

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL.**

**CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE
FAMILIA - COHORTE 2021.**

**“FIGURAS JURIDICAS DE CUIDADO Y PROTECCIÓN DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SIN CUIDADOS
PARENTALES”.**

Trabajo Final Integrador.

Nombre: Micaela Josefina Bonomi

DNI: 36.558.189

Mail: bonomijosefina@gmail.com

Fecha y Lugar: Santa Fe, 30 de noviembre del 2023.

INDICE.

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I. Niñez y Adolescencia en Argentina- Su Regulación.....	4
1.Repaso Histórico. Sistema de la Situación Irregular y Sistema de Protección Integral de Derechos.....	4
2.Sistema de Cuidado en torno a la niñez en el Código Civil Velezano y en el nuevo Código Civil y Comercial. Breve repaso.....	8
CAPITULO II. Figuras de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes. Medidas de Protección de Derechos, la Guarda y la Tutela.....	13
1. Las Medidas de Protección de Derechos.....	13
1.a. ¿Que son las Medidas de Protección Integral?.....	15
1.b. ¿Qué es una Medida de Protección Excepcional?.....	16
1.b.1.Caracteres, Principios y Derechos de las MP	23
2. La Guarda del 657 del CCyCN	26
2.a.Caracteres, Principios y Derechos de la Guarda – Art. 657.....	28
2.a.1Guarda con referente comunitario. Interés Superior del NNA	36
3. La Tutela Dativa, su aplicación	42
3.a. Caracteres, Principios y Derechos de la Tutela Dativa.....	45
3.a.1 Reflexión en torno a futuras modificaciones	49
CAPITULO III. Análisis de Casos.....	54
CONCLUSIÓN.....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	67

INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo se buscará analizar algunas de las diferentes figuras de protección y cuidados vigentes en nuestro ordenamiento jurídico en torno a los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), cuando por situaciones de vulneración de derechos graves deben ser separados temporalmente de sus progenitores. Enfocándonos en las medidas de protección

de derechos, reguladas mediante la sanción de la ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la regulación de la figura de la guarda del artículo 657 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), así como la tutela dativa, del mismo cuerpo normativo.

Buscando discernir el ámbito de aplicación de dichas figuras, sus formas de relacionarse, sus características, y razón de ser de su creación y regulación; visualizando la incorporación realizada por el CCyCN, mediante su articulado, de los principios, derechos y garantías en relación a los niños, niñas y adolescentes, contemplados ya por la ley N° 26061, siguiendo así los postulados de la doctrina de la protección integral. Ante lo cual se realizará un breve repaso histórico del tratamiento jurídico de la niñez y adolescencia en nuestro sistema jurídico.

A la vez se llevará a cabo un trabajo de análisis de casos, -que han sido objetos de fallos de nuestros tribunales nacionales-, por parte de profesionales de diferentes disciplinas, que han desarrollado tareas en el organismo administrativo de protección de niñez de la provincia de Entre Ríos.

La sanción del nuevo CCyCN ha traído luz a cuestiones vinculadas al derecho de familia, fundadas en los nuevos paradigmas que enrojan a las relaciones afectivas y personales, teniendo como eje central aquel que se presenta con mayor vulnerabilidad en razón de su edad y que requieren de un plus de protección, los NNA. Ahora, resta preguntarnos si la nueva regulación resulta ser clara y brinda la protección suficiente, -como lo es la tutela-, o por el contrario resulta prudente pensar en nuevas modificaciones que se introduzcan a fin de garantizar la protección y desarrollo integral de todo NNA; así como poder reflexionar si las normas mencionadas con anterioridad se relacionan de modo armónico, atendiendo a que la respuesta brindada a todo NNA resulte ser única, clara, eficaz y garante de derechos, o por el contrario, bajo la apariencia de un reconocimiento jurídico de los derechos de los infantes se esconden aun criterios propios de la doctrina de la situación irregular.

CAPITULO I.

Niñez y Adolescencia en Argentina- Su Regulación.

1.Repaso Histórico. Sistema de la Situación Irregular y Sistema de Protección Integral de Derechos.

Observando nuestro sistema jurídico en lo que respecta a las personas menores de edad, nos encontramos con que, a lo largo del tiempo, hemos transitado diversas maneras y formas de concebir a las niñeces y adolescencias, así como su correlato con la forma en que el Estado les asignó entidad jurídica y reguló su existencia como individuos en sociedad.

