentesco, "su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que conviven o no con vínculos parentales⁶⁸". Se ha dicho que la socioafectividad expone "...cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social, y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos..."⁶⁹.

En nuestro sistema normativo, podemos encontrar varias normas que dan relevancia al elemento afectivo desde antes de la sanción del CCyC. Así, en el art. 7 del decreto reglamentario 415/2006 de la ley N° 26.061, se previó que podía incluirse en el concepto de familia "... a otros miembros de la comunidad que representen para las niñas, niños y adolescentes, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección".

En el CCyC, también existen una serie de normas que refieren a las nociones de "vínculo afectivo", "allegado" o "referente afectivo", tales como: el art. 59 que permite que el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud pueda ser otorgado por el "allegado" que acompañe al paciente, el art. 556 que determina como beneficiarios del derecho de comunicación a quienes justifiquen un "interés afectivo legítimo", el art. 607 establece que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no será dictada si algún familiar o "referente afectivo" ofrece asumir su guarda o tutela, siempre que tal solicitud sea adecuada su interés, el art. 608 que faculta al juez/a a escuchar "a los parientes y otros referentes afectivos" en el proceso de declaración de situación de adoptabilidad, el art. 646, inciso e) que estipula entre los deberes de los progenitores el de respetar y facilitar el derecho del hijo/a a mantener relaciones

⁶⁷ Esta noción, si quiere disruptiva del escenario jurídico tradicional, proviene del derecho brasilero y abre la brecha para sentar posibilidades del ejercicio de derechos antes no reconocidos, a partir del desapego a las pautas netamente biológicas para dar lugar a las sociológicas del presente. Ver DUPRAT, Carolina, FERNÁNDEZ Silvia, GONZALEZ DE VICEL, Mariel y HERRERA Marisa, en KEMELMAJER Aida, HERERRA Marisa y LLOVERAS Nora (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, 1ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tomo I, p. 26.

⁶⁸ KRASNOW, Adriana, *La socioafectividad en el derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida*, en Revista de Derecho (Valdivia), vol. 32, Nro. 1, junio de 2019, p. 71/94.

⁶⁹ HERRERA, Marisa, *Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?*, en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), *Tratado De Derechos de niños, niñas y adolescentes*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, Tomo I, p. 975.

personales con los abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un "vínculo afectivo", entre otras.

En el terreno de la tutela, la jurisprudencia no estuvo ajena al nuevo paradigma y reconoció que la socioafectividad entre una niña con sus tutores, permitía tener por configurada la idoneidad indispensable para su designación. El caso resuelto por el Juzgado de Familia n° 5 de Córdoba,⁷⁰ giró sobre los siguientes hechos: una niña de corta edad cuya madre- única progenitora- había enfermado de cáncer. Durante el transcurso de la enfermedad de su madre permaneció durante algunos días al cuidado de sus vecinos y amigos, hasta que la situación adquirió mayor estabilidad porque la mujer tuvo que ser internada hasta que falleció. La niña se fue integrando progresivamente al sistema familiar de sus vecinos y éstos solicitaron su tutela. Un pariente compareció al proceso por orden del Tribunal (tío materno), quien se allanó a la demanda y explicó que había perdido contacto con su hermana y que advertía que la mejor solución para la niña era ser cuidada por los presentantes.

La jueza analizó el alcance del art. 104 del CCyC; sostuvo que el instituto de la tutela está destinado a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. Explicó que se trata de una institución supletoria, presupone que el niño carece de padre y madre o que, teniendo a uno de ellos o a ambos, éstos han sido privados de su responsabilidad parental o se les ha suspendido en su ejercicio. A falta de nombramiento de tutor por los padres en su testamento o por escritura pública, se tienen en cuenta los vínculos de familia, que son los que habitualmente aconsejan hacer prevalecer a un familiar allegado al niño, por sobre un extraño. Tuvo en cuenta que, el tío materno se allanó, y que conforme el art. 107 del CCyC, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad. Sobre esta base, la escucha de la niña y el vínculo socioafectivo otorgó la tutela a los vecinos quienes acreditaron ser las personas más idóneas para su cuidado.

Del fallo en cuestión se pueden destacar dos aspectos: i) se ordenó correr traslado a un tío (parece sujetarse al preconcepto de que los parientes serían los primeros obligados a ejercer tareas de cuidado), y ii) se consideró a la socioafectividad como un requisito de

⁷⁰JFamilia, 5A Nominación, 14/09/2021, "L., S, P., y otros – tutela", LA LEY 14/10/2021, 10 – SJA, 27/10/2021, 95 - DFyP 2022 (febrero), 76 TR LALEY AR/JUR/152389/2021.

idoneidad que debe ser ponderado por la judicatura. Si es un vínculo genuino de afecto debe ser priorizado al momento de resolver.

Así las cosas, en las XXVIII Jornadas de Derecho Civil que se realizaron en Mendoza (2022)⁷¹, entre sus conclusiones se votó por unanimidad que: “La socioafectividad como dato de la realidad requiere revalorizar la presencia de quien sea referente afectivo en la vida de los niños, niñas y adolescentes, en diversos supuestos, tales como: delegación de la responsabilidad parental, guarda judicial, tutela y sistema de apoyos”

3. Presupuesto legal: “que no haya persona que ejerza la responsabilidad parental”

Según el texto vigente, “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona *que ejerza* la responsabilidad parental...”.

Por lo tanto, la tutela ingresa como figura de protección de derechos cuando los progenitores han sido privados o suspendidos del ejercicio de la responsabilidad parental o han fallecido; lo dicho se articula con el art. 703 que asume las consecuencias de estas situaciones y abre el juego a la tutela.

De allí que corresponda ingresar al estudio de las casuales que se encuentran enumeradas en los arts. 700, 700 bis y 702 del CCyC.

La privación de la responsabilidad parental implica una sanción que obedece a conductas o circunstancias que son reprochables a los progenitores, por lo tanto, en principio- operan frente una acción u omisión de ellos con relación a los deberes que emanan de la responsabilidad parental respecto de sus hijos/as⁷². En cambio, la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental responde a situaciones fácticas en las que no es posible ejercer los deberes-derechos, por causas ajenas a un reproche o sanción del progenitor/a⁷³. Aclara Videtta que en algunos supuestos del art. 702 del CCyC podría implicar cierta responsabilidad – convivencia del hijo/a con un tercero/a inc. d)-

⁷¹Disponible en <https://mendozalegal.com/2022/09/27/conclusiones-y-ponencias-de-las-xxviii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-mendoza-2022/>.

⁷² MIGNON, Belén, Comentario art.700 del CCyC en KEMELMAJER Aida y HERRERA Marisa (dirs), *Tratado de Persona Humana y Derecho de las Familias*, 1 ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2024, Tomo V, p.695.

⁷³HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ Silvia (Colaboradoras), *Manual de Derecho de las Familias*, 2 da edición., Abeledo Perrot, CABA, 2019, p. 922.

ya que la conducta del progenitor/a podría tener alguna incidencia. De allí que la suspensión afecta únicamente al ejercicio y no a la titularidad, la que continua en cabeza del progenitor/a suspendido/a⁷⁴.

Las causales de privación se encuentran reguladas en los arts. 700 y 700 bis del CCyC que establecen: “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) el abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o bajo la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; y d) el haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incs. a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; mientras que en el caso previsto en el inc. d), desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo” (art.700 del CCyC).

En tanto en el art. 700 bis del CCyC se incorporan con una marcada mirada de género⁷⁵ como causales de privación de la responsabilidad parental: “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 art. 80, incs. 1º y 11 del Cód. 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 art. 91 del Cód. 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 art. 119 del Cód. 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”.

Mientras que las causales del art. 700 del CCyC requieren de una sentencia judicial que la declare, y, por lo tanto, producen efectos a partir de su dictado, en los supuestos enunciados en el art. 700 bis incorporados por la ley N° 27.363⁷⁶, la privación

⁷⁴ VIDETTA, Carolina, *Protección y autonomía: el derecho a la vida familiar de niñas, niños y adolescentes. Entrecruzamientos normativos. Análisis jurisprudencial. Propuestas legislativas*. 1ed., Editores del Sur, CABA, 2025, p. 370.

⁷⁵ Ver PREVETTI GARCÍA, Mayra, *La suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental como medida de protección integral. Análisis desde la perspectiva de género sobre la tutela efectiva de los derechos de niños, niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia*, RDF 121, 160, TR LALEY AR/DOC/1831/2025.

⁷⁶ Ver FERNÁNDEZ, Silvia E., *Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363*, LA LEY 01/08/2017, 01/08/2017, 1 - LA LEY2017-D, 1015 - RCCyC 2017 (agosto), 10/08/2017, 95 - DFyP 2017 (septiembre), 06/09/2017, 38, AR/DOC/1759/2017.

de la responsabilidad parental viene impuesta como consecuencia de la sentencia condenatoria en sede penal, quedando reservado para el fuero de familia, el dictado de medidas orientadas a la protección del hijo/a, quien queda en una situación de extrema vulnerabilidad⁷⁷ ya que una vez que adquiere firmeza la condena penal, se produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental.

Frente a tal consecuencia jurídica, para proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la norma prevé que la sentencia deberá ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el art. 703 del CCyC, y además asegurar su debida participación conforme lo establecen el art. 26, segundo párrafo del CCyC y el art. 27 de la ley N° 26.061.

En la práctica forense muchas veces sucede que hay una superposición de intervenciones de los diversos fueros con relación a los supuestos del art. 700 bis del CCyC, porque dichas conductas constituyen delitos graves hacia las persona de los hijos/as o contra el otro/a progenitor/a. En estas circunstancias es probable que ya se encuentre interviniendo el organismo de protección de derechos y esos niños, niñas y/o adolescentes están insertos en el sistema de protección, tramitándose en el fuero de familia el control de legalidad de medidas excepcionales o su declaración de situación de adoptabilidad o guarda judicial.

Vale destacar, que la norma también reviste mucha utilidad en el supuesto de que el niño, niña y/o adolescente se encuentre bajo el amparo o cuidado de otro progenitor/a. Ello es así porque la sentencia penal condenatoria o la declaración de responsabilidad penal en grado de tentativa implica de pleno derecho la privación de responsabilidad parental del progenitor/a que cometió este grave delito hacia el hijo/a. En consecuencia, que queda en cabeza del otro/a el ejercicio unilateral de la responsabilidad parental.

Pero si no existe otro progenitor que concentre el ejercicio de la responsabilidad parental, en los casos del art. 700 del CCyC o del 700 bis del CCyC, la tutela se presenta como una alternativa posible para garantizar el derecho de esa niña, niño y/o adolescente a vivir en familia y a ser cuidado.

⁷⁷ PANATTI, Marcela V. - PENNISE IANTORNO, María Soledad, *Cuestiones vinculadas al régimen de responsabilidad parental. Un análisis con la mirada puesta en el interés superior del niño*, DFyP 2019 (octubre), 45, TR LALEY AR/DOC/2135/2019.

A fin de asegurar una tutela judicial oportuna, en los supuestos del art. 700 del CCyC, el trámite de discernimiento del tutor/a puede ocurrir en forma paralela al de privación de responsabilidad parental. En tanto en los supuestos del art. 700 bis del CCyC bastará acompañar la sentencia condenatoria. En este punto es importante destacar quienes son las personas legitimadas para iniciar el proceso de privación de responsabilidad parental, situación no estipulada en la norma de fondo. En los supuestos de los incs. a), b) y c) del art. 700 del CCyC parece que son sujetos activos el otro/a progenitor/a, el niño, niña y adolescentes, el Ministerio Público Pupilar, y cualquier pariente o persona que tenga a su cuidado el niño, niña y adolescente. Poca relevancia tiene aquí la declaración de situación de adoptabilidad (inc. d) porque en este caso se abre el juego de la adopción (y no la tutela).

Del otro costado hay que estudiar los supuestos de suspensión del ejercicio y sus implicancias para la tutela.

El artículo 702 del CCyC establece que el ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: “a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años; c) la declaración, por sentencia firme, de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental, que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales; e) el procesamiento penal o acto equivalente, por los delitos mencionados en el art. 700 bis”.

Además, según la reforma de la ley N° 27.363, el auto de procesamiento debe ser comunicado al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el art. 703, y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, competente en cada jurisdicción, para que luego someta la medida que adopte al control de la justicia civil”. Asimismo, este inciso prevé la posibilidad de que el niño, niña y /o adolescente con edad suficiente, frente a la existencia de intereses contrapuestos con el progenitor/a de que se trate, actúe con asistencia letrada, de conformidad con lo previsto en los arts. 26, 2° párrafo del CCyC y 27 de la ley N° 26.061. Si bien la norma toma como punto de partida el auto de procesamiento para activar el mecanismo de protección del niño, niña y adolescente, ya que es dicho acto el que conlleva a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, lo cierto es, que, de acuerdo con las circunstancias del caso, podría resultar necesaria esa articulación antes de tal oportunidad procesal, si ese abordaje persigue una efectiva defensa de sus derechos. Así entonces, corresponde enfatizar que,

en atención a los delicados intereses en juego, se impone una actuación administrativa y judicial, que tenga como ejes la celeridad, prudencia, provisoriedad y efectividad⁷⁸. La norma también establece que no se procederá a suspender el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del presente inciso, en los casos del art. 700 bis, incs. a) y b), cuando en los hechos investigados o en sus antecedentes mediare violencia de género.

Se ha explicado⁷⁹ que las causales del art. 702 del CCyC se pueden clasificar en casuales objetivas o subjetivas. Son objetivas aquellas que por situaciones ajenas o que hacen referencia a conductas negligentes por parte de los progenitores, la ley considera que debe ser una consecuencia jurídica temporal. Comprende la presunción de fallecimiento, la privación de la libertad, y la sentencia de restricción a la capacidad jurídica. Por lo contrario las razones que hacen imposible la convivencia y el auto de procesamiento por delitos previstos en el art. 700 bis del CCyC implican una conducta negativa por parte del progenitor/a hacia el hijo/a.

En las causales objetivas la suspensión opera de *ipso iure*, como consecuencia de la sentencia firme dictada, según el supuesto de que se trate. Una vez agotadas las circunstancias que dieron origen a la suspensión, aquella queda sin efecto, también automáticamente. La causal que mayor impacto parece tener para este estudio es la prevista en el inc. d) -la convivencia del hijo o hija con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales-. Ello porque implica el cese de convivencia del progenitor/a con por razones debidamente fundadas.

Finalmente, cabe recordar que todo este sistema se refuerza en el art. 703 del CCyC que se refiere a las consecuencias de la privación o suspensión del ejercicio, cuando no hay otro progenitor que lo asuma. El texto dice que “se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente”.

⁷⁸ PANATTI, Marcela V., PENNISE IANTORNO, María Soledad, *Cuestiones vinculadas al régimen de responsabilidad parental. Un análisis con la mirada puesta en el interés superior del niño*, DFyP 2019 (octubre), 45, TR LALEY AR/DOC/2135/2019.

⁷⁹ Ver HERRERA, Marisa Comentario art. 702, en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo V, 2022, p.528.

Lo dicho hasta aquí anticipa mi postura que la figura no procede cuando existe quien ejerza la responsabilidad parental.

Esta afirmación se aparta de la propuesta realizada en el marco de las Jornadas XXVIII Nacionales de Derecho Civil en la Comisión de Familia. Allí se sugirió agregar en el primer párrafo del artículo 104 el siguiente texto : “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental o, cuando la hubiera, solo pueda llevar adelante determinadas funciones, pudiendo en este caso coexistir ambos institutos siempre que se funde debidamente en el interés superior del/la niña, niño y/o adolescente y los vínculos afectivos”.

Si bien la propuesta de las Jornadas permite dar una solución a situaciones complejas, de niñas, niños y adolescentes que seguramente han transitado el sistema de protección de derechos, puede resultar engorrosa al momento de ser puesta en la práctica en situaciones de la vida cotidiana o más trascendentes como los actos previstos en los arts. 645 y 692 del CCyC y también si lo interpretamos en conjunto con el art. 117 del CCyC que establece que el tutor/a es una figura de representación de derechos.

Por lo que este razonamiento nuevamente insta a afirmar la propuesta, que será desarrollada a continuación, revalorizar la tutela cuando se acredite el no ejercicio por parte de los progenitores de la responsabilidad parental, manteniendo su figura como subsidiaria⁸⁰.

4. Efectos del discernimiento de tutor/a previstos en CCyC.

La Sección Segunda del Libro Primero en los párrafos 3° y 4°, de CCyC regula aspectos centrales vinculados al ejercicio de la tutela, a la administración patrimonial y a la rendición de cuentas derivada de su gestión.

De la lectura de estas disposiciones se desprende que, si bien la normativa vigente introduce un tratamiento diferenciado respecto de la concepción tradicional del código de Vélez -al reconocer al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos y no

⁸⁰ En algunos países procede en casos de suspensión y privación de responsabilidad parental tal como es el caso de Bolivia, Brasil y Cuba. A su vez, no solo se trata de una figura tendiente a la protección de los bienes de las niñas, niños y adolescentes, sino que se focaliza en la crianza, educación como acontece en Colombia, Ecuador, Venezuela, El Salvador y Cuba entre otros. (Ver en VIDETTA, Carolina, *Protección y autonomía: el derecho a la vida familiar de niñas, niños y adolescentes. Entrecruzamientos normativos. Análisis jurisprudencial. Propuestas legislativas*. 1ed.,2025, Editores del Sur, CABA, p. 373)

meramente como objeto de protección-, persiste un marcado sesgo patrimonial en su estructura normativa. Esta práctica parece no haber tomado debida nota que el art. 104 en su segundo párrafo deja en claro que “Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo”. De lo cual se deriva una concreta responsabilidad en el cuidado y la crianza.

Esta impronta patrimonialista parece explicar por qué, en la práctica forense, la tutela sigue siendo percibida como una institución orientada a la administración y resguardo de los bienes del niños, niña y adolescente, antes que como un mecanismo que garantice efectivamente sus derechos fundamentales, en particular el derecho a vivir en familia y a ser cuidado.

En este sentido, el art. 117 del CCyC establece que quien ejerce la tutela actúa como representante legal del niño, niña o adolescente en todos los asuntos de índole patrimonial. Sin embargo, reconoce expresamente la intervención personal de la persona menor de edad en el ejercicio de su derecho a ser oída y en el marco del progresivo reconocimiento de su capacidad, ya sea legalmente previsto o judicialmente autorizado.