Previo a la sanción de la Ley de Patronato de Menores (Ley N° 10.903- año 1919), los niños mayores de diez años que cometían delitos eran juzgados y procesados del mismo modo que los adultos, en tanto los que no habían alcanzado esa edad eran considerados inimputables. Así, las detenciones y condenas impuestas a esos niños se llevaban a cabo en los mismos espacios diseñados para los adultos.

Posteriormente, nos encontramos con que la masiva corriente inmigratoria provoco un incremento poblacional desorganizado, originando la formación de grandes ciudades, lo cual hizo que el diseño institucional y jurídico resultaran insuficientes para resolver de modo adecuado la nueva realidad, presentándose una gran transformación social; así en el año 1910 el diputado Luis Agote diseño un proyecto de reforma del Código Civil en lo referente al régimen de patria potestad y al patronato de menores, el cual tuvo tratamiento en el Congreso Nacional en el año 1919, sancionando el 29 de septiembre la ley N° 10903 “Patronato de Menores de Jurisdicción Nacional y provincial”, conocida también como “Ley Agote”, que se promulgo el 21 de octubre del mismo año 1919.

La ley N° 10903 reglamento en nuestro país, no solo las bases legales para el tratamiento jurídico-penal específico de los niños y de los adolescentes, sino que a la vez introducía la categoría de “peligro moral o material” para referirse a los niños, que, según su mismo autor, necesitaban de la tutela del Estado.

Por otro lado, se proyectaba el Código Civil de Vélez (sancionado en 1869, vigencia a partir de 1871), el cual construyo un concepto legal de la niñez; realizando una definición jurídica de niñas, niños y adolescentes desde un parámetro biológico determinado por la edad, utilizando el término “menores”. Los “menores” eran reconocidos como sujetos capaces de derechos, pero incapaces de hecho como regla, es decir sin aptitud para el ejercicio de tales derechos por sí mismos, clasificándolos como “incapaces absolutos” y “relativos”, ligando la

regulación de las infancias con el instituto de la “patria potestad”, definido como “*el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos en la persona y bienes de dichos hijos, mientras sean menores y no estén emancipados*”¹.

La preocupación en aquella época se centró en NNA de orígenes humildes a quienes se vinculó directamente con la delincuencia y el abandono; fue el mismo Agote quien en su discurso ante el Congreso de la Nación, conforme lo menciona la Lic. Nancy Méndez², expresaba: “*El niño es ratero, es mentiroso, es incendiario, comete sin número de faltas, aunque haya nacido en el hogar más respetable y más moral. Tengo en mi banca varias sentencias de jueces condenando por reincidentes a chicos de diez, once, doce años de edad. Si se busca en los antecedentes de estos pequeños criminales, se encuentran que son lustrabotas, vendedores de diarios, mensajeros. Esta probado que el 50 por ciento de los individuos que están en las prisiones y que residen desde la niñez en nuestro país, han sido vendedores de diarios*”.

Estableciéndose la idea de que estos sujetos -los menores- representaban un peligro para la sociedad y había que controlarlos, plasmándose a través de la ley N° 10903, el “modelo tutelar o de patronato”; donde el patronato de menores daba lugar a una institución que permitía al Estado sustraer de la sociedad a aquellos niños y niñas pobres (que igualaba a delincuentes) y asumir la tutela sobre ellos, centrándose su objetivo en suplir y ejercer la patria potestad de aquellos padres que “incitaban” a la ejecución por parte del menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la mendicidad o la vagancia, o que no habiendo cumplido 18 años de edad vendían periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza (art.21)³; implicando en este punto la judicialización de las problemáticas sociales y la aplicación pura del asistencialismo, en cuanto se resumía su encuadre a aquellos sectores más pobres de la sociedad, criminalizando situaciones de carencia socioeconómica.

Fue, así que con la ley N° 10903 se introdujo en el sistema legal argentino una herramienta que dio lugar a otorgar un tratamiento particular a un sector social que generaba preocupación a los gobernantes de la época, las personas menores de edad, acentuando una diferencia entre la “infancia”, representada por los sectores sociales altos, y la “minoridad”.

¹ Código Civil 2010; compilado por Ricardo de Zavalía – 1ra. Ed.- Buenos Aires, Pág. 104.

² Méndez Nancy, Lic. en Trabajo Social UBA, “Infancias y adolescencias. La ley de patronato de menores y la criminalización de las infancias”, publicado en La Izquierda Diario, 19 de noviembre de 2020.

³ Ley N° 10903. Artículo 21. A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral, o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigencia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.

Dentro de la ley de Patronato de Estado o de la doctrina de la Situación Irregular, encontramos como características, la de considerar a NNA como incapaces, menos que una persona adulta, sin capacidad de decidir por ellos mismos, como objetos de protección y no como sujetos de derechos, la ausencia de plazos legales para la adopción de las denominadas medidas tutelares, la institucionalización como primera opción, la vigencia de la categoría de abandono y peligro moral y/o material como justificativo de la intervención.

Mediante su art. 4 la misma ley establecía expresamente que el Patronato de Estado se encontraba en cabeza de los jueces nacionales o provinciales, en concurrencia con el Consejo del Menor y el Ministerio Público del Menor; estableciendo dentro de la competencia de dichos magistrados la protección de los menores en razón de su salud, seguridad, educación intelectual, moral, etc. Es decir, ante una situación de desamparo o de riesgo, el menor quedaba inmediatamente bajo la tutela exclusiva del poder judicial, quien debía bregar por su “integral protección”, intervención en la que el juez actuaba como un “buen padre de familia”, dándose en la práctica una intervención arbitraria por parte de la magistratura, en cuanto se disponía de cualquier niño que hubiera cometido o sido víctima de contravención o delito y/ o se encontraba material o moralmente abandonado. Sistema caracterizado por la negación de los principios, garantías y derechos del debido proceso reconocido a los adultos y a NNA a nivel constitucional.

Era el Estado quien se asignaba en primer lugar la tarea de educar y proteger a los niños considerados en peligro. Este modelo a la vez iba generando, a lo largo del siglo XX, una poderosa maquinaria de centros asistenciales y penales, instituciones, hogares o asilos, para alojar a NNA alejados de sus familias, los llamados “internados” o “pupilos”.

Sistema, el de la Situación Irregular, que nos acompañó hasta no hace más de dieciocho años, y del cual hoy aún siguen quedando algunos resabios, continuando la lucha que se ha llevado a cabo en pos de instaurar un verdadero sistema de protección de cuidado para aquellos que no solamente han debido atravesar diversas situaciones graves de vulneraciones de derechos, sino que a la vez resultan ser un grupo social débil que, en razón de su edad, son merecedores de una protección especial.

Pasada la Segunda Guerra Mundial, dando lugar a la creación de las Naciones Unidas, devino en el campo normativo la celebración de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, anclados en el reconocimiento expreso de estos, mediante la suscripción de textos normativos que obligaron a los Estados a su observancia y respecto. En este marco nos encontramos con la regulación y reconocimientos de derechos específicos sobre grupos sociales

particularmente vulnerados, como los NNA, de ahí la sanción de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), a la cual se dio lugar en el año 1989, adhiriendo a la misma más de 196 países.

En este sentido, la CDN, marcó un hito histórico en la concepción de la niñez y adolescencia⁴, abriendo paso a una relación nueva y totalmente distinta que se debió comenzar a gestar entre la niñez, el Estado, el Derecho, la Familia y la Sociedad misma, dando así lugar al denominado “modelo de protección integral de derechos”, cuyo eje rector son los NNA como verdaderos sujetos de derechos; bajo un pilar fundamental el del “interés superior del niño”, modificándose el rol a desempeñar por cada uno de los actores intervinientes.

Pese a ello, nuestro país recién dio paso a la ratificación de la CDN en el año 1990, dotándola de jerarquía constitucional en el año 1994- art. 75 inc. 22 de la CN-, hasta que en el año 2005 se dio lugar a la sanción de la ley de Protección Integral de los derechos del Niño, Niña y Adolescente a través de la ley N° 26061, dicha norma, con vigencia en todo el territorio del país, marca los presupuestos mínimos en materia de infancia, adecuando su tratamiento a los postulados marcados por CDN, lo cual implicó que convivieran en nuestro ordenamiento jurídico ambos sistemas por más de quince años, el de la situación irregular y el del sistema de protección de derechos.