El art. 118 del CCyC, por su parte, dispone que el tutor/a responde por los daños ocasionados por la persona menor de edad en el ejercicio o con motivo de sus funciones, configurándose así un doble ámbito de responsabilidad: i) por los daños ocasionados por acción u omisión en perjuicio de la persona o bienes del niños, niña y adolescente, y ii) por los daños que este último cause a terceros⁸¹, conforme a lo previsto en el art. 1756 CCyC⁸². Esta regulación reviste importancia si se quiere resaltar la concepción de la tutela como función de cuidado integral, que abarca tanto la persona como el patrimonio del niño, niña o adolescente.

En materia de alimentos y educación, el art. 119 del CCyC impone al juez/a el deber de fijar las sumas necesarias para su satisfacción, habilitando al tutor a demandar alimentos de los parientes obligados, con autorización judicial. Aunque las funciones de

⁸¹ Explica Luz Pagano en un artículo de doctrina un caso donde con motivo de un accidente de tránsito en el que su conductor embistió a una persona con su motocicleta, se dijo que no puede pretenderse que un tutor impida a su pupilo manejar un vehículo si el Estado le ha otorgado el registro habilitante, pero sí puede exigírsele que le impida hacerlo si no cuenta con un seguro de responsabilidad civil obligatoria contra terceros. Por ello, pese a que el joven protagonista del accidente de tránsito tenía registro habilitante, se concluyó en que no contando con seguro de responsabilidad civil cuya contratación es obligatoria la tutora no había ejercido una vigilancia activa sobre su tutelado (ver PAGANO, Luz, Régimen jurídico de la tutela, RCCyC 2015 (septiembre), 53, TR LALEY AR/DOC/2999/2015).

⁸²DUPRAT, Carolina, comentario art.117 en HERERRA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, 1ed., Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022, p.658.

educación y alimentos reconocen en el fondo el deber de cuidado, el texto de la norma da cuenta de la preocupación “económica” más que personal (aunque el segundo párrafo del artículo 104 introduzca los principios generales de la responsabilidad parental).

También se introducen límites expresos a la actuación del tutor/a: le está vedado celebrar actos con el niño, niña y adolescente que se encuentran prohibidos a los progenitores respecto de sus hijos/as menores de edad, incluso con autorización judicial.

La regla general consiste en la prohibición de suscribir con el niño, niña y adolescente cualquier clase de contrato. Específicamente el art. 689 del CCyC dispone que "No pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor pre fallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros". Tampoco puede celebrar contrato de comodato respecto de los bienes de su tutelado (art. 1535 inc. a) del CCyC, ni efectuar transacciones respecto de las cuentas de su gestión, (art. 1646, inc. b) del CCyC ni permutar ya que, en lo no previsto en el capítulo pertinente, se aplican supletoriamente las normas de la compraventa (art. 1175 del CCyC)⁸³.

También con el foco en los intereses patrimoniales, el tutor/a tiene impedido celebrar contrato alguno con la persona bajo tutela, aun concluida su función, hasta que no se encuentre aprobada judicialmente la cuenta final de su gestión. En el código civil derogado, transcurrido el plazo de un mes desde la rendición de cuentas cesaba la prohibición. En cambio, ahora subsiste el impedimento mientras el juez/a no apruebe la rendición de cuentas, con independencia del tiempo transcurrido desde su presentación pues una vez aprobadas ya no existe problema en contratar.

Con la misma perspectiva patrimonial, el art. 121 del CCyC enumera los actos que requieren autorización judicial, extendiendo los supuestos previstos para los progenitores. Entre ellos se incluyen: adquisición de inmuebles o bienes no destinados a la satisfacción de necesidades alimentarias, préstamos de dinero, contratos de locación por plazos superiores a tres años, endeudamiento, transacciones, repudiación de herencias y actos en los que exista un interés directo o indirecto del tutor o sus allegados. En esta misma línea, el art. 122 del CCyC limita la disposición de derechos reales sobre bienes

⁸³PAGANO, Luz, *Régimen jurídico de la tutela*, RCCyC 2015 (septiembre), 53, TR LALEY AR/DOC/2999/2015.

del tutelado a supuestos de “conveniencia evidente”, y el art. 123 del CCyC establece que la enajenación de bienes con valor afectivo o cultural solo procede en casos de absoluta necesidad, privilegiando la subasta pública como medio de venta.

Respecto del manejo de fondos, el art. 124 del CCyC dispone que el dinero del niño, niña y/o adolescente, una vez cubiertos los gastos de la tutela, debe colocarse en bancos de reconocida solvencia o invertirse en títulos públicos a nombre del tutelado y bajo orden judicial, prohibiéndose su retiro sin autorización.

La normativa también regula, como se explicó, el derecho a retribución del tutor/a. El art. 128 del CCyC reconoce su derecho a una remuneración fijada judicialmente, proporcional a la magnitud de los bienes y a la complejidad de la administración. Esta retribución es única, aun cuando la tutela sea ejercida por más de una persona, y no puede superar la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del niño, niña y adolescente. El art. 129 del CCyC establece los supuestos en que cesa dicho derecho, tales como la existencia de un legado remuneratorio, la insuficiencia de rentas para cubrir alimentos y educación, la remoción por dolo o culpa, o el matrimonio del tutor /a sin dispensa judicial.

Como se sostuvo, es probable que este diseño tan patrimonializado obture una aplicación más amplia de la figura como herramienta de crianza y cuidado⁸⁴.

Una solución posible sería introducir en alguna reforma las pautas fijadas por el Código Cubano que la define en su art. 383 que: “La tutela es una institución de protección familiar y social de la persona, de los bienes y derechos de una niña, un niño o adolescente que no ha alcanzado la plenitud del ejercicio de su capacidad jurídica,

⁸⁴ Corresponde destacar el Anteproyecto de reforma del Código Civil de Brasil, presentado al Senado el 4/9/2024, que propone: “En caso de fallecimiento, ausencia o cuando los padres sean desconocidos, hayan sido suspendidos o privados de la patria potestad, los niños, niñas y adolescentes mayores de edad serán colocados bajo tutela u otro régimen de acogimiento familiar, previsto en la legislación especial.” Al conceder la tutela, el juez debe tomar en consideración el principio de mejor interés desde niño y de adolescente la existencia de anterior ambiente de convivencia, afinidad y afecto con el tutor. § 1º Siempre que posible, el niño o el adolescente será escuchado, teniendo en cuenta su manifestación de voluntad. § 2º Y posible la institución de dos o más tutores ejercer la tutela conjunta. § 3 Si hay desacuerdo entre los tutores sobre cuestiones fundamentales relativas al ejercicio de la tutela, decidirá el juez. (art.1728). Es inherente la distinción entre la figura de tutor patrimonial y tutor existencial. Esto se debe a que la tutela tal como es considerada en Brasil, está asociada no solo a cuestiones patrimoniales que pueden involucrar a una persona menor de edad, sino también al cuidado. En este sentido el proyecto establece que frente a situaciones donde el niño, niña y adolescente disponga de su patrimonio y el tutor/a con quien tenga afinidad no sea idóneo para cuestiones patrimoniales, la tutela se puede desdoblar en tutor/a que se encargue de los cuidados del que se encargue de los asuntos patrimoniales. (Ver en VIDETTA, Carolina, *Protección y autonomía: el derecho a la vida familiar de niñas, niños y adolescentes. Entrecruzamientos normativos. Análisis jurisprudencial. Propuestas legislativas*. 1ed., Editores del Sur, CABA, 2025, p. 373).

cuando no haya una persona que ejerza la responsabilidad parental. 2. La tutela puede deferirse por testamento, por escritura pública notarial o por resolución judicial” y en su art. 384 prevé que: “En todo caso, la tutela se constituye por resolución judicial dictada por tribunal competente, y tiene por finalidad la guarda y el cuidado, la educación, la defensa de los derechos y la protección de los intereses patrimoniales de las personas menores de edad respecto a las cuales no se tiene la titularidad o el ejercicio de la responsabilidad parental. En el proceso interviene siempre la fiscalía”⁸⁵. En esta última norma se destaca la función de cuidado y crianza del niño, niña y adolescente como finalidad central del discernimiento de la tutela.

También es necesario advertir una situación que no está regulada y es la que acontece con los actos previstos en el art. 645 del CCyC que exceden el marco de lo patrimonial. El texto dice: “Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso”.

Los actos que requieren el consentimiento de ambos padres son facultades asociadas a la titularidad de la responsabilidad parental, pues se impone su cumplimiento aun cuando el ejercicio sea unilateral⁸⁶. Por lo que cabe preguntarse quién autoriza la realización de estos actos cuando la persona menor de edad se encuentra bajo la figura de protección de la tutela, ¿están dentro de las facultades del tutor/a o precisa autorización judicial?

Una respuesta posible sería afirmar que si no están expresamente prohibidos podría en principio consentirlos el tutor/a, sin embargo, como he sostenido la tutela

⁸⁵<https://www.parlamentocubano.gob.cu/sites/default/files/documento/2022-09/goc-2022-o99.pdf> (recuperado 26/08/2025).

⁸⁶DUPRAT, Carolina, *Responsabilidad parental*. Buenos Aires, Erreius, 2019, p.190 y MOLINA DE JUAN, Mariel Comentario art.645 del CCyC en KEMELMAJER Aida y HERRERA Marisa (dirs), *Tratado de Persona Humana y Derecho de las Familias*, 1ed, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2024, Tomo V, p. 208.

procede tanto cuando los progenitores están privados o suspendidos de la responsabilidad parental y estos actos se asocian a la titularidad, encuentro un valladar jurídico en la casual de discernimiento por suspensión de la responsabilidad parental. Ya que, si los progenitores conservan la titularidad, no podrían ser estos actos autorizarlos por el tutor/a. Sin embargo, al destacar que los progenitores no conservan ni las funciones de cuidado y crianza respecto de su hijo/a sería conveniente solucionar este obstáculo jurídico.

Por ello propongo, desde la afirmación de que la tutela es una figura de protección de derechos a vivir en familia y al cuidado, diferenciar la causa de su discernimiento. Si la tutela se discernió por muerte de los progenitores o por sentencia de privación de la responsabilidad parental cualesquiera sean las causales (art. 700 y 700 bis del CCyC) los actos del art. 645 del CCyC pueden ser consentidos por el tutor/a sin autorización judicial ya que su función es similar a la que cumplen los/as progenitores, debiendo por supuesto respetar los principios de interés superior, derecho a ser oído e informado y el principio de autonomía progresiva.

En cambio, si la causa del discernimiento es la suspensión de la responsabilidad parental (art.702 del CCyC), sería conveniente aclarar judicialmente dicha situación en la sentencia a los fines de que el juez/a se otorgue expresamente esta facultad al tutor/a discernido/a.

5. Análisis sobre cuestiones procesales relativas al trámite de tutela.

Como he explicado la tutela representa una herramienta clave para garantizar la protección integral de niños, niñas y adolescentes que carecen de cuidados parentales. A diferencia de otras figuras que buscan el mismo propósito (como la adopción), su tramitación no está regulada por el CCyC.

En consecuencia, depende del Código Procesal de cada provincia. La mayoría coinciden en asignar competencia material a los Juzgados de Familia y prevén un proceso de conocimiento breve. En los párrafos que siguen daré cuenta sintética de su regulación en las provincias que tienen códigos procesales especiales para el fuero.

En nuestra provincia, el discernimiento de la tutela tramita por proceso abreviado al igual que las guardas, conforme art. 13 inc. 2 c). Dicho proceso se encuentra regulado en los arts. 61 a 63 del Código Procesal de Familia y Violencia Familiar (CPFyVF)⁸⁷. Se establece una remisión a las reglas del proceso ordinario por audiencias, regulado en el

⁸⁷Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, 13-11-2018, B.O del 21-11-2018, id LPM0009120.

Título I del Libro II del Código, en cuanto sea pertinente. Sin embargo, como reglas específicas se estipula que presentada la demanda se correrá traslado con citación y emplazamiento de cinco (5) días para que comparezca y responda. El trámite se concentrará en una sola audiencia. Contestada la demanda, se dará vista de lo actuado al Ministerio Pupilar, en caso de corresponder, a fin de que tome intervención. Vencido el plazo de la vista, el juez/a dentro de los dos (2) días se pronunciará sobre la prueba y fijará la fecha de la audiencia en un plazo no mayor a quince (15) días, asimismo dispondrá que se produzca la prueba que no pudiese ser recibida en esa audiencia, de modo tal que, a la fecha de aquélla, ésta se encuentre diligenciada. El/la juez/a podrá limitar la prueba ofrecida y desestimar la que sea inadmisibile, impertinente, manifiestamente innecesaria o inconducente, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza abreviada del trámite.

Como se observa, no está regulado como un proceso especial, sino que remite a normas procesales generales aplicables al trámite abreviado asociado a otras acciones como son relativas al parentesco, guardas, cuidado personal, alimentos o régimen de comunicación etc. (arts.13 inc. 2 a), b), c), d), e) f). g) y h) del CPFyVF. Esta situación conduce a que, en ocasiones, el trámite varía según el juzgado interviniente. Conforme las reglas procesales vigentes, si la pretensión se funda en la suspensión de responsabilidad parental sería viable acreditar en el mismo proceso la ocurrencia de tal causal y mantenerlo de esta manera entre las reglas el abreviado que aseguran la bilateralidad y el derecho de defensa de los progenitores, al tiempo que la mayor celeridad.

En cambio, cuando de inicia junto con la acción de privación de la responsabilidad parental (que prevé el proceso ordinario conforme art. 13 inc.1 c) del CPFyVF.) parece imponerse ese trámite de conocimiento amplio.

En el Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la provincia de Corrientes⁸⁸ se regula de manera muy completa el discernimiento de la tutela. Así se prevé que en el art. 661: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de una niña, niño o adolescente que no haya alcanzado la plenitud de su capacidad civil y cuando no exista persona que ejerza su responsabilidad parental.

En el art. 662 enuncia las personas legitimadas activas: “Están legitimados para el ejercicio de la acción: a) los progenitores; b) la niña, niño o adolescente, de

⁸⁸ Código Procesal de Familia, Niñez, Adolescencia de la Provincia de Corrientes, 7-10-2021, B.O del 27-10-2021.

conformidad con su edad y grado de madurez suficiente, con asistencia letrada o del abogado del niño; c) el guardador, pariente o tercero a quien se le delegó el ejercicio de la responsabilidad parental; d) parientes obligados a prestar alimentos; e) Ministerio Público; f) Organismo administrativo de protección integral de derechos”.

En el art. 663 se establece el procedimiento: “Con el escrito de promoción se debe acompañar toda la documental por quien pretenda ser designado tutor y ofrecer la prueba correspondiente. El juez dispone en despacho concentrado la producción de la prueba ofrecida y, de oficio, las que estime pertinentes. Convoca a audiencia en el plazo de diez (10) días, según la tutela que se solicite, a fin de tomar conocimiento personal y escuchar a los progenitores, guardadores, parientes o terceros a quienes se delegó el ejercicio de la responsabilidad parental; a quien pretende ser designado tutor; a la niña, niño o adolescente; al Ministerio Público y equipo interdisciplinario, de corresponder. Producidas y agregadas las pruebas, el juez dicta sentencia. En el art. 664 se establece que: “Dictada la sentencia, se procede al discernimiento del cargo, extendiéndose acta por el cual se habilita al tutor a representar legalmente a la niña, niño o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter personal y patrimonial, sin perjuicio de la actuación personal de la niña, niño o adolescente en el ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad”.

De modo que, a diferencia del mendocino, el Código de Corrientes prevé con un proceso especial y se detiene específicamente en los legitimados, situación que condice con eliminación de la tutela legal y la propuesta de aplicación de que la tutela procede cuando no hay progenitores que ejercen la responsabilidad parental.

En la provincia de Buenos Aires⁸⁹ en el art. 827 del Código Procesal y Civil se prevé que es competencia de los jueces de familia en el inc. f): “Designación, suspensión y remoción del tutor y lo referente a la tutela”, se estipula que previamente debe pasar por la intervención de consejero de familia.

En la Provincia del Chaco se prevé en el art. 3 inc. 8 del Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia -Ley 2950-M⁹⁰-, la competencia material de juzgados de niñez, adolescencia y familia sobre guarda y tutela. Se regula en un trámite sumarísimo, se prevé que: “El proceso sumarísimo se rige por lo establecido en el sumario, en cuanto

⁸⁹ Ley 15.513/2024 3-01-2025 modifica decreto ley 7425/68, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

⁹⁰ Código Procesal de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Chaco, 3-12-2018, B.O. del 7-1-2019.

sea pertinente, con las siguientes modificaciones: “La demanda se correrá traslado por cinco (5) días al demandado para que comparezca y responda. El trámite se concentra en una sola audiencia con la finalidad de llegar a un acuerdo, fijar los puntos en debate, prueba, alegatos y sentencia. La inasistencia de las partes se rige por lo dispuesto en el artículo 69. Luego de la contestación de la demanda o, en su caso, la reconvenición, el juez/a debe disponer que se diligencie la prueba que no puede ser recibida en la audiencia de vista de causa, que será fijada dentro de los diez (10) días, de modo tal que, a la fecha de aquélla, esa prueba se encuentra diligenciada. La sentencia será dictada dentro de los cinco (5) días posteriores a la realización de la audiencia de vista de causa. En la misma, el juez se pronuncia sobre todas las excepciones y defensas. Sólo si entre ellas se encuentra la de incompetencia y se declara incompetente puede omitir pronunciarse sobre las otras. En la segunda instancia no se admite otra prueba que la que el tribunal ordene como medida para mejor proveer. (conf. art. 77)”

En el Código de Procedimiento de Familia de la provincia de Córdoba⁹¹ prevé en su art. 16 que: “Los Tribunales de Familia conocen en las siguientes causas...inc.8 Tutela” se le aplican las reglas del juicio común previstas en los arts. 75 a 88 del Código y no es necesario la etapa previa de conciliación – art. 56 -.

El Código Procesal de San Juan- Ley 2435 O⁹²- prevé en su art. 17 que: “Los jueces de familia tienen competencia: “... 9) Las acciones derivadas de la guarda y la tutela” establece un procedimiento en su art. 74: “Los procesos de familia se rigen por el trámite asignado en cada caso por este Código. Las cuestiones que no tengan asignado un trámite especial se rigen por el proceso de conocimiento que el juez disponga, decisión que es inapelable. Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, por las características y tenor de la pretensión, el juez en el decreto de admisión del proceso puede establecer la forma del trámite procesal “mediante resolución fundada, intimando a las partes para que dentro del plazo de cinco (5) días adecuen sus peticiones conforme a ésta, la que sólo es susceptible de reposición.