Desde este nuevo enfoque nos encontramos con que la infancia se aborda como un tiempo en la vida de las personas que requiere de protecciones específicas de derechos y se consolida la idea de que los adultos son responsables de garantizar el acceso a derechos de todo NNA y de acompañar a los mismos en lo que respecta a su ejercicio; partiendo el paradigma de la protección integral de derechos, el entender al NNA como un sujeto en proceso de evolución, relacionándose con la idea que *“ser niño/a no es ser ‘menos adulto’, no siendo la niñez una etapa de preparación para la vida adulta, y así considerar a la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la de la autonomía personal, social y jurídica”*⁵

Ante la sanción de la ley N° 26061, se dio lugar a su adhesión por parte de cada una de las provincias con algunas especificaciones propias, regulando así cada una de ellas su sistema de protección de derechos local. Es en el marco de la ley de protección integral de derechos donde nos encontramos con el principio de corresponsabilidad, el cual marca la intervención

⁴ Calí Lorena y Ramírez María Alejandra, “Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Control de Legalidad. Análisis Exegético de los artículos 235 a 242. Ley Procesal de Familia de la Provincia de Entre Ríos”, Ley 10.668 comentada y anotada, Edición 1ra, Tomo II, P.465 y ss., Rubinzal- Culzoni Editores, octubre del 2020.

⁵ Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, en Infancia, ley y democracia en América Latina. Tercera edición, Editorial TEMIS S.A; Bogotá- Colombia año 2004.

simultanea de diferentes actores, gubernamentales y no gubernamentales, los cuales deben intervenir desde el ámbito propio de sus competencias a fin de garantizar ya sea el acceso o restitución de derechos de un NNA a través de las “medidas de protección” enmarcadas en la mencionada ley. Hallando dentro de las denominadas medidas de protección de derechos, la distinción entre medidas de protección integral y medidas de protección excepcional, cuya diferenciación será objeto de tratamiento posterior.

En el breve repaso histórico realizado, vemos que ley de Patronato de Estado se presenta en un escenario donde resultaba no estar dirigida a todos los NNA, sino a una parte de ellos, aquellos que aparecían como los carentes, los abandonados, los inadaptados y los infractores; no dando lugar al tratamiento de derecho alguno de esos niños, sino que imponía protección desmedida y vigilancia. Por otro lado, la doctrina de la Protección Integral, en cambio, se orienta a todos los NNA sin excepción, asumiendo la misión de asegurar a todos ellos, sin distinción, el derecho al desarrollo personal y a la integridad, sobre la base de un conjunto articulado de acciones a nivel nacional, provincial, y municipal, en base a políticas públicas diseñadas específicamente para las niñeces y adolescencias.

Por otro lado, resulta necesario ver como se regulaba en el Código Velezano la protección y cuidado de la infancia, y como resulta su regulación a partir de la sanción del nuevo CCyCN en el año 2015.

2.Sistema de Cuidado en torno a la niñez en el Código Civil Velezano y en el nuevo Código Civil y Comercial. Breve repaso.

En nuestro sistema jurídico el código civil de Vélez Sarsfield regulaba aquella relación dada entre los progenitores y sus hijos a través de la figura de la patria potestad, institución jurídica originada en la Antigua Roma, variando no solo la definición en relación a lo que hoy a través del nuevo código conocemos como responsabilidad parental, sino que también su contenido; así Vélez definía a la “patria potestad” en su artículo 264 como el *“conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”*. Respondiendo así la definición a la concepción primitiva del derecho romano en la cual el *pater familias* tenía amplias potestades sobre todas las personas que integraban el núcleo familiar,

Sambrizzi⁶ explica: “La palabra ‘potestad’, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la ‘potestas’ del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica”, donde la definición tradicional de Vélez consideraba a la patria potestad un derecho absoluto de los padres sobre los hijos; modificándose dicho artículo ante la sanción de la ley N.º 10903, la cual amplió la patria potestad de los padres a los hijos naturales, no obstante, seguía excluyendo a los extramatrimoniales no naturales.

En 1985 se sanciona la ley N.º 23.264 que aplicó la igualdad entre los hijos y definió la patria potestad como: “... el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”, dando lugar esta ley a la noción de patria potestad entendida como un instituto al servicio de los hijos y no solo un derecho de los padres, refiriendo su objetivo a la protección y formación integral de la persona menor de edad, donde a la vez dicho instituto era ejercido conjuntamente por ambos progenitores y no solo por el padre y subsidiariamente por la madre.

El código de Vélez se enrolaba en el paradigma de la minoridad, en tanto concebía a los NNA en términos de incapacidad, sometiéndolos a la potestad de los adultos; mientras que el nuevo código intenta su superación para inscribirse en el paradigma de la protección integral, avanzando hacia el reconocimiento como sujetos de derecho de las personas menores de edad, el respecto de su dignidad y su consideración como parte integrante de nuestra sociedad; fijándose a la vez en un eje que resulta ser central, lo que es el reconocimiento y consagración de la autonomía progresiva.

En la sanción del nuevo CCyCN aquella relación dada entre los progenitores e hijos, la encontramos denominada como “responsabilidad parental”, reflejando la imperiosa necesidad de desvincularla en su sentido literal de aquella potestad paterna, así como adaptar dicha terminología y contenido de su figura al nuevo paradigma de derechos, ya pregonado y consagrado en nuestro ordenamiento jurídico de hacía casi más de diez años; fijándose así a través del art. 638 CCyCN a la responsabilidad parental como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”, colocando el acento en las obligaciones que los progenitores acarrean en relación a la persona de sus hijos menores de edad.

⁶ Sambrizzi Eduardo Antonio; Tratado de Derecho de Familia, Tomo V. Editorial La Ley, P. 297, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2018.

Dentro del instituto de la patria potestad, y de acuerdo a su caracterización, hallábamos diversos artículos que lejos estaban de reflejar el actual instituto de la responsabilidad parental y las bases sentadas en el sistema de la protección integral de NNA; así mediante el art. 265 se hacía referencia a que los hijos menores de edad estaban bajo la autoridad y cuidado de sus padres; en correlación a ello el art. 266 disponía que los hijos debían respeto y obediencia a sus padres; mediante el art. 270 se dejaba asentado que los padres no estaban obligados a dar a sus hijos los medios de formar un establecimiento. Presentándose la autonomía progresiva totalmente desconocida por el viejo código, lo cual marcaba la ausencia de la voz del NNA en todo proceso donde sus intereses estuvieran involucrados de manera directa y en consecuencia el no ejercicio de participación y opinión del mismo.

Por otro lado el art. 276 preveía que, si los hijos menores dejaban el hogar, o aquel en que sus padres los hubiesen puesto, los padres podían exigir que las autoridades públicas les prestaran toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad; mediante el art. 278 se refería a la facultad de corrección que los padres tenían respecto a sus hijos, aunque se asentaba la prohibición de ejercer malos tratos, castigos o actos que lesionaran física o psíquicamente a los menores, por otra parte el último párrafo del art. 309 se refería a la posibilidad de suspenderse el ejercicio de la autoridad de los padres en caso de que los hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. De dicha lectura surge que los padres bien podían entregar a sus hijos para que los mismos sean alojados en las instituciones previstas mediante la ley de patronato de estado, o bien disponiéndose dicho ingreso por disposición de la autoridad judicial ante situaciones de abandono material o moral, como referenciábamos *ut supra*, sin que ello dé lugar a medida de protección alguna que resguarde, en primer lugar, el derecho de todo NNA a vivir y desarrollarse dentro de su ambiente sociofamiliar.

Lo cual exterioriza que no solamente convivieron en nuestro ordenamiento jurídico por varios años el sistema de la situación irregular junto al paradigma de la protección integral de derechos, ante la incorporación de la CDN a nuestro sistema jurídico; sino que a la vez y por más de diez años se dio la convivencia del sistema de protección de derechos regulado mediante la ley N° 26061, y la regulación sobre la niñez proyectada en el viejo código civil bajo la ideología acarreada por el patronato de estado. Implicando ello a nuestro entender, que ante la sanción del nuevo CCyCN, el cual dio lugar a la regulación de la guarda otorgada a un pariente a través del art. 657, la tutela dativa -con una nueva perspectiva en cuanto se proyecta previendo la protección integral del NNA que se trate-, se dio paso a una diversidad de figuras jurídicas

que pueden resultar aplicadas ante la situación en que se encuentre un NNA, que ha sufrido graves vulneraciones en sus derechos y garantías fundamentales y debe ser separado transitoriamente de sus progenitores; sumado a la desigualdad y/o disparidad con la que pueden ser abordadas y tratadas cada una de las situaciones surgidas, las cuales pueden variar en relación al contexto donde se desarrollen, así como las perspectivas de cada uno de los actores que intervienen ante ella.