Sobre la base de las normas procesales, la jurisprudencia ha ido delineando diferentes respuestas a las situaciones que se presentan, por lo que propongo una clasificación - sin ánimo de agotarla- ya que la realidad y prácticas forenses resultan inabarcables:

⁹¹ Código de Procedimiento de Familia, 23-9-2015, B.O. del 8-10-2015.

⁹² Código Procesal de Familia de San Juan, 22-9-2022, B.O. del 7-11-2022 ID SAIJ: LPJ1502435.

i.- Casos de sentencia previa que determina la privación de la responsabilidad parental.

Comprende las hipótesis de privación de responsabilidad parental en proceso civil por las causales previstas en el art. 700 del CCyC o por sentencia penal condenatoria en los supuestos del art. 700 bis del CCyC.

En este supuesto la tutela como alternativa de garantizar su derecho a vivir en familia y a ser cuidado no reviste mayor discusión. Los legitimados activos pueden ser parientes o referentes afectivos que hayan asumido el cuidado del niño, niña y adolescente. Se realizará el trámite pertinente para asegurar la idoneidad de la persona propuesta como tutor/a y la efectiva participación del niño, niña y adolescente que se trate (art. 113 del CCyC).

ii.- Casos de trámite conjunto de privación de responsabilidad parental por alguna de las causales del art.700 del CCyC y el proceso de tutela.

Los legitimados activos pueden ser parientes o referentes afectivos que hayan asumido el cuidado del niño, niña y adolescente por guardas de los art. 657 o 643 del CCyC. Además de acreditar la casual prevista en la norma se debe evaluar la idoneidad del tutor/a y la escucha del niño, niña y adolescente, en este supuesto por lo general el trámite de privación de responsabilidad parental que requiere mayor conocimiento (por lo general son procesos ordinarios) absorben al proceso abreviado o especial de discernimiento de tutela.

iii.- Casos en que solo se tramita la tutela y en ese proceso se acredita que los progenitores de hecho se encuentran suspendidos de la responsabilidad parental, porque el hijo/a vive con otra persona. Los legitimados activos van a ser los parientes o referentes afectivos que hayan asumido el cuidado del niño, niña y adolescente al igual que en supuesto anterior. Se debe garantizar la bilateralidad del proceso con los progenitores, evaluar idoneidad del tutor/a y garantizar la escucha y participación del niño, niña y adolescente.

iv.- Acuerdo de tutela entre los progenitores y el o la/s personas propuestas para ejercer el cargo de tutor/as sujeto a homologación.

Sería un supuesto similar a lo que acontece con la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental – art. 643 del CCyC - pero con visos de permanencia, constituyéndose el proceso judicial de contralor en una herramienta fundamental para evitar que bajo esta figura se encubran entregas directas de niños, niñas y adolescentes-

art. 611 del CCyC-. En este caso, se debe acreditar la idoneidad del o los/as tutores y la efectiva participación del niño, niña y adolescente.

Dado que el primer supuesto no presenta mayores complicaciones, corresponde abocarse a los otros supuestos ha dado la jurisprudencia y que son más controvertidas:

En relación al segundo supuesto- tramitación conjunta de privación de responsabilidad parental y tutela-, la Cámara Criminal, Correccional , Civil, Comercial , Familia y Trabajo de Deán Funes⁹³, ha dicho que: “Corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto contra la resolución de grado que proveyó solamente lo atinente a la demanda de privación de la responsabilidad parental intentada contra los progenitores de la niña y no lo concerniente a la demanda de discernimiento de tutela, y en consecuencia, se ordena que provea a la tramitación conjunta de ambas pretensiones que integran la acción promovida. Y es que, el interés superior del niño es el principio que debe regir en todas las cuestiones atinentes a la responsabilidad parental. Partiendo de tal análisis, se advierte la conveniencia de tratar en un mismo proceso la privación de la responsabilidad parental y el otorgamiento de la tutela. Igualmente, el respeto al debido proceso legal y al derecho de defensa en juicio de las partes se encuentra garantizado desde que los demandados serán citados para su comparendo, oposición y ofrecimiento y producción de pruebas. Así también, la identidad de partes verificada en las pretensiones ventiladas en la causa implica una situación procesal asimilable a la acumulación de acciones prevista en el art. 178, CPCC de Córdoba. En este sentido, las demandas de tutela y de privación de responsabilidad parental no pueden considerarse excluyentes. Es imposible soslayar que ambas existen en beneficio, interés y protección de la niña, quien ya ha transitado un proceso previo en el cual se valoró su situación familiar en los términos de la Ley 9944. Aquel recorrido procesal refuerza el entendimiento de que la incompatibilidad e imposibilidad de coexistencia entre la responsabilidad parental y la tutela que pregona el a quo no puede ser sostenida. Se advierte finalmente que, en la misma resolución ha reconocido la importancia de las demoras en el procedimiento; sin embargo, lo resuelto contraría los principios de celeridad y de economía procesal si se repara en que el derecho de defensa y al debido proceso legal que les asiste a los progenitores de la niña se encuentra resguardado, desde que tendrán posibilidad de debate y prueba, respecto de ambas pretensiones que integran la acción”.

⁹³ Cám. Crim. Correcc. Civ. Com. Fam. y Trab., Deán Funes, Córdoba; 03/04/2025; T., D. A. vs. M., J. E. y otro s. Privación de responsabilidad parental”, Rubinzal Online; RC J 4032/25.

En el mismo sentido, el Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial y de Familia de 1a Nominación de Río Cuarto⁹⁴ dijo: “Encontrándose acreditado el abandono de la progenitora respecto de sus hijos, corresponde hacer lugar a la privación de la responsabilidad parental solicitada. Como contrapartida, surge el cuidado y dedicación asumido por la tía materna de los niños, quién se ha dispuesto a brindarles la necesaria protección y contención material, afectiva, psicológica y educativa, conformando una familia sustentada en un vínculo estable, por lo cual corresponde además el otorgamiento de la tutela, con fundamento en el interés superior de aquellos.”

Respecto el tercer supuesto- se tramite el proceso de tutela y allí se acredite que los progenitores de hecho se encuentran suspendidos de la responsabilidad parental- se destaca lo resuelto por el Tercer Juzgado de Familia de San Juan⁹⁵ en un caso donde la abuela solicitó la tutela de sus dos nietas. Los hechos eran los siguientes: la progenitora de las niñas había fallecido y el progenitor nunca había asumido tareas de cuidado. Se le corrió traslado y contestó que quería estar más presente en la vida de sus hijas y que sabía que debían estar viviendo un mal momento por lo que solicitaba un cuidado compartido entre la abuela y él. El juez ponderó que de la prueba rendida surgía de que las niñas hacia dos años que no tenían relación con su padre y que la mejor solución para su interés superior y conforme su deseo expuesto en audiencia era otorgar la tutela a la abuela materna.

En apoyo a esta tesitura, el Juzgado de familia n° 2 de Comodoro Rivadavia, Chubut⁹⁶ valoró que: “Dado que el progenitor, debidamente notificado, no compareció a estar a derecho; y la progenitora, por su parte, luego de muchos intentos por dar con su paradero, se ha allanado a la pretensión, se resuelve otorgar la tutela de la niña de trece años a su abuela materna (arts. 104, 112, 117, 118 y 700, CCyC). Asimismo, se dispuso la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores (inc. d, art. 702). Ello teniendo especialmente en cuenta la concordancia con el contenido de las pruebas producidas -que dan cuenta de que la niña vive con su abuela desde sus ocho meses de edad, y que le han otorgado la guarda del art. 657, hasta la mayoría de edad, a lo largo de más de tres años de proceso- y del informe del Equipo Técnico

⁹⁴ JCivCom. y de Fam, 1a Nominación de Río Cuarto, 11/05/2020, “F., D. C. c. F., C. R. s/ Privación de responsabilidad parental”, TR LALEY AR/JUR/16126/2020.

⁹⁵ JFam. 3ro de San Juan, Circunscripción judicial, 18/09/25, caratulados: "S.D. S s.S/ Tutela (de F. O..A.,L y F.O.J.A.) fallo inédito.

⁹⁶JFam. N° 2, Comodoro Rivadavia, Chubut; A., F. d. C. s. Guarda judicial, 9/07/2024, Rubinzal Online; RC J 9907/24.

Interdisciplinario en cuanto al abandono de los deberes y derechos parentales de ambos. En este sentido, se concluye que una solución estable, expresamente prevista por el legislador, como es otorgar la tutela de la adolescente, es la respuesta que mayor atiende a su interés superior.

Con relación al cuarto supuesto, el GEJUAF⁹⁷ de San Martín, Mendoza, se expidió favorablemente en un caso donde el progenitor había fallecido y la madre no podía asumir el cuidado de su hijo menor de edad con visos de permanencia por encontrarse inmersa en una situación de adicción. Los tíos paternos peticionaron la tutela -ya que el niño hacía meses que vivía con ellos-. De la lectura de la sentencia surge que al correr traslado de la demanda la progenitora se allanó y reconoció que no ejercía la responsabilidad parental. La jueza ordenó producir la prueba pertinente para acreditar la idoneidad de los tíos y garantizar la escucha del niño, quien deseaba permanecer bajo el cuidado de sus tíos paternos que además eran sus padrinos de bautismo. Por lo que vale razonar que, si es posible allanarse a la pretensión, no existe óbice para formular un acuerdo bajo determinadas condiciones. Es aquí donde el contralor o judicial sobre la idoneidad de los/as tutores, el derecho de defensa de los progenitores y la escucha del niño se tornan pilares indispensables.

Así las cosas, el análisis comparado de las normas procesales provinciales demuestra que, pese a la trascendencia de la tutela como mecanismo de protección integral, su trámite carece de una regulación uniforme a nivel nacional. Mientras algunas jurisdicciones, como Corrientes, han diseñado un procedimiento especial que contempla legitimación, etapas y controles precisos, otras -como Mendoza o Córdoba- remiten a procesos abreviados o comunes, generando prácticas dispares según el juzgado interviniente. Esta heterogeneidad impacta directamente en la celeridad, la seguridad jurídica y la efectiva garantía del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

La jurisprudencia ha buscado suplir estas falencias mediante criterios que privilegian la unidad de trámite, la economía procesal y la realidad afectiva del niño, niña y adolescente. Sin embargo, la diversidad de marcos procesales evidencia la necesidad de avanzar hacia regulaciones más claras y homogéneas que aseguren un acceso efectivo y equitativo a esta institución en todo el país.

⁹⁷ Gestión Asociada de Familia, Tercera Circunscripción Judicial, Mendoza 4/07/2024, autos “G.G.M.D. Y M.S.B. c/ C.G., M.E. p/ Tutela”, ABR J-13-07543139-7/2024-0,106847/ 2024, Nro. de actuación: 2499817, Fallo inédito.

6. Nuevos avances hacia la reconstrucción de la figura

El estudio realizado hasta aquí consolida la hipótesis que es necesario revitalizar la figura, que lejos de limitarse a la administración patrimonial, constituye un instrumento jurídico viable para garantizar el interés superior de la niña, niño o adolescente.

Basta revisar los requisitos de idoneidad para ejercer el cargo que combinan criterios patrimoniales y éticos con la relevancia del vínculo socioafectivo como elemento central en la protección de la niña, niño y adolescente que se trate. Así la incorporación de la socioafectividad permite visibilizar referentes afectivos que no necesariamente poseen parentesco, fortaleciendo la consideración de la tutela como una forma de cuidado. Por lo que, se consolida como una alternativa válida frente a la privación o suspensión de la responsabilidad parental, que ofrece seguridad jurídica y protección efectiva de derechos.

Del estudio de los efectos jurídicos que implica su discernimiento se comprueba que es conveniente que los/as jueces diferencien la causa de la tutela. Se propone distinguir si la tutela se discernió por muerte de los progenitores o por sentencia de privación de la responsabilidad parental cualquiera sea las causales (art. 700 y 700 bis del CCyC) los actos del art. 645 del CCyC pueden ser consentidos por el tutor/a designado, en términos similares a los progenitores.

En cambio, si la causa del discernimiento es la suspensión de la responsabilidad parental (art.702 del CCyC), sería conveniente aclarar judicialmente dicha situación en la sentencia a los fines de que el juez/a se otorgue expresamente esta facultad al tutor/a se designado.

El estudio de los instrumentos procesales aporta alguna luz al tema; aunque no existen reglas uniformes puede advertirse una tendencia común a diseñar trámites breves, con participación del Ministerio Público y de equipos interdisciplinarios, así como la escucha directa de niños, niñas y adolescentes.

Si se comparte que la tutela emerge como una institución de carácter subsidiario y flexible, no parecen existir dudas que debe ser pensada no solo desde su faz patrimonial, sino como una herramienta para otorgar estabilidad, continuidad afectiva y representación a los niños, niñas y adolescentes.

Sentada esta posición, lo que sigue es demostrar por qué puede ser de utilidad sumar esta figura a las otras formas de cuidado previstas en el CCyC que se relacionan estrechamente con ella. Tal el caso de la adopción, la delegación del ejercicio de la

responsabilidad parental (art.643 del CCyC) y el cuidado del niño, niña y adolescente por un tercero por disposición judicial (art.657 del CCyC).

CAPITULO IV: La tutela como figura de cuidado

Este último capítulo pretende justificar por qué es necesario redimensionar la tutela como una figura de cuidado.

Para ello resulta necesario abundar en las otras instituciones de protección de los derechos a la vida familiar y al cuidado. Ello conduce a advertir las virtudes de la hipótesis propuesta: revalorizar la utilización de la tutela con una figura de ampliación de derechos de las niñas, niños y adolescentes en supuestos de ausencia de personas que ejerzan la responsabilidad parental.

Para cumplir tal objetivo, en primer lugar, se abordará la adopción, los principios que la regulan y sus efectos. Justificaré que para algunos niños, niñas y adolescentes no resulta una alternativa posible para garantizar o restituir sus derechos y si lo es la tutela.

Luego realizaré un estudio de las guardas previstas por el CCyC en sus dos modalidades: por delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643 del CCyC) y por decisión judicial (art.657 del CCyC). Ambas instituciones comparten el propósito de garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia y a ser cuidado cuando sus progenitores, por distintas razones, no pueden ejercer plenamente sus responsabilidades. Sin embargo, difieren en sus presupuestos, requisitos y en el grado de intervención judicial.

El destino final del capítulo no es otro que detectar la conexión entre estas figuras y la tutela y con ello, realzar su utilización en algunos supuestos especiales, con el objetivo de proponer una mirada armónica e integradora de las normas a fin de buscar para el caso concreto la solución más acorde a la situación de cada niño, niña y adolescente.

1.Adopción

La adopción es definida en el CCyC en su art. 594 como: “La institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”.

El art. 595 CCyC expresa que la adopción se rige por los siguientes principios: a. interés superior; b. respeto del derecho a la identidad; c. agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d. preservación de los vínculos fraternos; e. derecho a conocer los orígenes; f. derecho a ser oído/a y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años. Videtta y Salituri destacan que los diez años del CCyC han permitido observar el afianzamiento de los principios constitucionales/convencionales que prevé expresamente y que cimientan los procesos adoptivos, afirman no solo brinda una conceptualización jurídica de este tipo filial, sino que además ofrece las herramientas básicas de interpretación que deben motivar las decisiones al respecto⁹⁸.

En el CCyC se regula todo el sistema adoptivo con muy buena técnica legislativa⁹⁹, se establecen quienes pueden ser adoptados: las personas menores de edad declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos progenitores han sido privados de la responsabilidad parental. Excepcionalmente pueden ser adoptadas las personas mayores de edad cuando se trata del hijo/a del cónyuge o conviviente o si hubo posesión de estado de hijo/a durante la menor edad (art. 597 del CCyC).

También se instituyen una serie de requisitos de fondo que debe cumplir la persona que desea inscribirse en el Registro Único de Aspirantes de Guarda con fines de adopción. Desde la doctrina se ha distinguido entre: i) requisitos legales para ser adoptante, ii) idoneidad genérica del pretense/a adoptante, y iii) aptitud específica con relación a la niña, niño y adolescente en concreto a evaluar en un proceso de guarda o vinculación adoptiva¹⁰⁰.

Los primeros constituyen requisitos generales que deben cumplir quienes desean inscribirse en el Registro: i) acreditar residencia en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda (este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas), ii) si es persona casada o convive en unión convivencial -debe hacerlo conjuntamente- salvo que su cónyuge o conviviente haya sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impida prestar

⁹⁸VIDETTA, Carolina A. y SALITURI AMEZCUA, Martina; *Balance, consolidación y desafíos en adopción. A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación*, RDF 120, 187, TR LALEY AR/DOC/1287/2025.

⁹⁹ En este apartado analizaré la adopción simple o plena no la de integración que tiene otra finalidad.

¹⁰⁰ BALLARIN, Silvana R., *Adopción: declaración de idoneidad y análisis de aptitud en relación a las necesidades de cada niño*, DFyP, AR/DOC-7868/2015 2015 (abril), p. 27.

consentimiento válido para este acto, o que estén separados de hecho (arts. 599 y 600 del CCyC), también pueden adoptar las personas solteras, iii) tener veinticinco años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente cumpla con este requisito ¹⁰¹.

Con relación a los segundos— idoneidad genérica— la doctrina entiende que se refiere a la evaluación que realizan los Registros mediante informes psicosociales¹⁰². En tanto, la aptitud específica con relación a la niña, niño y adolescente en concreto exige: i) que tenga una diferencia de edad de no menos de dieciséis años con la niña, niño y adolescente que desea adoptar y ii) que no existan ciertas relaciones de parentesco. No puede adoptar el ascendiente a su descendiente, ni un hermano a su hermano o a su hermano unilateral (art. 601 CCyC).

Se advierte de este modo que la norma de fondo establece los requisitos generales para poder inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción, siendo este organismo el encargado de verificarlos; esta tarea la cumple cada sistema registral provincial para luego ingresar en una lista única; en cambio, verificar la aptitud idónea en el caso concreto será labor del juez/a que otorgue la guarda preadoptiva, con la colaboración del Ministerio Público Pupilar (Asesor/a de personas menores de edad, Defensor de los derechos la niña, niño y adolescente según corresponda).

Para que proceda la adopción en el art. 607 CCyC se regulan los supuestos por los que un niño, niña y adolescente sea declarado en situación de adoptabilidad (art. 607 del CCyC) que conlleva con carácter prioritario, el agotamiento de las posibilidades de permanencia con la familia de origen o ampliada, llegando a la adopción como camino alternativo o figura subsidiaria para satisfacer su derecho a vivir en familia.

¹⁰¹ HERRERA, Marisa., DE LA TORRE Natalia. y FERNÁNDEZ Silvia, *Manual de Derecho de las Familias*, 2 ed. actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 745.

¹⁰² El art. 7 de la Ley 25854 establece que: “La inscripción se efectuará por los peticionantes en el "Libro de Aspirantes" ante los profesionales idóneos del organismo designado por cada jurisdicción correspondiente a su domicilio, con la apertura del legajo respectivo, donde deberán constar los siguientes datos como mínimo: a) Número de orden, fecha de inscripción, apellido, nombre, lugar y fecha de nacimiento, sexo, estado civil y en su caso acta de matrimonio, profesión u oficio, en caso de imposibilidad de concebir se deberán exhibir los estudios médicos correspondientes, y certificado de reincidencia. b) Datos completos de hijos si los hubiere, indicando en cada caso: apellido, nombres, fecha de nacimiento, si es biológico o adoptado y en su caso si la adopción es simple o plena, si vive o no, si habita con el aspirante y domicilio legal. Número de menores que estaría en condiciones de adoptar, edades, si acepta menores con discapacidad, si acepta grupos de hermanos, si previamente ha tenido menores en guarda y resultado de la misma. c) Evaluaciones jurídica, médica, psicológica y socio-ambiental de los postulantes y su núcleo familiar inmediato; indicación de la documentación acompañada. d) De la iniciación de trámite se extenderá a los aspirantes una constancia que incluirá: número de legajo adjudicado, fecha de inscripción, organismo interviniente y transcripción del artículo 14 de la presente ley”.

El camino de la adopción es diferente al discernimiento de la tutela. En la adopción primero habrá que declarar la situación de adoptabilidad de la niña, niño y adolescente (arts. 594, 606, 607 ss. y 634 del CCyC), para luego continuar con el proceso de guarda preadoptiva (art. 611 y ss. del CCyC) para finalizar en su inserción en la familia adoptiva definitivamente (art. 615 y ss del CCyC). Lo que garantiza que el niño, niña y adolescente su derecho a la vida familiar pero no, con su familia de origen en el supuesto de adopción plena¹⁰³.

Sin embargo, en situaciones excepcionales la tutela y la adopción se relacionan. Así en un caso resuelto por el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 1 de Neuquén¹⁰⁴, se decidió transformar el discernimiento de la tutela de una adolescente en adopción, para lo que se declaró la inconstitucionalidad del art. 606 del CCyC.

En este caso, una joven se presentó con el patrocinio de la Defensoría de Niñez y solicitó la adopción plena por parte de sus tutoras, con quien no tenía relación de parentesco, sino que las unía un vínculo socio afectivo. El juez tuvo en cuenta el tiempo transcurrido en convivencia con la joven, el vínculo parental forjado, el principio de realidad, capacidad progresiva de la adolescente y el principio de tutela judicial efectiva, entendió que la aplicación del art. 606 del CCyC perjudicaba el proyecto familiar de la joven, quien es justamente a quien debe proteger el sistema jurídico, lo cual motivó la necesidad de apartarse de la aplicación de la norma específica y declarar la inconstitucionalidad en este caso concreto, por colisionar en forma manifiesta con el principio de interés superior del niño (art. 3 de la CDN). Otorgó la adopción plena por cuanto era la que mejor se ajustaba a las necesidades de la adolescente, analizó el vínculo socio afectivo que las unía a las tres como familia y también consideró que si la joven quedaba bajo el ámbito de la tutela no tenía posibilidad adquirir los derechos que el estado de familia de hija le confería.

En otro antecedente resuelto por el Juzgado de Familia de Rosario N°1¹⁰⁵ se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 600, 611, 613, 634 del CCyC y se otorgó la

¹⁰³ Como es sabido en el CCyC se distinguen tres tipos de adopción: plena (cuyos efectos están previstos en los arts. 624 a 626) simple (arts. 627 a 629) y de integración (arts. 630 a 633) con diferentes efectos jurídicos, sin perjuicio de las facultades judiciales de mantener el vínculo jurídico del niño, niña y adolescentes con uno varios miembros de la familia de origen (art. 621)

¹⁰⁴ JFam. Nin.y Adol. N° 1 de Neuquén - 31/03/2025 n° nqfa1-124625/2024 – “G. D. S/adopción” fallo inédito.

¹⁰⁵ Juzg. unipersonal de Fam. N° 1.de Rosario (Santa Fe), Expte. N° xxx - "C., N.G. y otra sobre Adopción”, 21/06/2025, (sentencia firme). elDial.com – AAFAFB.

adopción plena de una adolescente a favor de sus tíos, quienes eran sus tutores. De la lectura de la causa surgía de que la madre había fallecido en el año 2019 y el progenitor había sido privado de la responsabilidad parental en el año 2024, por lo que la jueza valoró el interés superior de la joven y la protección de los vínculos afectivos construidos con sus tíos, a quienes reconocía como sus padres. Asimismo, se ordenó la rectificación registral y el pleno respeto a su derecho a la identidad.

Se analizó el derecho humano a vivir en familia, que no sólo es un derecho fundamental de la infancia, sino también el modo más eficaz para garantizar el adecuado desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y la satisfacción de sus necesidades. Se destacó que el sistema de protección integral, para llegar a determinar la filiación adoptiva de un niño, parte de unos de los principios fundamentales en la materia, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. A esta condición se arriba atravesando una etapa administrativa, desde los organismos de protección que abordan las medidas de protección que hayan sido adoptadas en el marco de la ley N° 26.061, hasta llegar a la etapa de control, de carácter mixto administrativo-judicial, que concluye con la declaración judicial en situación de adoptabilidad, una vez concluida la intervención del organismo administrativo sin posibilidad de restitución de derechos de los niños, niñas y adolescentes en su familia de origen o ampliada. Advirtió que la situación no se encuadraba en ninguno de los supuestos previstos por la ley, que cierran casi todo camino de adopción de los parientes (artículos 600 inc b, 611, 613 párrafo 1° y 634 inc h del CCyC). Destacó que la interpretación literal de las normas representaba una aplicación rígida y aislada de la letra de la ley. Por tanto, ponderó los derechos constitucionales involucrados y priorizó el derecho fundamental de la joven a formar una familia con sus tíos, no en tal carácter sino como verdaderos padres y en consonancia con su realidad vital, por lo que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 613, 600 b) y 634 inc. h) del CCyC.

Se destaca que este caso los tíos habían brindado un trato familiar a la joven desde pequeña y que además no se encontraban impedidos para adoptar, pero la solución no hubiese sido la misma si en vez de tíos hubieran sido los abuelos, en este supuesto la tutela hubiera sido mejor opción.

Del desarrollo realizado se advierte que la tutela y la adopción operan como dos vías diferenciadas dentro del sistema de protección integral, orientadas a garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, pero con finalidades, efectos y requisitos claramente distintos.

La adopción, constituye una institución subsidiaria a la responsabilidad parental que se rige por los principios de interés superior del niño, derecho a ser oído, preservación de vínculos fraternos, respeto por la identidad y el derecho a conocer los orígenes. Su carácter subsidiario exige el agotamiento previo de todas las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. Genera un nuevo estado filial, con efectos jurídicos: alimentos, sucesión, nombre e integración definitiva a un nuevo grupo familiar. Su trámite implica diversas etapas: declaración de situación de adoptabilidad, guarda preadoptiva y juicio de adopción- y una estricta verificación de requisitos legales, de idoneidad general y de aptitud específica de quienes desean adoptar.

Por su parte, la tutela también constituye una institución subsidiaria a la responsabilidad parental que se rige por los principios de interés superior del niño, derecho a ser oído y autonomía progresiva, pero no crea vínculo filial ni rompe vínculos jurídicos con la familia de origen. Su finalidad es asegurar cuidado y representación cuando los progenitores, fallecieron, están privados o suspendidos de la responsabilidad parental, lo que permite generalmente mantener al niño, niña y adolescente en su espacio familiar ampliado -abuelos, tíos u otros parientes o referentes afectivos-. La tutela se extingue a los 18 años, mientras que la adopción puede constituirse incluso en la mayoría de edad si existió posesión de estado de hijo. La tutela carece de una regulación procesal uniforme y su tramitación depende de los códigos de cada provincia, lo que produce criterios dispares y prácticas heterogéneas.

La jurisprudencia reciente revela que, en determinados supuestos excepcionales, ambas figuras pueden interrelacionarse. Se advierte que, ante situaciones consolidadas de convivencia y de vínculos socioafectivos, los tribunales han considerado que la tutela no garantiza adecuadamente los derechos, especialmente cuando ello implica vedar el acceso a un emplazamiento filial que refleje su realidad afectiva. En tales decisiones, la justicia ha declarado la inconstitucionalidad de normas del CCyC que impedían avanzar hacia la adopción, privilegiando el interés superior, la autonomía progresiva, el principio de realidad y la tutela judicial efectiva. No obstante, esta solución no es extrapolable a todos los casos: cuando quienes ejercen el cuidado son parientes ascendentes —por ejemplo, abuelos— la tutela aparece como la opción más adecuada para preservar la organización familiar existente.

En definitiva, tutela y adopción responden a lógicas protectorias distintas. La adopción procura otorgar un nuevo emplazamiento filial la convivencia con la familia de

origen ya no es posible;¹⁰⁶ la tutela, en cambio, ofrece una alternativa flexible y respetuosa de los lazos familiares preexistentes, apta para sostener relaciones afectivas dentro de la familia o en contextos socioafectivos validados judicialmente. La determinación de la vía adecuada dependerá de la trayectoria vital de cada niño, niña o adolescente y de la evaluación concreta que permita garantizar del modo más pleno su derecho a una vida familiar y a ser cuidado.

2. La delegación del ejercicio de responsabilidad parental

La guarda por delegación de la responsabilidad parental se encuentra prevista en el art. 643 del CCyC que establece: “En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido”.

2.1. Finalidad y efectos

El sustento constitucional-convencional de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental se localiza en: (i) la protección especial que merecen niñas, niños y adolescentes en su derecho a vivir en familia o en un ambiente familiar¹⁰⁷, (ii) el respeto por la autonomía personal de los/as progenitores/as¹⁰⁸, y (iii) el principio de solidaridad familiar.

¹⁰⁶ En casos excepcionales hemos visto que se la otorgado la adopción a parientes como tíos/as.

¹⁰⁷ Como ya expliqué, el postulado del derecho humano de las niñas, niños y adolescentes a vivir en familia o un ambiente familiar se expresa en los arts. 7 y 8 CDN que establecen el derecho del niño (niña y adolescente) a ser cuidado por sus padres en la medida de lo posible, precepto que incluye la conservación de sus lazos familiares. La reafirmación de esa idea en el art. 9.1 (que reconoce su derecho a no ser separado de ellos a menos que resulte necesario para proteger su interés), sustenta la previsión del legislador argentino al incorporar la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, ya que, como la misma CDN pretende, cuando las niñas, niños y adolescentes se hallen privadas de su medio familiar de origen, o convenga a su mejor interés que no permanezca en ese ámbito, tiene derecho a otras formas de inserción familiar

¹⁰⁸ En relación con el principio de autonomía personal, los/as progenitores son los principales responsables de sus hijos/as y quienes, en primer lugar, toman las decisiones respecto de su crianza acordes a su mejor interés. Sin embargo, esa autonomía no es absoluta, pues se trata de personas adultas que, en cumplimiento de su rol, gestionan los intereses de sus hijos e hijas cuya protección integral se procura, cuestión que

En lo que aquí interesa, la figura refleja la posibilidad de disociar la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental al prever, bajo determinadas condiciones y requisitos, que el ejercicio sea delegado a un pariente. Se trata de una figura intermedia que encuentra su razón de ser en situaciones especiales de la vida cotidiana de muchos niños, niñas y adolescentes que precisan de una estructura jurídica acorde a esa realidad.

El código derogado no contemplaba casos de desmembramiento de la entonces llamada "patria potestad" por entenderse que se encontraba en juego el orden público en el marco del ejercicio de los deberes-derechos de los/las progenitoras¹⁰⁹. De manera que, atento a que ese ejercicio constituía el contenido mismo de la responsabilidad parental, no cabía posibilidad de que lo delegaran en otra persona¹¹⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia había venido captando una disociación entre la realidad y la rigidez de la norma al avalar ciertas prácticas que se apartaban de ella. Pero los criterios no eran ni uniformes ni previsibles, por lo que se imponía un profundo abordaje a la cuestión. En los fundamentos del Anteproyecto del CCyC se expuso que: "estas situaciones no habían sido previstas por el ordenamiento jurídico, que sólo aportaba soluciones drásticas para aquellos supuestos en los que la separación del niño/a de la familia nuclear tenía visos de permanencia, como eran la adopción o la tutela", por lo que con la incorporación de las guardas por delegación se reconoció expresamente efectos jurídicos a situaciones o relaciones que se dan entre las niñas, niños y adolescentes y las personas responsables de su cuidado temporal, en aras de garantizar la seguridad jurídica de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a vivir en un ambiente familiar.

Se ha dicho que, la decisión legislativa ha sido un acierto pues constituye una herramienta necesaria para evitar soluciones radicales demasiado tempranas por las que se aparta definitivamente al padre o a la madre de su hijo o hija. Por supuesto que, si transcurre más tiempo habrá que pensar en otras opciones más estables como, acudir a la tutela o adopción según sea el caso y sus circunstancias¹¹¹. Entonces, para cumplir su

involucra al orden público. De allí se justifique el control judicial en los casos en los que, como el que aquí se estudia, los progenitores decidan delegar el ejercicio de una función tan relevante para la sociedad en su conjunto. (Ver FRATE, Yamila, *Análisis del plazo legal dispuesto en las guardas judiciales y sus consecuencias en los hechos*, en DFyP 2022 (abril), 26, TR LALEY AR/DOC/1086/2022).

¹⁰⁹La posibilidad no era desconocida en el derecho comparado. Por ejemplo, en el Cód. Civil de Quebec, cuyo artículo 601 expresa que: "El titular de la autoridad parental puede delegar la guarda, la vigilancia o la educación del niño". A su vez, el artículo 216 del Código de Familia de El Salvador dispone que el padre y la madre deberán "cuidar de sus hijos". No obstante, en situaciones de "suma urgencia", y mientras ellas duren, "podrán confiar tal cuidado a persona de su confianza".

¹¹⁰HERERRA, Marisa, *Manual de derecho de las familias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 637.

¹¹¹ KRASNOW, *La responsabilidad parental en el anteproyecto de Código Civil*, en JA 2012, II 1380.

finalidad, la delegación prevé que el ejercicio de la responsabilidad parental se asigne a otra persona (pariente delegado), pero solo transitoriamente.

El contenido de lo delegado gira en torno de la facultad de “actuar” los deberes-derechos”¹¹² tanto en “los actos cotidianos como en las decisiones trascendentes” de la vida de los hijos e hijas¹¹³, o sea, involucra la puesta en acto de esas responsabilidades o facultades para la protección de su desarrollo y formación integral, enmarcadas en los principios sentados por el artículo 639 CCyC.¹¹⁴ En concreto, contempla aquellas acciones y actuaciones derivadas de la titularidad que importan la satisfacción de las necesidades alimentarias, la representación y apoyo, la administración de sus bienes, autorizaciones legales, etc.¹¹⁵ La salvedad es que los progenitores se reservan el derecho a supervisar la crianza y educación en función de sus posibilidades.

La tutela también involucra las funciones derivadas del ejercicio de la parentalidad (cuidado, crianza, representación, protección patrimonial), que vienen a ser cumplidas por otra persona. Sin embargo, a diferencia de la delegación, no existe posibilidad que los progenitores conserven facultades de supervisión pues para que proceda, ellos no deben estar cumpliendo esa función. O sea, en la delegación los progenitores conservan un tramo del ejercicio de la responsabilidad parental con facultades de supervisión, en la tutela no. Esto marca la estrecha relación con la transitoriedad de la primera y la estabilidad en el tiempo de la segunda.

¹¹²Conf. FORNASARI, Lucía, *Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental: delegación del cuidado* en RDF 99, 56, TR LALEY AR/DOC/771/2021. Mizrahi pone el acento en los deberes; esto es, en el ejercicio de una función con responsabilidad (MIZRAHI, Mauricio Luis, *Responsabilidad parental*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 243).

¹¹³ HERRERA, Marisa y LATHROP, Fabiola, *Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana*, en ESPEJO YAKSIC, Nicolás (director), *La responsabilidad parental en el derecho Una mirada comparada*, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y Centro de Estudios constitucionales, México, 2021, p. 83. HERRERA, Marisa, Comentario art. 638 en LORENZETTI, Ricardo, (dir) *Código civil y comercial de la nación comentado*, Rubinzal, Santa Fe, 2015, Tomo IV, p. 279. Conf. NOTRICA, Federico y RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, *Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del proyecto de reforma del CCyC de la Nación. Saldando viejas deudas*, en GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa (dirs) *Derecho de las familias, Infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 138.

¹¹⁴ Ver FERNÁNDEZ, Silvia, HERRERA, Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel, *Responsabilidad parental* en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (dirs.) *Tratado de derecho de familia*, Rubinzal, Santa Fe, 2016, Tomo V-B p.376, DUPRAT, Carolina, *Responsabilidad parental*, Buenos Aires, Erreius, 2019, p. 187.

¹¹⁵ Conf. GONZÁLEZ, Mariela, Comentario art. 641 en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia (dirs.) FERNÁNDEZ, Silvia, (coordinadora), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, 2022, Tomo 5, p. 54.

2. 2 Requisitos

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental solo puede hacerse mediante un acuerdo entre las partes, por lo que se trata de un proceso de naturaleza voluntaria¹¹⁶. Dicho convenio puede celebrarse en instancia de mediación¹¹⁷, en una escribanía¹¹⁸ o en el estudio de abogados/as particulares¹¹⁹. Pero para que tenga eficacia jurídica deberá ser presentado ante el/a juez/a para su homologación.