Que, a fin de no extendernos en torno a un análisis de la patria potestad en su regulación en el viejo código, y la responsabilidad parental regulada por el nuevo CCyCN, lo cual no resulta ser objeto del presente trabajo, y continuando en mencionar brevemente, parte del sistema de cuidado previsto por el viejo código y el nuevo CCyCN, nos encontramos con la figura de la tutela, la cual en el viejo código aparecía proyectada, como aquel derecho que la ley confería a un adulto para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no se encontraba sujeto a patria potestad, y a fin de representarlo en todos los actos de la vida civil. Perspectiva que abordaba al NNA como objeto de protección y no como sujeto de cuidado, no estableciéndose de manera expresa, en el caso de la tutela dativa, las circunstancias ciertas que debían encontrarse presente a los fines de su otorgamiento.

El viejo código regulaba tres tipos de tutela, la legal, la dativa y aquella que era otorgada por parte de los progenitores; en el caso de la primera se establecía el elenco con derecho a reclamar la tutela de un determinado NNA por resultar ser tío, tía, abuelo, abuela, hermanos o medios hermanos del tutelado (art. 390 CC), no previéndose su sanción en el nuevo CCyCN, el cual trae aparejada una modificación en la forma de concebir el instituto, presentándose con un carácter mayormente protectorio, así el primer párrafo del art. 104 reza, *“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”*, abandonando la terminología utilizada por el código de Vélez, dando paso a una nueva regulación desde la óptica de la protección integral del NNA que carecen de responsabilidad parental; refiriendo Pilar Quiñoa⁷ que, la normativa actual no solo resulta más respetuosa del derecho del niño necesitado de protección en cuanto a ser cuidado y desarrollarse de forma integral, sino que además, reconoce el rol que las relaciones afectivas juegan en la tutela.

⁷ Pilar Quiñoa *“Reflexiones sobre la regulación de la tutela en el Código Civil y Comercial”*- Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés N° 14, P.3, Publicado el 20 de diciembre 2022.

En lo que refiere al otorgamiento de la guarda por parte del juez a un pariente a través del art. 657, ante situaciones de especial gravedad en que se encuentre un NNA, nos encontramos con que el viejo código no contenía una norma similar. Mencionando parte de la doctrina que la norma actual se presentaría como una figura intermedia, a la cual se daría lugar una vez vencidos los plazos temporales impuestos en la normativa específica y donde el código carecía de respuesta alguna, opinión con la cual se disiente y que se tratara de abordar en el desarrollo del presente trabajo.

Figuras, que no obstante su breve mención y la tentativa de señalar las diferencias encontradas en el viejo código y en el nuevo CCyCN en cuanto a cómo concebir la niñez y su forma de cuidado y protección, desarrollaremos con mayor profundidad en los títulos siguientes, al centrarnos en el abanico de las diferentes figuras legales actuales con las que nos encontramos ante un NNA con situación de vulnerabilidad que debe ser separado temporalmente de sus progenitores.

CAPITULO II.

Figuras de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes. Medidas de Protección de Derechos, la Guarda y la Tutela

1.Las Medidas de Protección de Derechos.

En este punto y luego del breve recorrido histórico, podemos mencionar que los pasos posteriores a la sanción de la ley N° 26061 implicaron grandes disputas en cuanto al plan de cómo avanzar en la aplicación de la letra de la norma, acarreando profundas transformaciones en el Estado, en las miradas y expectativas sociales, dejando de lado más de ochenta años de un sistema puramente asistencial e institucional, e implicando un arduo trabajo en cuanto a las ideologías existentes, no obstante contar previo a la sanción de la ley con la CDN; cambio que aún sigue conllevando grandes esfuerzos y en donde en la realidad de todos los días se presentan grandes resabios del sistema de la situación irregular, ya que mucho falta por concretar en cuanto a la solvencia y la continuidad de esta conquista de derechos.