No configura, en principio, un proceso contradictorio, en tanto el/a juez/a no resuelve la situación que se le plantea, sino que se limita a constatar su existencia, verificar que se cumplan los requisitos que establece la norma y aprobar o no su validez a través de la homologación del acuerdo celebrado. Lo dicho no resta trascendencia a su intervención pues siempre deberá procurar la máxima protección de los intereses de niñas, niños y adolescentes y revisar la excepcionalidad de la permanencia bajo el cuidado de quienes no sean los progenitores.

Para que proceda la figura de la delegación del ejercicio deben existir razones suficientemente fundadas, priorizar el interés del hijo/a, atender a su escucha, involucrar a las personas autorizadas por la ley y sujetarse al plazo legal.

2.2.1. Interés del hijo/a

El centro de gravitación de la delegación es el interés superior del hijo/a sobre el que se está delegando el ejercicio de responsabilidad parental. Por tanto, esa decisión adoptada dentro del marco de la autonomía personal de los miembros de la familia (progenitores y delegados) tiene como norte su protección integral. Principio pivote de toda la legislación relativa a los derechos de la infancia que aquí se profundiza. Por ello el interés subjetivo que motiva la delegación por parte de los adultos debe ser valorado balanceando costos/beneficios y proyectando las consecuencias de la decisión, sin que

¹¹⁶ PALACIOS, Lino E., *Derecho procesal civil. Procesos cautelares y voluntarios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 280.

¹¹⁷ A modo de ejemplo en el art. 23 del CPFyVF de Mendoza se prevé recurrir a mediación en forma previa a la interposición de acciones derivadas de la guarda o la tutela (inc.IV).

¹¹⁸ HOTZ Francisco, *Delegación extrajudicial del ejercicio de la responsabilidad parental entre progenitores* en Revista: [940 \(abr - jun 2020\) Familia,Notarial](https://www.revista-notariado.org.ar/) 03/01/2022. <https://www.revista-notariado.org.ar/>

¹¹⁹ Aquí puedo destacar lo resuelto recientemente por la Cámara Civil de Cipolletti que hizo lugar a un recurso de apelación y en consecuencia otorgó validez a un acuerdo de delegación de responsabilidad parental celebrado en el marco de un divorcio, donde los progenitores autorizaban que su hijo menor de edad residiera con su abuelos en China, y establecían sus obligaciones alimentarias y régimen de comunicación con su hijo. Cám. de Apel, en lo Civ. Com. Fam. y Min. Cipolletti, 17/10/2025, sentencia N° 136 - 17/10/2025, CI-01674-F-2025 - H.C. Y S.H. S/ DIVORCIO, fallo inédito.

procure suplantar otro tipo de figuras admisibles o se oculte una falencia técnica en quienes solicitan la homologación¹²⁰.

Para verificar que la decisión es la que mejor garantiza el interés de la niña, niño y adolescente de que se trate es imprescindible cumplir con el requisito de su escucha, manda constitucional-convencional y legal en los términos del art. 24 ley N°26.061 y los arts. 26, 643, 706 y 707 del CCyC. Si de esa escucha resulta que la decisión no ha sido informada, o que no hace a su mejor interés, el juez/a podrá no homologar y deberá dar intervención a los organismos de protección de derechos. La cuestión puede resultar un importante antecedente si la figura trasciende al discernimiento de la tutela.

2.2.2. Razones suficientemente justificadas

Los progenitores y la persona o personas a las que se le delega el ejercicio de la responsabilidad parental deberán acreditar motivos fundados que llevan a desprenderse del ejercicio. Lo importante es que no se trate de un simple capricho sino de una situación que amerite tal decisión.

Las razones pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores. Todas, circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad. No se trata de una renuncia a la responsabilidad parental, sino una temporal delegación de su ejercicio¹²¹. De allí que su plazo sea acotado, y que cuando la situación desborda estas circunstancias pueda recurrirse a la tutela, en los términos del art. 104 CCyC.

Duprat¹²² sostiene que debe coordinarse esta norma con el art. 39 de la ley N° 26.061, que establece cuáles son las medidas que se adoptan cuando los niños, niñas y adolescentes estuvieren temporalmente privados de su medio familiar o cuyo interés exija que no permanezca en ese medio. Explica que conforme el art. 40, se exige cumplimentar debidamente con las medidas del art. 33 del mismo cuerpo legal, la delegación puede ser una solución luego del vencimiento de una medida excepcional, cuando fuese necesario un lapso mayor de tiempo para continuar trabajando con los progenitores. Es decir, un

¹²⁰GONZALEZ, Mariela, Comentario art. 643, en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*), Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022, p.79.

¹²¹ PELLEGRINI, María Victoria, comentario art. 643 en CAMELO, Gustavo, HERRERA Marisa y PICASSO Sebastián (dirs) *Código Civil y Comercial comentado*, 2 da., Infojus, CABA, 2022, p. 513.

¹²² DUPRAT, Carolina, *Responsabilidad parental*, ob.cit p.498.

nuevo periodo de tiempo en que el hijo/a permanezca bajo la guarda de un tercero, si esto resulta de utilidad y en interés de hijo/a, porque no están dadas las condiciones para que dicte una resolución definitiva con relación al niño, niña y adolescente.

2.2.3. *Sujetos*

La norma menciona tres sujetos del proceso: los progenitores, el hijo/a y el pariente. Se advierte que sólo pueden delegar la responsabilidad parental los progenitores que tengan la titularidad y el ejercicio. En el supuesto de un hijo/a con un solo vínculo acreditado será este/a progenitor/a quien está legitimado/a para llevar adelante la delegación. Por tanto, junto al acuerdo deben acompañarse las partidas que acrediten el vínculo.

La delegación debe recaer en un pariente¹²³ situación que puede acreditarse acompañando también las respectivas partidas que verifiquen el vínculo de parentesco. Aunque no lo dice, debe entenderse que se refiere al parentesco entre las personas adultas. Este pariente no puede volver a delegarlo, pues se trata de un deber personal. Dado que no señala límite alguno a los grados o línea de parentesco, la persona delegada podría ser un abuelo, tío, primo, primo segundo, etc. La norma deja a salvo el supuesto de delegación en el progenitor afín.

Sin perjuicio de la cercanía o no del vínculo de parentesco, la ley no contempla la posibilidad de delegación a otra persona sin vínculo de parentesco, aunque exista una relación basada en la socioafectividad, como puede ser la madrina, padrino, amigos de la familia, etc. La hipótesis, que sí estaba contemplada en el Anteproyecto, se suprimió luego junto con la modificación del art. 611 del CCyC que excluyó la posibilidad de guardas con fines de adopción fundadas en vínculos afectivos, con el fin de evitar la posterior invocación de situaciones de hecho consolidadas¹²⁴.

La solución es dudosa y el debate se mantiene vigente y ha sido motivo de estudio en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La Comisión N° 6 de las XXV Jornadas de Bahía Blanca, en el año 2015 abordó el escenario legal diseñado por los arts. 643 y 657 en concordancia con el art. 611 del CCyC; por unanimidad se concluyó de *lege*

¹²³ En la redacción original se preveía la posibilidad de delegar la responsabilidad parental a un tercero no pariente, (idóneo) pero una vez en Senadores, se sacó esta posibilidad con fundamento en compatibilizar los textos de los arts. 643 y 657 con el art. 611 del CCyC., y en la necesidad de eliminar la posibilidad de que dicha institución se utilice para el tráfico de niños. (BASSET, Úrsula, *Incidencia en el derecho de familia del proyecto del Código con media sanción*, en LL 2013-F-1056, punto XVI)

¹²⁴HERRERA, Marisa, *Responsabilidad parental*, en HERRERA, Marisa (dir.) DE LA TORRE, Natalia y FERNANDEZ, Silvia (colaboradoras), *Manual de derecho de las Familias*, 2da. Edición actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 862.

lata que "Se debe entender que los arts. 643 y 657 no se circunscriben a los parientes sino también a terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad"¹²⁵. En tanto, de *lege ferenda* se postuló que: "Se debe modificar los arts. 643 y 657 a los fines de extender los supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a los terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad"¹²⁶.

El tema nuevamente fue analizado en las XXVIII Jornadas realizadas en Mendoza en el año 2022; la Comisión N° 7 por unanimidad entendió que "La socioafectividad como dato de la realidad requiere revalorizar la presencia de quien sea referente afectivo en la vida de los niños, niñas y adolescentes, en diversos supuestos, tales como: delegación de la responsabilidad parental, guarda judicial, tutela y sistema de apoyos"¹²⁷. También se concluyó que "Las relaciones afectivas de las niñas, niños y adolescentes con referentes afectivos derivadas de vínculos intergeneracionales deben ser resguardadas y fomentadas" y que "cabe entender por socioafectividad una especie de "afecto" calificado por la reciprocidad y la cercanía". El despacho de mayoría propuso incorporar al art. 643 del CCyC a la persona referente afectiva idónea, una vez constatado el vínculo socioafectivo legítimo. La propuesta consistió en retomar la redacción del anteproyecto sustituyendo la voz tercero idóneo por referente afectivo idóneo.

Conviene destacar que el parentesco no es requisito para la tutela. Sin embargo, si se ha delegado el ejercicio en un pariente, nada impide que este sea designado luego, para el caso en que corresponda discernirla.

Otro punto de confluencia en relación con los sujetos reside en que, tal como se explicó, si hubo delegación puede presumirse la voluntad de los progenitores de que sean ellos quienes sean investidos para la tutela, por lo que como misma norma lo indica, si se hubiera otorgado la guarda a un pariente o , si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente la protección de la persona y bienes del niño, niña y

¹²⁵ Despacho por unanimidad suscripto por Natalia De la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Maria Teresa Vega (UN de Catamarca), Adriana Krasnow (UNR), Paula Fredes (UNde Rio Negro), Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Marisa Herrera (UBA), Marisa Domínguez (UNC), Lorena Galelli (UN de la Plata), Silvina Basso (Uces), Patricia Kuyumdjian (UCA, Buenos Aires).

¹²⁶ Despacho por unanimidad suscripto por Natalia De la Torre (UP), Federico Notrica (UP), Maria Teresa Vega (UN de Catamarca), Adriana Krasnow (UNR), Paula Fredes (UNde Rio Negro), Guillermina Zabalza (UNdel Centro), Marisa Herrera (UBA), Marisa Domínguez (UNC), Lorena Galelli (UN de la Plata), Silvina Basso (Uces), Patricia Kuyumdjian (UCA, Buenos Aires). De manera coherente, al analizar la solución del art. 611 del CCyC en su versión final, se concluyó por unanimidad de *lege lata*, que "Se debe entender de manera sistémica de conformidad con los arts. 1 y 2 del CCyC, que la excepción a la prohibición de la guarda de hecho no se circunscribe a los parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socioafectividad en el que la relación entre la familia de origen y la guardadora (los adultos) es cierta, previa y genuina"

¹²⁷ <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/conclusiones>

adolescente puede quedar a cargo del guardador/a por decisión del juez/a que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior (conf. 104 delCCyC)

2.2.4. Homologación

La actividad del juzgador/a implica merituar los requisitos explicados arriba. Según se desprende de la norma, la delegación se autoriza por razones fundadas y en interés del hijo/a, reconociendo, en consecuencia, la facultad del juez/a para ponderar los motivos que llevaron a decidirla y su conformidad con el interés de la persona menor de edad. Dado el carácter excepcional, la prudencia se impone¹²⁸.

Ahora bien, del sistema del CCyC surge que, en principio, bastará con evaluar las razones que se expongan en audiencia, y en todo caso el juez/a, en uso de sus facultades, podrá disponer las medidas probatorias que considere convenientes conforme al art. 709 del CCyC. Ello no solo apunta a preservar el interés superior de la persona menor de edad involucrada, sino, además, a la necesidad de verificar efectivamente la situación de convivencia con el tercero pariente. Aquí también podrá valorar la idoneidad de la persona a quien se le delega el ejercicio. Tal como explica la doctrina, lo que se busca es impedir la generación de vínculos por las vías de hecho sorteando el sistema administrativo y judicial encaminado a la adopción, de manera que el transcurso del tiempo termine convalidando derechos que el sistema adoptivo impide¹²⁹.

En este punto conviene recordar lo que se dijo con relación a los acuerdos de tutela y su posible homologación. Parece que los presupuestos de idoneidad deberían ser necesariamente evaluados por el juez/a al que se somete el control judicial, con mayor estrictez y la indispensable participación del Ministerio Público. Ello por los efectos de la tutela y sus proyecciones en el tiempo.

2.2.5. Plazo

Se prevé que la delegación sea por el plazo de un año, el que puede renovarse por igual período, con intervención de las partes. Para ello se deberá ordenar la celebración de una nueva audiencia a fin de analizar los motivos que impiden a los progenitores asumir el ejercicio de su responsabilidad parental. El plazo y su renovación no son obligatorios, o sea que nada impide que se realice por un tiempo menor, solo funciona como un límite.

¹²⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Responsabilidad parental*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 323.

¹²⁹GONZALEZ, Mariela Comentario art. 643, en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, Tomo V, p. 86.

La norma es consecuente con toda la regulación del libro de las relaciones familiares que pretende que las situaciones excepcionales no se eternicen. El sólo transcurso del tiempo no debe definir situaciones ni constituir estados que a postre avalen la instalación de prácticas perjudiciales.

Ahora bien, es obligación del juez/a y del Ministerio Público controlar que al vencimiento del plazo el niño, niña y adolescente vuelva con sus progenitores, por lo que será deber de los/as magistrados/as implementar un sistema de revisión del expediente, ya que la resolución dictada es temporaria. En todo caso, si los progenitores no pueden o no quieren ejercer su responsabilidad parental, el interés superior del niño, niña y adolescente obliga a la definición de su situación legal mediante otra institución. Caso en que, como se dijo, pueden entrar a jugar la tutela.

Este es uno de los desafíos más importantes que impone la regulación legal, pues en la práctica no se observa con frecuencia sistemas que permitan articular un control adecuado y eficiente del plazo perentorio que trae la norma. De allí que los/las operadores y las instituciones deberán repensar formas de hacer efectivos esos controles mediante la utilización, por ejemplo, de sistemas informáticos que permitan preverlo suficiente. Mientras tanto, y sin perjuicio de ello, podría resultar de utilidad la que la resolución judicial que homologa el acuerdo disponga el cese *ipso iure* de la delegación al vencimiento del plazo¹³⁰.

3. El cuidado a un tercero otorgado judicialmente

Se encuentra regulado en el art. 657 del CCyC que establece: “En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”.

¹³⁰Para ampliar ver TORDI, Nadia A., DÍAZ, Rodolfo G. y NEIROTTI, Carlos E. *Figuras derivadas de la responsabilidad parental: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a un tercero*, en RDF 79, 175, Cita: TR LALEY AR/DOC/3558/2017.

La hipótesis no tenía previsión similar en la legislación derogada, su incorporación se debió al reconocimiento de la necesaria vinculación que existe entre el sistema de protección de derechos, la política pública dedicada a la niñez y el plus de protección que merecen las niñas, niños y adolescentes por ser sujetos de derechos.

La norma ha merecido críticas en algunos aspectos: i) en cuanto a su denominación “guarda”¹³¹ porque parece estar destinada a proteger a una cosa en vez de un ser humano, algo que debe ser "guardado" o "guardada; ii) por su ubicación metodológica pues aparece en el Título Séptimo de la "Responsabilidad Parental", Capítulo 4 que trata sobre los "Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos", paradójicamente cuando, por el instituto en cuestión, ninguno de ambos progenitores lo detenta; iii) por estar alejada del art. 104 del CCyC, iv) porque redundante en que es una figura pensada "para la protección de la persona", ya que es lógico que siempre, en todos los casos, se persigue tal finalidad, la que está ínsita en el espíritu mismo del instituto¹³².

Más allá de las críticas, su inclusión era necesaria pues vino a poner nombre y trámite a situaciones que se presentaban en la vida cotidiana, y que no podían ser silenciadas o dejadas en el ámbito de lo administrativo o de lo privado.

3.1. Finalidad y efectos

La disposición persigue brindar un marco legal a supuestos que se presentan cuando los/as progenitores no pueden asumir temporariamente el cuidado de sus hijos/as, por situaciones de vulneración a sus derechos, que demandan la intervención del sistema de protección y subsidiariamente del poder judicial.

Se trata de hipótesis excepcionales en las cuales – a diferencia de los arts. 643 y 674 del CCyC- los/as progenitores no deciden delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, sino que el cuidado personal de las niñas, niños y adolescentes queda en

¹³¹ MIZHARI critica que se haya mantenido la utilización del término “guarda”, expone que la circunstancia de que el cuidado personal del niño se confiera a una persona distinta a sus padres no justificaba volver a emplear una expresión desvalorizante -la de guarda- que vendría, de alguna manera, a cosificar a aquél. Agrega que nada impedía continuar haciendo referencia al "cuidado personal", aunque el hijo se encuentre en manos de un tercero. Es verdad que la expresión "guarda" alude primordialmente a un objeto de cuidado, más que a un sujeto pleno de derechos. Lamentablemente, diversas normas del CCyC utilizan este término (ver art. 607, anteúltimo párr.; arts. 611 a 614; art. 657; etc.). Ver MIZRAHI, Mauricio L., *Cuidado personal de niños por terceros. Exégesis de los artículos 104, 643, 657, 674 y 702 del Código Civil y Comercial*, en LEY 30/10/2019, 30/10/2019, 1, AR/DOC/2735/2019.

¹³² JÁUREGUI, Rodolfo G. y PRADO, Daniela N., *Guarda judicial y la aparente contradicción entre el art. 657 y el art. 702 inc. d) del Cód. Civ. y Com.*, en RCCyC 2023 (octubre), 155, TR LALEY AR/DOC/1488/2023.

principio, en cabeza de un pariente por decisión del juez/a que interviene y del órgano administrativo local.

Así frente a supuestos de vulneración o amenaza de derechos de las niñas, niños y adolescentes por dificultades que los progenitores demuestren para desenvolver un eficaz ejercicio de la responsabilidad parental, corresponde la intervención de los servicios administrativos de protección de derechos con el objetivo de restablecer los derechos vulnerados. Una de las medidas de protección excepcional (arts. 39 y concs., ley N°26.061) consiste en separación de su grupo familiar primario. Sin embargo, no es la única alternativa posible, nada obsta a que se lleve a cabo un proceso autónomo por pedido de guarda, impulsado por un pariente que advierta la vulneración de derechos del niñas, niños y adolescentes por sus progenitores.

De manera que se trata de una figura con cierta maleabilidad que se la utiliza cuando el ejercicio efectivo de la responsabilidad parental por los padres no es beneficioso para el hijo/a.

En general, puede implementarse como:

(i) resultado de una medida excepcional en la que el órgano encargado del sistema de protección de derechos considera que es mejor para el niño, niña y adolescente, (luego del respectivo abordaje) no convivir temporariamente con sus padres y sí con un pariente (guarda como medida excepcional);

(ii) una alternativa frente al cese de medida excepcional, por la que el niño, niña y adolescente deja de vivir en un hogar o institución de protección de derechos para insertarse en un grupo familiar que no es su grupo primario, pero forma parte de su red familiar o comunitaria (guarda por cese de medida excepcional);

(iii) resultado de un trámite contencioso en la que un tercero pariente y/o Ministerio Público accionan ante el juez/a solicitando el cuidado personal del niño, niña y adolescente por considerar que sus progenitores no están en condiciones de desplegar las acciones en beneficio de sus necesidades.

Esta última opción ha sido criticada por algún sector de la doctrina que entiende que siempre estará vinculada al sistema de protección, porque el art. 30 de la ley N° 26.061, exige que "todo agente o funcionario público (y el juez/a es uno) que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños y adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo responsabilidad de incurrir en responsabilidad por dicha omisión". Entiende que, a los organismos de protección de derechos, creados por la ley N° 26.061

y las diferentes leyes dictadas por cada Estado provincial, se les impone el deber de velar en lo posible, porque las niñas, niños y adolescentes permanezca en el ámbito de su familia nuclear. En esa sintonía, se regulan las medidas de protección de derechos del art. 33 de la ley 26.061, con la finalidad de "la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares" (art. 35), medidas cuya enumeración se realiza en el art. 37 que son reproducidas por las leyes provinciales.

Esta argumentación no parece convincente ni responder a la realidad de muchas niñas, niños y adolescentes que son cuidados por sus abuelos/as u otros parientes dado que sus progenitores presentan situaciones de adicciones, detención, privaciones de libertad etc. cuando el órgano administrativo no advierte vulneración de derechos porque estos adultos (que no son sus padres) asumen de hecho la responsabilidad del cuidado. En esas ocasiones, si los progenitores se niegan a delegar en ellos la guarda, no quedará otra vía posible que la judicialización, o sea, que estas personas que ejercen el cuidado soliciten su reconocimiento judicial. Por supuesto que esto no impide que el juez/a ordene la intervención del sistema de protección de derechos.

Como se verá, la figura tiene algunos puntos de contacto con la tutela, aunque luce bastante más restringida en sus efectos. Ello es así porque solo confiere el cuidado personal y las decisiones relativas a las actividades cotidianas, mientras que la responsabilidad parental queda en cabeza de los progenitores, que conservan su ejercicio.

3.2. Trámite

En los dos primeros supuestos (como inicio o cese de la medida de excepción) el trámite para su otorgamiento será mixto (administrativo y judicial). A semejanza con la guarda del art. 643 del CCyC, corresponde al juez/a controlar los fundamentos que llevaron al órgano administrativo a solicitar esa guarda.

En cambio, en la tercera hipótesis, (cuando es solicitada judicialmente por un pariente) se pone en marcha un proceso típicamente contencioso, en el que el juez/a decide que lo más beneficioso para el niño, niña y adolescente es que su cuidado personal lo ejerzan una o dos personas que no son sus padres. Se deberá producir la prueba vinculada a las imposibilidades o deficiencias de los/as progenitores para asumir los cuidados del niño, niña y adolescente y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, para lograr el convencimiento del juez/a.

3.3 Requisitos

Al otorgarse el cuidado de un niño, niña y adolescente a un tercero por decisión judicial- ya sea por iniciativa del órgano de protección o en proceso autónomo- indudablemente se cercena el derecho a la vida privada familiar de las personas involucradas, lo que torna necesario el contralor judicial de los requisitos que establece la norma. La decisión debe ser razonable, legal y proporcionada a la circunstancia del caso.

Veamos los presupuestos de procedencia del cuidado por un tercero.

3.3.1 Supuestos de especial gravedad

Las situaciones de especial gravedad que se pueden presentar son múltiples, y se relacionan con la vulneración de derechos del niño, niña y adolescente por sus propios progenitores. Pueden ser situaciones de violencia, maltrato, negligencia, o por una circunstancia propia de los/as adultos/as que hace imposible que puedan cuidar a sus hijos/as sin que delegar el ejercicio de la responsabilidad parental sea una opción para ellos, por eso la ley habilita que sea el juez/a quien otorgue este “cuidado” a un pariente o “tercero”.

Se ha dicho que son tan variadas y plurales como los derechos de las personas afectadas¹³³.

En otras palabras, la emergencia para el caso de que el cuidado personal no quede en cabeza de uno/a de los /as progenitores/as debe ser a la vez grande e importante por la magnitud del daño que potencialmente ocasione a los derechos del niño, niña y adolescente, de singular o particular relevancia ósea que se diferencie de lo común o general¹³⁴.

3.3.2 Vínculo de parentesco

Al igual que la figura del art. 643 del CCyC, la norma establece que la guarda sólo puede recaer en un pariente, situación que deberá acreditarse acompañando las respectivas partidas que confirmen dicho vínculo.

La exclusión del referente afectivo se fundamentó en un criterio precautorio que dificulte o impida que esta sea una modalidad para configurar o formalizar una posterior

¹³³ALVAREZ FERRARI, María Silvia Comentario artículo 657 en HERRERA Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, 2022, Tomo V, p. 247.

¹³⁴JAUREGUIL, Rodolfo G. *La guarda judicial del art. 657 y concordantes del Código Civil y Comercial. Cuestiones procesales y de fondo*, en DFyP 2020 (agosto) , 15, TR LALEY AR/DOC/590/2020.

“guarda de hecho”, expresamente prohibida como antecedente para una pretendida adopción, conforme lo dispone el art. 611 CCyC. Su principal motivo fue evitar la comercialización de los niños/as¹³⁵.

Existe aquí una notable diferencia con la tutela, que no precisa ser discernida a un pariente. Cabe aclarar que el Anteproyecto incluía la posibilidad de otorgar el cuidado con base en el vínculo afectivo. Sin embargo, en el debate en la Cámara de Senadores se eliminó la posibilidad de validar la guarda ejercida por quienes aleguen un "vínculo afectivo" con los progenitores con el fin de aventar las famosas "guardas de hecho", y se modificó también lo relativo al art. 657 del CCyC, eliminando la posibilidad de atribución de guarda (o cuidado) en un “tercero”.

Más allá de ello, autores como Mizrahi afirman que los mismos fundamentos del Anteproyecto avalan la posibilidad de otorgar la guarda a un tercero no pariente, ya que se hace referencia a los casos excepcionales en los que se verifica la necesidad de apartar al niño, niña y adolescente de su medio familiar, contemplándose así su permanencia transitoria en medios familiares alternativos. De ahí que- afirma- es inentendible la exclusión que pareciera realizar la norma en cuanto a la posibilidad de entregar al niño, niña y adolescente a personas que no son sus parientes. Este autor, propicia que los/as jueces consideren no escrita la restricción y que decidan libremente conforme los parámetros de la ley N° 26.061¹³⁶.

Más allá de esta discusión vigente en la doctrina, la interpretación sistémica a la luz de los artículos 1 y 2 del CCyC impone revisar cada caso concreto y declarar en el supuesto que así corresponda, la inaplicabilidad de la limitación del vínculo de parentesco¹³⁷. En primer lugar, porque no es posible partir de la mala fe, y menos aún

¹³⁵ÁLVAREZ FERRARI, María Silvina, Comentario artículo 657 en HERRERA Marisa y DE LA TORRE Natalia (directoras) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, 2022, Tomo V, p. 247.

¹³⁶MIZRAHI, Mauricio L., *Responsabilidad parental*, 1ra reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 459.

¹³⁷ La jurisprudencia ha abierto camino en sus sentencias declarando la inaplicabilidad del requisito del parentesco así el Juzgado de Familia de Viedma, otorgó la guarda en el marco del art. 657 del CCyC de dos niños- medios hermanos - a la abuela paterna de uno de ellos. Surgía de los hechos que los progenitores no podían hacerse cargo de los niños, que la abuela siempre había asumido un rol de cuidado. Se destacó que un progenitor vivía en otra localidad y el de la niña estaba alojado en la penitenciaría al igual que la madre de ambos, que habían sido citados al proceso sin comparecer. En la sentencia la jueza valoró que la guardadora tenía un vínculo socioafectivo profundo, ya que estuvo siempre cerca del niño que no era su nieto, y se comportó como su abuela, pasando largos períodos de tiempo en su domicilio ambos niños. Tuvo en cuenta que la señora brindaba un trato de afecto al medio hermano de su nieto; resaltó que la familia no siempre está asociada a la biología sino que a veces está más bien ligada por los afectos, por el sentir, el amor, el cuidado que le brindan sin tener vínculo de parentesco, que la señora se había constituido en el único referentes válido y amada por los pequeños, por lo que valora que con la solución propuesta se

dar por sentada la inoperancia de nuestro sistema judicial para detectar cuándo se pretende perpetrar un acto ilícito. En segundo lugar, porque la limitación existe y no puede “tenerse por no escrita”. En tercer lugar, porque la figura del referente afectivo se encuentra prevista en el art. 7 del decreto 415/2006 reglamentario de la ley N° 26.061, que contempla la posibilidad de delegar en un "referente afectivo" el cuidado y atención de un niño, niña y adolescente.

Sin dudas la clave es la socioafectividad¹³⁸ que ha sido puesta de relieve por la doctrina que clama por la modificación de la norma y la incorporación del referente afectivo a la figura, tal como se analizó *ut supra* respecto de las Jornadas de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015).

En tanto en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza, 2022), se postuló modificar el art. 657 del CCyC e incorporar expresamente la figura del referente afectivo. La ponencia presentada dice: *De lege ferenda*: “En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un familiar o referente afectivo idóneo por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”. Sin embargo, no obtuvo despacho de mayoría¹³⁹.

3.3.3 Plazo

La norma dispone un tiempo de duración máximo para el otorgamiento de la guarda (un año), prorrogable por otro año más por razones fundadas. Vencido el plazo, se debe de resolver la situación del niño, niña y adolescente mediante otras figuras que se regulan en el CCyC. Por lo que se presentan, al menos, dos interrogantes: ¿quién controla

respetaba el interés superior del niño, su derecho a vivir en familia y su derecho a la intimidad. (Ver JFam. N°7 de Familia de Viedma, 12/10/2021, “RESERVADO (SM.R.V.J. Y V.R.T.M.) S/ GUARDA”, <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/10/Juzgado-de-Familia-Viedma-Guarda-12.10.21.pdf>).

¹³⁸ÁLVAREZ FERRARI, María Silvina, Comentario art. 657 en HERRERA Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs.) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, 2022, Tomo V, p. 247.

¹³⁹Con votos a favor: 3, en contra: 4 (cuatro) en Abstención: 2 (dos) <https://mendozalegal.com/omeka/files/original/d3206ba7ee736f4147f6a4da5bee9a27.pdf>.

el cumplimiento de los plazos establecidos?, ¿por qué se dispone un plazo de máxima? (dos años).

En busca de una respuesta al primer interrogante cabe suponer que si la medida fue solicitada por el órgano administrativo, ese órgano es el responsable de bregar por la definición de la situación del niño, niña y adolescente, ya sea a través del reintegro a su centro de vida, peticionando su declaración de situación de adoptabilidad o derivando al proceso de tutela; en cambio si se trata de la guarda otorgada en un proceso autónomo, corresponde el mismo análisis del art. 643 del CCyC, o sea, propiciar la aplicación de algún mecanismo de control interno. En ambos casos no debe entenderse que la renovación del plazo opera automáticamente. La guarda conferida cesa *ipso iure* al año de haber quedado firme la decisión jurisdiccional. La excepcionalidad de la figura y la sistemática del CCyC no permiten otra conclusión¹⁴⁰.

En relación con la existencia de un plazo máximo de dos años, coincide con el previsto para la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (conf. art. 643 del CCyC) y también con el pautado en materia de ejercicio ante los desacuerdos reiterados de los progenitores, o cuando concurre cualquier otra causa que lo entorpece gravemente puede atribuirlo total o parcialmente a uno ellos, o distribuirles sus funciones (art. 642 del CCyC). Se trataría del límite temporal extremo según la voluntad del legislador para poner tope a soluciones provisorias o de coyuntura, que no justifican un quiebre definitivo al ejercicio del cúmulo de deberes-derechos por parte de los progenitores. Indica que se encuentran, por diferentes motivos, en una circunstancia transitoria y eventualmente superable.

En tal lapso los órganos del Estado deberán prestar apoyo a los progenitores del niño, niña y adolescente (art. 18 de la CDN) a los fines de que se puedan hacer cargo del ejercicio pleno de la responsabilidad parental. Si, vencido dicho plazo, no hay una respuesta favorable o un cambio en la situación de los progenitores, se debe resolver la situación jurídica del niño, niña y adolescente. Tal como señala la norma, uno de los caminos posibles es la tutela. De modo que esta forma de cuidado puede resultar como antecedente de la tutela.

El tema del plazo ha sido controversial. En algunas oportunidades la jurisprudencia declaró su inconstitucionalidad. Así se ha pronunciado el Juzgado Civil,

¹⁴⁰TORDI, Nadia A., DÍAZ, Rodolfo G.y NEIROTTI, Carlos E. *Figuras derivadas de la responsabilidad parental: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a un tercero*, en RDF 79, 175 Cita: TR LALEY AR/DOC/3558/2017.

Familia y Sucesiones de Monteros¹⁴¹, en el marco de un proceso de guarda solicitada por el tío materno del niño de once años, quien tras fallecer su madre y convivir con su progenitor y la pareja de éste, había recibido maltratos por parte de ambos. La resolución otorgó la guarda peticionada y declaró inaplicable el tiempo máximo establecido por el art. 657 del CCyC, por resultar escaso. Para así resolver consideró la historicidad familiar y la contundencia de los informes interdisciplinarios e intersectoriales, que acreditaban la situación de maltrato sufrida en manos del progenitor y su pareja, como así también el bienestar actual del niño al convivir con sus tíos y primos. Destacó que la limitación temporal al caso resulta inaplicable al caso en concreto. Sostuvo que imponer ese tope obligaría a los integrantes de esta familia a transitar año tras año un recorrido judicial no solo desgastante, sino también oneroso. Esa imposición atentaría contra la tutela judicial efectiva de los derechos del niño.

Aunque no se desconoce la viabilidad de esta solución, cabe pensar que, dado que la situación encuadraría en el art. 702 inc. c) y funciona como causal de suspensión de la responsabilidad parental, hubiera sido preferible discernir la tutela que confiere un cúmulo de facultades más amplias, al tiempo que proporciona mayor estabilidad y seguridad jurídica. Por lo que nuevamente se reafirma la necesidad de potenciar su uso como figura que garantiza el derecho a la vida familiar y al cuidado de las niñas, niños y adolescentes.

4. Análisis de la visión renovada de la tutela como figura de protección

A lo largo del recorrido realizado, se puede destacar que la adopción, las guardas y tutela son tres instituciones pensadas para la protección del derecho de las niñas, niños y adolescentes a la vida familiar y al cuidado. Se enfatiza que el CCyC las presenta como opciones diferentes con requisitos y efectos disímiles, por eso es importante su estudio a fin de buscar para el caso concreto la mejor solución que priorice el interés superior del niño, niña y adolescente.

Tanto la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art 643 del CCyC) como el cuidado ejercido por un tercero (art. 657 del CCyC) pueden presentarse como la antesala al discernimiento de la tutela.

¹⁴¹Juzg. Civ. en Fam. y Suc., Monteros, Tucumán; C., R. A. s. Guarda, 04/07/2024; Rubinzal Online; RCJ 6525/24

Piénsese en el supuesto de un niño, niña o adolescente que está siendo cuidado por sus abuelos u otro familiar o referente afectivo porque los progenitores se encuentran suspendidos del ejercicio de la responsabilidad parental, dichas guardas se vencen en sus plazos y la situación tiene visos de permanencia, a fin de proteger sus derechos se debe pensar en una institución de mayor estabilidad y seguridad jurídica, que al mismo tiempo confiera facultades más amplias para el ejercicio de derechos por la persona menor de edad. Así es que ingresa el discernimiento de la tutela como alternativa válida y ampliatoria de derechos.

Como se ha afirmado el art. 104 del CCyC no exige privación de responsabilidad parental, sino que no haya persona que la ejerza, en consonancia con la regulación de las figuras derivadas de la responsabilidad parental previstas en el art. 640 del CCyC por lo que para su procedencia bastaría acreditar que los progenitores no están en su ejercicio. En tanto el art. 702 del CCyC indica que una de las casuales de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental es que hijo/a esté bajo el cuidado de un tercero, por lo que será suficiente demostrar dicha situación fáctica.

No desconozco que otros autores afirman que la tutela no puede coexistir de manera simultánea con la responsabilidad parental, por lo que, una vez vencido el plazo de la guarda para otorgar una tutela, deben darse los supuestos fácticos y jurídicos para privar de responsabilidad parental a los progenitores. O sea, no dejan espacio para la figura ante la suspensión (art. 702). La solución que proponen para casos de suspensión es otorgar una guarda con representación como instituto derivado de la responsabilidad parental por operatoria de la guarda otorgada por el juez/a a un tercero o la guarda delegada por los progenitores, en el interés del hijo/a y por razones justificadas. Este supuesto implica que el guardador/a se constituye en representante legal del niño, niña y adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, afirman que así se facilita y agiliza la dinámica de la vida diaria para el acceso de sus derechos. Sin embargo, dicha solución no responde plenamente los derechos de las niñas, niños y adolescentes porque las guardas, aunque tengan facultades de representación se otorgan por un plazo y vencido este, queda nuevamente el niño, niña y adolescente sin figura de protección de sus derechos.

Los problemas señalados se ilustran con un caso resuelto por la Cámara Nacional Civil, Sala L. La sentencia confirmó la inaplicabilidad del plazo previsto por el art. 657 del CCyC decidida en la instancia anterior y otorgó la guarda de dos niños a su tía y a su pareja, hasta nueva orden judicial en contrario. La progenitora se agravió aduciendo ello

la alejaba de la posibilidad de vincularse con sus hijos, siendo su único objetivo que se produzcan los medios necesarios y acordes para volver a tomar contacto y generar el lazo filial. La Cámara destacó que la guarda otorgada sin límite temporal no alejaba la posibilidad de contacto, pues tal como la anterior magistrada resaltó, la decisión no causaba estado y si cambian las circunstancias fácticas podría variar la decisión.

En este caso la tutela podría haber sido una opción más adecuada en tanto comprende también facultades de representación. Por supuesto que si por decisión judicial se establece la revinculación luego de que se constate que se revirtieron las situaciones que llevaron a su discernimiento, la tutela cesará. Esta opción es más protectoria que la guarda que solo otorga la posibilidad de que las personas que están a cargo tomen decisiones relativas al cuidado dificultando el ejercicio de ciertos derechos como representarlo en un juicio.

Con sentido más práctico y acorde al principio de realidad, el mismo tribunal, en un caso en el que la abuela cuidaba a sus nietos desde hacía mucho tiempo (el padre se encontraba privado de la libertad, y la madre no se hizo cargo) resolvió transformar la guarda prevista en el art. 657 del CCyC en una tutela. Argumentó que de este modo se otorgaba un marco más definitivo a los niños, priorizando el principio de estabilidad o continuidad. Resaltó que la “guarda” no procuraba una solución definitiva, pues este instituto no busca dar una solución permanente al problema que pudieran estar atravesando las personas menores de edad, ya que regularmente está afectada por la transitoriedad de su vigencia. Es que la idea de la “guarda” (fuera del campo de la responsabilidad parental) consiste en brindar una solución provisoria hasta tanto se logre la inserción del niño, niña y/o adolescente con sus progenitores y, de no ser posible, se acuda a figuras más abarcadoras como la tutela o la adopción. Esa provisoriedad, por otra parte, no sólo fue precisada en los Fundamentos del Anteproyecto, sino también en el texto mismo del art. 657 del CCyC, el cual determina los plazos de su vigencia. El fallo reparó las diferencias entre esa figura (cuyo objetivo es restituir al niño, niña y adolescente, en sus derechos vulnerados, teniendo en miras el futuro reintegro de aquél a sus progenitores) y el caso en el que se buscaba convalidar una situación de hecho de larga data, dando prioridad al principio de estabilidad o continuidad.

En consecuencia, dado que ninguno de los padres ejercía la responsabilidad parental, ni lo hicieron durante los últimos 8 años, la abuela rencauzó su pretensión adecuándola a la nueva normativa vigente, y solicitó que se le otorgue la tutela, lo que fue avalado por la Cámara.

En la misma tesitura, la Suprema Corte de Buenos Aires¹⁴² hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la asesora de personas menores de edad. Los hechos se resumen del siguiente modo: al año de su nacimiento, el ahora joven padeció síndrome urémico hemolítico, por lo que cuatro años después recibió un trasplante de riñón, a sus diez años su padre falleció, y al año siguiente su madre sufrió un aneurisma cerebral. Desde esa época se encontraba al cuidado de su media hermana (por parte de padre). De la prueba surgía de que el joven se hallaba contenido y se realizaba los controles médicos. Respecto de su madre, manifestó que no tenía buena relación y que no deseaba estar con ella. De hecho, existía una orden de prohibición de acercamiento. En este contexto, en primera instancia se confirió la guarda del joven a su hermana hasta la mayoría de edad y la Cámara confirmó dicha resolución. Para así decidir declaró la inconstitucionalidad del plazo de un año que prevé el art. 657 del CCyC.

La asesora planteó recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley ante la Suprema Corte de la provincia. Sostuvo que la hermana debía designarse en calidad de tutora provisoria. Argumentó que dicha resolución ignoraba el interés superior del joven; abundó en los parámetros superadores de la nueva normativa que fueron reemplazando a aquellas antiguas construcciones interpretativas de implementación errática sólo dependientes de la voluntad del juez; destacó que la declaración de inconstitucionalidad de la limitación temporal de la guarda prevista por el art. 657 del CCyC resultaba innecesaria, injustificada y contraria a la plena vigencia de la Constitución Nacional así como a la normativa convencional que da sustento y efectividad a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Profundizó que: "...el CCyC al legislar la guarda a parientes como una institución formal impone un límite temporal, lo que supone un avance en la protección de las garantías constitucionales y convencionales de los niños, al delimitar las facultades de los magistrados evitando eventuales actuaciones discrecionales que anclen la progresividad de sus derechos, acompañando así un desenvolvimiento más apropiado al Sistema de Protección y Promoción que inspira el nuevo paradigma y que el art. 104 del CCyC relativo a la tutela admite la guarda a parientes como antecedente de la tutela para avanzar en el reconocimiento de derechos, que dicha figura está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la

¹⁴²SCJBA, 04/10/23, N° C-124952 “J. S.S/ GUARDA A PARIENTES (DIGITAL)” 124952, disponible en <https://acrobat.adobe.com/id/urn:aaid:sc:US:7af4fd1c-fda8-4a70-a781-11bbf098fea2>.

responsabilidad parental, resultando no solo excesivo el plazo de la guarda hasta la mayoría de edad decretado, sino que paralelamente entiende que restringe la posibilidad que su hermana se desempeñe como tutora y detente más atribuciones que las que puede desarrollar mediante el ejercicio del instituto de la guarda.”

La Corte hizo suyos los fundamentos del dictamen de Procuración, y entendió que la tutela provisoria resultaba la figura que mejor se adaptaba al interés superior del joven ya que estaba destinada a brindar protección a su persona y sus bienes. Explicó que no solo resultaba excesivo el plazo de la guarda hasta la mayoría de edad, sino que paralelamente implicaba una restricción de derechos. Rescató la escucha del joven que daba cuenta de su deseo de seguir viviendo con su hermana. Por tanto, interpretó que la tutela era la mejor alternativa.

Estas sentencias demuestran una progresiva toma de conciencia sobre la necesidad de dotar de estabilidad y permanencia jurídica a relaciones de cuidado que se sostienen en el tiempo, aun cuando ello implique flexibilizar los marcos normativos existentes. Si bien algunas decisiones, como la inconstitucionalidad de los plazos, generan tensiones interpretativas con la letra de la ley, es indudable que todas ellas buscan evitar situaciones de inestabilidad jurídica y responden con soluciones acordes a las realidades concretas. La figura de la tutela, en ese sentido, aparece como la herramienta adecuada para garantizar el derecho de representación, ofrecer continuidad afectiva y protección efectiva a niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, estos caminos jurisprudenciales también ponen en evidencia la necesidad de revisar, armonizar y eventualmente actualizar ciertas disposiciones del CCyC y ponderar los efectos concretos de la designación de tutor/as a un niño, niña y adolescente.

5. Un paso más en la construcción de las conclusiones

Del análisis efectuado se desprende que la tutela se configura como una figura jurídica que brinda mayor estabilidad y permanencia en comparación con las instituciones previstas en los arts. 643 y 657 del CCyC.

La delegación de la responsabilidad parental (art. 643 CCyC) y el cuidado por un tercero por decisión judicial (art. 657 CCyC) constituyen medidas provisorias o transitorias, concebidas como respuestas ante situaciones excepcionales. Ambas tienen un plazo máximo de un año, prorrogable por otro igual, establecido por el legislador para

evitar la prolongación indefinida de situaciones precarias y asegurar la resolución definitiva mediante figuras estables, como la tutela o la adopción.

La primera constituye una herramienta legal relevante que permite brindar cuidado sin afectar la titularidad de la responsabilidad parental. Sin embargo, su aplicación enfrenta desafíos, especialmente respecto del control judicial de los plazos y de la necesidad de evitar que soluciones temporales se perpetúen en el tiempo sin el adecuado seguimiento. El diseño legal autoriza que funcione como antesala de la tutela, si se dan los presupuestos del art. 104 CCyC.

Por su parte, el cuidado de niñas, niños y adolescentes otorgado a un tercero por decisión judicial se presenta como una forma maleable dentro del sistema de protección integral y también como una opción autónoma en la órbita judicial. Está destinada a responder a situaciones en las que los progenitores no pueden ejercer temporalmente el cuidado personal. Si bien ha sido objeto de observaciones doctrinarias en cuanto a su denominación o ubicación normativa, constituye una herramienta legítima y flexible que permite preservar vínculos familiares ampliados, en consonancia con el derecho a la vida familiar. En ocasiones, podrá devenir en tutela, en otras habrá que evaluar cuál de las figuras resulta adecuada dado que esta última confiere facultades de representación jurídica, por lo que se garantiza una protección más amplia y efectiva, en tanto permite la toma de decisiones en materia patrimonial y la representación procesal del niño, niña o adolescente. Este alcance excede el marco del cuidado por un tercero del art 657 CCyC, limitado a decisiones vinculadas con la vida cotidiana.

Por último, a diferencia de la adopción, la tutela no confiere emplazamiento filial y permite mantener la convivencia dentro del grupo familiar de origen o ampliado -por ejemplo, con abuelos o tíos o referentes afectivos-, asegurando la preservación de los vínculos afectivos y la continuidad de la vida familiar.

Así las cosas, se justifica una revitalización de la tutela que representa una figura de estabilidad y continuidad frente a la imposibilidad de que los progenitores ejerzan efectivamente el cuidado, y garantiza el derecho a ser cuidado y a vida familiar en la órbita de su familia de origen o con personas referentes afectivos. La práctica jurisprudencial ha reconocido esta necesidad, transformando guardas en tutelas con el fin de otorgar un marco jurídico más definitivo y proteger el principio de estabilidad familiar.

A partir de estas conclusiones, se confirma que la figura debería reubicarse dentro del CCyC, en el Libro Segundo – Relaciones de Familia- Título VIII.

El texto legal del art. 104 podría ser reformulado en los siguientes términos “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud su capacidad civil cuando se acredite que sus progenitores no ejercen la responsabilidad parental, han fallecido o, han sido privados de la responsabilidad parental. Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo. Si se hubiera otorgado el cuidado por decisión judicial a un pariente o referente afectivo o delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en igual sentido, de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña o adolescente puede quedar a cargo de esa persona por decisión judicial, si ello es más beneficioso para su interés superior. En ambos casos, el juez que homologó la delegación o dictó sentencia por la que otorgó el cuidado puede transformarlo en tutela garantizando el derecho de defensa de los progenitores y la escucha del niño”.

Con esta propuesta se pueden destacar varios puntos: i) se aclaran los supuestos de procedencia, ii) se incluye la posibilidad de otorgar el cuidado a un referente afectivo (que requiere también una necesaria adecuación del art. 657 del CCyC), iii) se incluye a la posibilidad de delegar el ejercicio a un referente afectivo (que requiere adecuación del art. 643 del CCyC), iv) se mejora la redacción dejando en claro que el cuidado temporario o la delegación del ejercicio pueden transformarse en tutela, v) asegura el derecho de defensa y vi) se evita la asimilación con las funciones de representación y estrictamente patrimoniales destacando en primer lugar que la tutela es una figura de protección de derechos de la niña, niño y adolescente.

CONCLUSIONES

El recorrido realizado permitió demostrar que la tutela, lejos de constituir una institución anacrónica o residual, puede y debe ser revalorizada como un instrumento vigente y eficaz para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales.

La persistencia de prácticas forenses ancladas en paradigmas del derogado código de Vélez ha contribuido a invisibilizar su potencial, manteniéndola asociada a una concepción legalista y tutelar que resulta contraria a los lineamientos constitucionales y convencionales actualmente vigentes. Este enfoque contrasta con el nuevo paradigma introducido por el CCyC, que, en armonía con la normativa internacional, desplaza el eje desde una figura concebida como “derecho de los parientes” hacia una institución orientada a la protección integral de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, a vivir en familia y a ser cuidados.

El segundo párrafo del artículo 104, que parece invisibilizado, da sustento robusto a esta afirmación.

El estudio del derecho a la vida privada y familiar ha permitido identificar su doble dimensión (negativa y positiva). Por un lado, la negativa, que impone al Estado y a terceros la obligación de abstenerse de injerencias arbitrarias o ilegítimas en la esfera íntima de las personas. Por otro, la dimensión positiva que subyace al derecho a la vida familiar y que requiere la adopción de medidas activas destinadas a garantizar la preservación y fortalecimiento de los espacios familiares de crianza.

En tanto, el derecho al cuidado se erige como un derecho humano autónomo, íntimamente vinculado con la dignidad y el bienestar de las personas, que exige del Estado el diseño y ejecución de políticas públicas orientadas a su garantía universal. Adquiere una dimensión reforzada con relación a las niñas, niños y adolescentes, pues el cuidado constituye no sólo una necesidad básica, sino también una obligación jurídica derivada de su consideración como sujeto de derechos.

Sobre estas bases, resultan especialmente relevantes dos herramientas jurídicas. En primer lugar, la Opinión Consultiva N.º 31 de la Corte IDH, que recordó la obligación estatal de prestar asistencia a padres y tutores en el cumplimiento de sus responsabilidades, así como de garantizar la creación de instituciones, servicios y espacios de cuidado accesibles y de calidad, con especial atención a las necesidades particulares de cada niño, niña o adolescente. En segundo lugar, la Observación Final

emitida el 16 de septiembre de 2024 por el Comité de los Derechos del Niño, que enfatizó la necesidad de garantizar suficientes opciones de acogimiento familiar y comunitario, con recursos adecuados, revisión periódica de las medidas adoptadas y la intervención judicial en resguardo del interés superior del niño, niña y adolescente.

Desde esta perspectiva, propongo revisar las normas del CCyC para potenciar a la tutela como una figura de protección de derechos, subsidiaria de la responsabilidad parental, destinada a garantizar el derecho humano de niñas, niños y adolescentes a la vida familiar y al cuidado.

Así es que el análisis de la definición de la tutela, sus antecedentes, clases, modalidades, caracteres y prohibiciones demostró la importancia del control jurisdiccional como mecanismo indispensable de resguardo de derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Se resaltó que el legislador optó por abandonar el antiguo sistema de la tutela legal, reemplazándolo por un modelo que prioriza la idoneidad de la persona designada por sobre el parentesco. Esta decisión normativa se alinea con el paradigma de protección integral de derechos, en tanto coloca en el centro de la decisión judicial el interés superior de cada niña, niño y adolescente, y reconoce la relevancia de los vínculos socioafectivos.

Se admitió como válida, la crítica realizada por la doctrina en cuanto a su ubicación en el Libro Primero -Parte General- del CCyC, por lo que propone la conveniencia su regulación dentro del Libro Segundo- Relaciones de Familia- luego de la Responsabilidad Parental (Título VIII) lo que le daría coherencia a la propuesta de revalorizar su utilización como figura subsidiaria a la responsabilidad parental.

Se analizaron los supuestos de privación y suspensión de la responsabilidad parental para destacar su procedencia en casos en los que se acredite el no ejercicio efectivo de la responsabilidad parental, lo que constituye un matiz crucial para evitar interpretaciones restrictivas o anacrónicas.

Con el estudio de los efectos jurídicos, se comprobó que es conveniente que los/as jueces diferencien la causa de discernimiento de la tutela. Se propone distinguir si la tutela se discernió por muerte de los progenitores, por sentencia de privación o por suspensión de la responsabilidad parental (arts. 700, 700 bis y 702 del CCyC), ya que, si bien los efectos patrimoniales no difieren, sí las consecuencias relativas a los actos del art. 645 del CCyC. En el supuesto de discernimiento por suspensión de la responsabilidad parental, sería conveniente aclararlo judicialmente en la sentencia a los fines de que el juez/a se otorgue expresamente esa facultad al tutor/a designado.

En el estudio comparativo con otras figuras de protección de derechos como lo son la adopción, la delegación de la responsabilidad parental y el cuidado del niño, niña y adolescentes por un tercero por decisión judicial, permitió destacar que la tutela implica una figura jurídica que brinda mayor estabilidad y permanencia. La delegación de la responsabilidad parental y el cuidado por un tercero por decisión judicial constituyen medidas provisorias o transitorias, concebidas como respuestas ante situaciones excepcionales. Ambas tienen un plazo máximo de un año, prorrogable por otro igual, establecido por el legislador para evitar la prolongación indefinida de situaciones precarias y asegurar la resolución definitiva mediante figuras estables, como la tutela o la adopción.

En tanto, a diferencia de la adopción, la tutela permite mantener la convivencia dentro del grupo familiar de origen o ampliado -por ejemplo, con abuelos/as o tíos/as o referentes afectivos-, asegurando la preservación de los vínculos afectivos y la continuidad de la vida familiar. Si bien la adopción también procura la estabilidad del niño, niña o adolescente, modifica el emplazamiento filial y garantiza el derecho a la vida familiar pero no – en líneas generales- con su grupo familiar de origen.

Por lo que la tutela representa una figura de estabilidad y continuidad frente a la imposibilidad de que los progenitores ejerzan su responsabilidad parental, y garantiza el derecho a ser cuidado y a vida familiar en la órbita de su familia de origen o con personas referentes afectivos. Del estudio jurisprudencial se puede destacar que se han delineado diversas respuestas a las situaciones que se presentan con el fin de otorgar un marco jurídico más definitivo y proteger el principio de estabilidad familiar.

Con todo, identifiqué aspectos prácticos que permitirían consolidar a la tutela como figura ampliatoria de derechos:

- Propongo cambiar su ubicación dentro del Libro Segundo del CCyC, a continuación del Título de Responsabilidad Parental.
- Reformular el art. 104 redactado de la siguiente forma: “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud su capacidad civil cuando se acredite que sus progenitores no ejercen la responsabilidad parental, han fallecido o, han sido privados de la responsabilidad parental. Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo. Si se hubiera otorgado el cuidado por decisión judicial a un pariente o referente afectivo o delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en igual sentido, de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección

de la persona y bienes del niño, niña o adolescente puede quedar a cargo de esa persona por decisión judicial, si ello es más beneficioso para su interés superior. En ambos casos, el juez que homologó la delegación o dictó sentencia por la que otorgó el cuidado puede transformarlo en tutela garantizando el derecho de defensa de los progenitores y la escucha del niño”.

- Garantizar la participación de los progenitores con patrocinio letrado en los procesos de discernimiento, cuando no exista sentencia previa de privación.
- En este supuesto, prever que la sentencia se pronuncie expresamente sobre la suspensión de la responsabilidad parental y autorice a realizar los actos del art. 645 del CCyC.
- Asegurar la escucha efectiva de niñas, niños y adolescentes en todos los procesos.
- Priorizar la idoneidad socioafectiva del tutor/a en la relación con la niña, niño y adolescente de que se trate.

Advierto que estas pautas permitirán superar visiones restrictivas y consolidar la tutela como una herramienta dinámica de ampliación de derechos de niñas, niños y adolescentes.

El desafío pendiente es doble: por un lado, que los/as operadores jurídicos asuman un rol activo y comprometido en su aplicación, abandonando inercias derivadas de viejos paradigmas; y por otro, que se avance hacia la armonización procesal en todo el territorio nacional, asegurando la intervención judicial oportuna, el debido proceso y la participación protagónica de niñas, niños y adolescentes.

Solo así podrá consolidarse como una institución eficaz y respetuosa de los derechos humanos, capaz de ofrecer respuestas adecuadas a las necesidades de quienes carecen de cuidados parentales. De este modo, se fortalecerá el sistema de protección integral, así como la construcción de una sociedad más justa, en la que cada niño, niña y adolescente vea garantizado su derecho a crecer en un entorno familiar y afectivo que posibilite su pleno desarrollo como sujeto de derechos.

Abreviaturas

CCyC Código Civil y Comercial

CADH Convención Americana de Derechos Humanos

CEDH Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades
Fundamentales

Corte IDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

CIDH Comisión Interamericana de Derechos humanos

CPFyVF Código Procesal de Familia y Violencia Familiar

CDN Convención de los Derechos del Niño

PIDESC Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

SIDH Sistema Interamericano de Derechos Humanos

FUENTES

Bibliográficas

1. ALVAREZ FERRARI, María Silvia Comentario art. 657 en HERRERA Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, 2022, Tomo V.

2. BALERIO BURUNDARENA, Ángeles, Comentario art. 107, en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo I.

- Comentario art. 104 en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomo I.

3. BALLARIN, Silvana R., *Adopción: declaración de idoneidad y análisis de aptitud en relación a las necesidades de cada niño*, DFyP, AR/DOC-7868/2015 2015 (abril).

4. BASSET, Úrsula, *Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Austral, Pontificia Universidad Católica Argentina ubasset@austral.edu.ar <https://doi.org/10.22235/rd.v0i17.1517> Revista de Derecho

(UCUDAL). 2da época. Año 14. N° 17 (jul. 2018). ISSN 1510-3714. ISSN on line 2393-6193.

- en ALTERINI Jorge (dirs., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2 a edición, La Ley, CABA, 2016, Tomo I.

-*Incidencia en el derecho de familia del proyecto del Código con media sanción*, en LL 2013-F-1056.

5. BOSSERT, Gustavo y ZANONNI Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, 7 ed., Astrea, CABA, 2016, p. 416

6. BUENO, Horacio E. y RACCIATTI FERRARI, Huilen, *Tutela, revinculación, identidad e interés superior del niño*, en SJA 24/07/2019, 24/07/2019, 33, TR LALEY AR/DOC/1481/2019.

7. CABAL Luisa y ROA Mónica, *Derecho a la vida privada: estándares internacionales y su aplicación en América Latina*, Cabal, L., Roa, M., & Lemaitre, J. (Eds.). *Cuerpo y derecho: Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá, 2001, Colombia: Temis. ISBN: 958-35-0363-0.

8. CARDOZO, Gisela y MICHALEWICZ, Alejandro, *El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación*, 82, 23, TR LALEY AR/DOC/4157/2017.

9. COURTIS, Christian. *El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Revista Jurídica, 2012, 18(2), 45-68.

10. DUPRAT, Carolina, Comentario art. 104, en HERRERA, Marisa Herrera y DE LA TORRE Natalia (dirs), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022.

- Comentario art.117 en HERERRA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022.

-*Prórroga del plazo de la guarda judicial y régimen de comunicación con la progenitora*, RDF 2022-III, 54, AR/DOC/1342/2022.

-*Responsabilidad parental*, Erreius, Buenos Aires, 2019

11. FERNÁNDEZ, Silvia, HERRERA, Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel, *Responsabilidad parental* en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída HERRERA, Marisa Y LLOVERAS, Nora (dirs.) *Tratado de derecho de familia*, Rubinzal, Santa Fe, 2016, Tomo V-B.

12. FERNÁNDEZ, Silvia E., *Privación de la responsabilidad parental y violencias. Comentarios sobre la ley 27.363*, LA LEY 01/08/2017, 01/08/2017, 1 - LA LEY2017-D, 1015 - RCCyC 2017 (agosto), 10/08/2017, 95 - DFyP 2017 (septiembre), 06/09/2017, 38, AR/DOC/1759/2017.
13. FORNASARI, Lucía, *Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental: delegación del cuidado* en RDF 99, 56, TR LALEY AR/DOC/771/2021.
14. FRATE, Yamila, *Análisis del plazo legal dispuesto en las guardas judiciales y sus consecuencias en los hechos*, en DFyP 2022 (abril), 06/04/2022, 26, TR LALEY AR/DOC/1086/2022
15. GALLARDO, Noelia Carolina, y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, *La triple filiación: reconocimiento de una realidad ineludible. ¿necesidad de una reforma? Efectos y consecuencias*, RCCyC 2023, febrero, 158, AR/DOC/3622/2022
16. GALLI FIANT, María Magdalena, *Vigencia de la tutela como figura de protección*, en LLLitoral 2017 (junio), 3 TR LALEY AR/DOC/792/2017.
17. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia Ley y democracia: una cuestión de justicia*, Temis de Palma, Santa Fe de Bogotá - Buenos Aires, 1998, p. 25.
18. GIANGANTE, Betina Carla, en *Manual de Derecho Sucesorio*, HERERRA Marisa y PELLEGRINI Victoria (coord.), 1 ed., Editorial de la Universidad de Sur, Bahía Blanca, Edius, 2015, p. 406.
19. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ María Victoria, HERRERA Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas y Niños y Adolescentes, Comentada, Anotada y Concordada*, 1ra ed., Ediar, Buenos Aires, 2007.
-*Derecho Constitucional de Familia*, 1ra. ed., Buenos Aires, Ediar, 2006,
20. GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Convencionalidad, tragedia y derechos*, DFyP 2014 agosto, 68, AR/DOC/2377/2014.
21. GONZALEZ, Mariela Comentario art. 643 en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo I, 2022.
22. HERNÁNDEZ, Lidia B., *La guarda con fines de adopción y los padres biológicos del menor*, TR LALEY AR/DOC/7611/2012.
23. HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ Silvia (Colaboradoras), *Manual de Derecho de las Familias*, 2da edición, Abeledo Perrot, CABA, 2019.

24. HERRERA, Marisa, *Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?*, en *Tratado De Derechos de niños, niñas y adolescentes*, FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo I, 2015.

-Comentario art. 702, en HERRERA, Marisa y DE LA TORRE Natalia (dirs) *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Editores del Sur, CABA, Tomo V, 2022.

25. HERRERA, Marisa y LATHROP, Fabiola, *Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana*, en ESPEJO YAKSIC, Nicolás (dir.), *La responsabilidad parental en el derecho Una mirada comparada*, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y Centro de Estudios constitucionales, México, 2021.

26. HERZ, Mariana, *Derecho a la vida familiar; interés superior del niño y deber del Estado de proteger a la infancia vulnerada*, Rubinzal-Culzoni online RC D 1660/2017.

27. HOTZ Francisco, *Delegación extrajudicial del ejercicio de la responsabilidad parental entre progenitores* en Revista: 940 (abr - jun 2020) Familia, Notarial 03/01/2022. <https://www.revista-notariado.org.ar/>

28. KRASNOW, Adriana, *La socioafectividad en el derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida*, en Revista de Derecho (Valdivia), vol. 32, Nro. 1, junio de 2019, p. 71/94.

29. JÁUREGUI, Rodolfo G. y PRADO, Daniela N., *Guarda judicial y la aparente contradicción entre el art. 657 y el art. 702 inc. d) del Cód. Civ. y Com.*, en RCCyC 2023 (octubre), 155, TR LALEY AR/DOC/1488/2023.

30. MIGNON, Belén en Comentario art.700 del CCyC en KEMELMAJER Aida y HERRERA Marisa (dirs), *Tratado de Persona Humana y Derecho de las Familias*, 1ed, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2024, Tomo V.

31. MIZRAHI, Mauricio L., *Cuidado personal de niños por terceros. Exégesis de los artículos 104, 643, 657, 674 y 702 del Código Civil y Comercial*, en LA LEY 30/10/2019, 30/10/2019, 1, AR/DOC/2735/2019.

32. MOLINA DE JUAN, Mariel Comentario art.645 del CCyC en KEMELMAJER Aida y HERRERA Marisa (dirs), *Tratado de Persona Humana y Derecho de las Familias*, 1ra. ed, Rubinzal Culzoni ,Santa Fe, Tomo V.

33. NAVARRO FLORIA, Juan G., *Padrinos y ahijados: relevancia jurídica del parentesco espiritual*, en DFyP 2020 (abril), 47 TR LALEY AR/DOC/694/2020.

34. NOTRICA, Federico y RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, *Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del proyecto de reforma del CCyC de la Nación. Saldando viejas deudas*, en GRAHAM, Marisa y HERRERA, Marisa (dirs.) Buenos Aires, Infojus, 2014.

35. PANATTI, Marcela V. y PENNISE IANTORNO, María Soledad, *Cuestiones vinculadas al régimen de responsabilidad parental. Un análisis con la mirada puesta en el interés superior del niño*, DFyP 2019 (octubre), 45, TR LALEY AR/DOC/2135/2019.

36. PAGANO, Luz, en BUERES, Alberto J., en *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, Tomo I.

-*Régimen jurídico de la tutela*, RCCyC 2015 (septiembre), 53, TR LALEY AR/DOC/2999/2015.

37. PALACIOS, Lino E., *Derecho procesal civil. Procesos cautelares y voluntarios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

38. PÉREZ CASTELLI, Ayelén, *Relaciones y tensiones entre las facultades del juez y el rol de los organismos administrativos en el marco del sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes*, RDF 2019-VI, 107, TR LALEY AR/DOC/3351/2019.

39. PREVETTI GARCÍA, Mayra, *La suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental como medida de protección integral. Análisis desde la perspectiva de género sobre la tutela efectiva de los derechos de niños, niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia*, RDF 121, 160, TR LALEY AR/DOC/1831/2025.

40. ROUSSET SIRI Andrés y BAYARDI MARTINEZ Cintia, *Procedimientos ante los órganos de Protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 1ed., ASC editores, Villanueva Mendoza, 2021, ISBN 978-987-88-0782-91.

41. SAMBRIZI Eduardo, en HEREDIA Pablo D. y CALVO COSTA Carlos (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, 1 ed., Thompson Reuters, CABA, 2022, Tomo I.

42. SALITURI AMEZCUA, Martina M., *Exigibilidad de derechos de niños, niñas y adolescentes a través del sistema de protección integral. Pobreza, violencias y burocracias*, RDF: 2019-I, 21/02/2019, 116, Cita Online: AR/DOC/3810/2018.

43. SALVIOLI, Fabian Omar, *El rol de los órganos internacionales de los derechos humanos y el valor jurídico de sus pronunciamientos: la edad de la razón*, 1ra.ed., IJSA, San José de Costa Rica, febrero 2022.

44. TAVIP, Gabriel, Comentario art. 108, en ALFERRILLO, Pascual - BORDA, Alejandro y GARRIDO CORDOBERA Lidia (dirs.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, CABA, 2015, Tomo I.

45. TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge, H (dirs), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*. La Ley, CABA, 2015, Tomo I.

46. TORDI, Nadia A., DÍAZ, Rodolfo G. y NEIROTTI, Carlos E, *Figuras derivadas de la responsabilidad parental: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a un tercero*, Cita Online: AP/DOC/248/2017.

47. VIDETTA, Carolina, *Adolescentes y jóvenes sin cuidados parentales.... ¿y sin derechos? de la transición del sistema de cuidados alternativos a la autonomía y la vida adulta, en Derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes y en especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo II, 2024.

-Protección y autonomía: el derecho a la vida familiar de niñas, niños y adolescentes. Entrecruzamientos normativos. Análisis jurisprudencial. Propuestas legislativas. 1ed., Editores del Sur, CABA, 2025.

48. VIDETTA, Carolina A. y SALITURI AMEZCUA, Martina; *Balance, consolidación y desafíos en adopción. A 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación*, RDF 120, 187, TR LALEY AR/DOC/1287/2025.

49. VILLAVERDE, María Carolina, *Consideraciones a la hora de resolver la situación de un niño, niña o adolescente una vez vencido el plazo del art. 657 del Código Civil y Comercial*, RCCyC 2024 (junio),99, TR LALEY AR/DOC/955/2024.

50. YUBA, Gabriela, *Cambios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de tutela y curatela*, en DFyP 2014 (noviembre), TR LALEY AR/DOC/3896/2014.

Jurisprudencia

1. Cám. Crim. Correcc. Civ. Com. Fam. y Trab., Deán Funes, Córdoba; 03/04/2025; T., D. A. vs. M., J. E. y otro s. Privación de responsabilidad parental”, Rubinzal Online; RC J 4032/25.

2. Cám. de Apel, en lo Civ. Com. Fam. y Min. Cipolletti, 17/10/2025, sentencia N° 136 - 17/10/2025, CI-01674-F-2025 - H.C. Y S.H. S/ DIVORCIO, fallo inédito.
3. CNCivil, Sala L, 06/09/2016, “B. M., L. R. y otros s/ guarda”, LA LEY2017-A, 202 - RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 109, AR/JUR/70598/2016.
4. CNCivil, sala L, “S., M. N. y otro s/ guarda” 19/11/2021, TR LALEY AR/JUR/182966/202.
5. Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 194.
6. Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C N° 193, párr. 56.
7. Corte IDH, Caso “Contreras y otros Vs. El Salvador.” 31 /8/ 2011, párr. 106. Corte IDH, Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, 27/4/2012, párr. 46.
8. Corte IDH, Caso “Atala Riffo vs. Chile, 24/12/2012, par. 169.
9. Corte IDH, Caso “Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”, 14/10/2014, párr. 107.
10. Corte IDH. Caso María y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Serie C No. 494.
11. Gestión Asociada de Familia, Tercera Circunscripción Judicial, Mendoza 4/07/2024, autos “G.G.M.D. Y M.S.B. c/ C.G., M.E. p/ Tutela”, ABR J-13-07543139-7/2024-0,106847/ 2024
12. Nro. de actuación: 2499817, Fallo inédito. J1ra Instancia en lo Civ.Com.y de Fam. de 1a Nominación de Río Cuarto, 11/05/2020, “F., D. C. c. F., C. R. s/ Privación de responsabilidad parental”, TR LALEY AR/JUR/16126/2020.
13. JFam. Córdoba, 5ta. Nom,14/09/2021, “L., S. P. y otros s/ Tutela, LA LEY 14/10/2021, 10 - SJA 27/10/2021, 95 - DFyP 2022 (febrero), 76TR LALEY AR/JUR/152389/2021
14. JFam. Nro. 13 de Mendoza, 07/09/2022, “F. A. N. R. c. R. R. A. s/ acc. deriv. de filiac. p/naturaleza”, TR LALEY AR/JUR/135490/2022.
15. Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia n° 1 de Neuquén - 31/03/2025 n° nqfa1-124625/2024 – “G. D. S/adopción" fallo inédito.
16. Trib. Col. de Fam. Nro. 7 de Rosario, 06/09/2013, “B., F. s/ tutela”, DFyP 2014 (agosto), 68, TR LALEY AR/JUR/94778/2013.

17. Juzg. de 1a Instancia en lo Civil de Personas y Familia 2da Nominación, de Orán, 10/08/2021, “P., I. c. D., S. s/ Impugnación de filiación”, en La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/118826/2021;
18. JFam. N° 2, Comodoro Rivadavia, Chubut; A., F. d. C. s. Guarda judicial, 9/07/2024; Rubinzal Online; RC J 9907/24.
19. J.Unipersonal de Fam. N° 1.de Rosario (Santa Fe), Expte. N° xxx - "C., N.G. y otra sobre Adopción” -- 21/06/2025 (sentencia firme). elDial.com – AAEAFB.
20. JFam. N° 7 de Viedma, 12/10/2021, “RESERVADO (SM.R.V.J. Y V.R.T.M.) S/ GUARDA”, <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/10/Juzgado-de-Familia-Viedma-Guarda-12.10.21.pdf>).
21. JFam. 3ro de San Juan, Circunscripción judicial, 18/09/25caratulados: "S.D. S s.S/ Tutela (de F. O..A.,L y .O.J.A.) fallo inédito.
22. Trib.Col. de Fam. Nro. 7 de Rosario, 06/09/2013, “B., F. s/ tutela”, DFyP 2014 (agosto), 68, TR LALEY AR/JUR/94778/2013, con nota de GIL DOMINGUEZ, Andrés, *Convencionalidad, tragedia y derechos*, en DFyP 2014 agosto, 68, AR/DOC/2377/2014).
23. Trib. Col. de Fam. Nro. 7 de Rosario, 19/08/2022, “G.,M.M c. M. M. R Y OTROS s/ FILIACION”, TR LALEY AR/JUR/190599/2022;
24. SCJBA, 04/10/23, N° C-124952 “ J. S.S/ GUARDA A PARIENTES (DIGITAL)” 124952, disponible en <https://acrobat.adobe.com/id/urn:aaid:sc:US:7af4fd1c-fda8-4a70-a781-11bbf098fea2>.

RESUMEN:

La tesis pretende demostrar que la tutela, regulada en el CCyC, debe ser revalorizada como una figura jurídica vigente para garantizar los derechos humanos a vivir en familia y al cuidado de las niñas niños y adolescentes, sin cuidados parentales. Se parte de la afirmación de que no es utilizada por los/as operadores jurídicos debido a que las prácticas forenses actuales reproducen lógicas tutelares del derogado código de Vélez. Por lo que se propone revisar sus antecedentes, clases, modalidades, caracteres, requisitos y presupuestos desde el enfoque de derechos humanos y con perspectiva de infancia. Se hace hincapié en el estudio de la tutela dativa y como la socio afectividad incide en su designación por haber sido derogada la tutela legal; y también en la necesidad de reafirmar su procedencia cuando los/as progenitores están suspendidos de la responsabilidad parental, en aras de diferenciar sus efectos conforme a la causa que la origina. Se realiza un estudio comparativo con otras figuras: adopción, delegación de la responsabilidad parental y cuidado de los niños, niñas y adolescentes por un tercero por decisión judicial, para destacar que la tutela debe ser revitalizada como una figura jurídica de ampliación de derechos.

Hoja de firmas