Ante la finalidad pretendida por la ley N° 26061, diseñándose en su art. 1⁸, se avanza en la posibilidad de creación de un sistema de protección integral de derechos, que puede explicarse bajo la forma de una pirámide integrada por niveles; en la base se encuentran las políticas públicas como el primer gran eslabón de protección, prevención y promoción de derechos que abordan de manera universal a las infancias; en otro nivel, localizamos a las medidas de protección integral que son aquellas que deben desarrollarse ante una situación particular de vulneración de derechos (Ej.: apoyo, seguimiento y orientación a los progenitores y/o responsables para que los NNA permanezcan conviviendo en su grupo familiar, inclusión del NNA en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar, asistencia en salud, asistencia social y económica, asesoramiento jurídico, inclusión en espacios de recreación, espacios de expresión artística, recreativa y deportiva, entre otros); y un último nivel, donde se ubicarían las medidas de protección excepcional, que serían de “ultima ratio”, la última alternativa a la cual acudir, una vez que se han transitado las medidas de protección integral y las mismas han resultado insuficientes; medidas que bien como su nombre lo indica resultan

⁸ Ley N° 26061. TÍTULO I: Disposiciones Generales Artículo 1. Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

ser excepcionales y en consecuencias limitadas en el tiempo, requiriendo de un control judicial en la mayoría de las jurisdicciones del país, en cuanto a su legalidad.

Las regulaciones en la materia, parten de la concepción del NNA como sujeto de derechos, reconociéndose un “plus” de derechos específicos por su condición de personas en desarrollo (art. 3 CDN y art. 3 ley N° 26061). Entendiendo que, el grupo familiar es la institución primordial y adecuada para que los NNA desarrollen el ejercicio pleno de sus potencialidades, *“el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”*⁹; buscando las disposiciones que integran el sistema de protección de derechos, alcanzar la armonía entre el derecho de la familia a la intimidad y el derecho del niño a la protección, proclamando de esta manera el derecho del niño de vivir con sus padres y a ser cuidados por ellos (arts. 5, 8 y 9 CDN y arts. 7 y 10 ley N° 26061) , así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que pueda cumplir cabalmente sus funciones (arts. 3.2, 5,7, 8, 9, 10, 18, y 27 CDN; y arts. 3, 4, 7, 10 ley N° 26061).

Ahora bien, en pos de esta nueva relación entre el Estado y la familia fijada a partir del nuevo paradigma, se llevó a cabo una regulación de dicho sistema en la mayoría de las provincias, donde se deja en manos del poder administrador -a través de la implementación y ejecución de políticas públicas- el despliegue de una serie de acciones para la efectiva satisfacción de derechos de los NNA, o en su defecto, para la rápida restitución de los vulnerados. Mencionando así parte de la doctrina que, *“el eje central de las políticas públicas recae en el fortalecimiento familiar, mediante la intervención de personas capacitadas para comprender la problemática familiar y actuar en consecuencia, teniendo en miras otro principio que se deriva de éste también expresamente previsto en otras disposiciones de la ley en estudio: la separación de un niño de su núcleo de pertenencia como una medida de última ratio”*¹⁰.

A exposición de ello, trataremos de determinar el contenido de aquellas medidas que se presentan como de protección integral y aquellas que se califican como de última ratio o de protección excepcional.

⁹ Preámbulo de la CDN.

¹⁰ Gil Domínguez, Andrés; Famá María Victoria; Herrera Marisa. *“Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes- Derecho Constitucional de Familia”*, primera edición, P.114. Editorial Ediar, Buenos Aires, año 2007.

1. a. ¿Que son las Medidas de Protección Integral?

En el marco de la ley N°26.061, se define como Medidas de Protección Integral (en adelante MPI) a *“todas las acciones que despliega el Organismo de Protección de Derechos competente, en articulación con otros efectores del Estado y de la sociedad civil, para intervenir ante la amenaza o vulneración de Derechos y Garantías de las niñas, niños y adolescentes, con el objetivo de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias”*. Esta definición sitúa al Organismo de Protección en el centro de las obligaciones y responsabilidades en relación a la preservación y protección de los NNA, cuando éstos se vean amenazados o vulnerados corresponderá implementar una MPI de forma rápida, respetuosa y organizada.

Si hay algo en torno a asegurar la competencia que cabe sobre las mismas, es que son adoptadas por el órgano administrativo de protección local en articulación con los actores que resulten convocados de acuerdo a la situación dada y en el marco del principio de corresponsabilidad; ahora bien todas las acciones que se desplieguen de manera interrelacionada, se presentan como procesos significativos de protección y restitución de derechos, pudiendo variar según las costumbres y desarrollos culturales, las fortalezas o debilidades tanto de las familias como de los mismos organismos y organizaciones interviniente, contemplando además situaciones no previstas o extraordinarias que se pueden presentar y que afecten a la comunidad o a esa familia, tales como crisis económicas, sociales y sanitarias, catástrofes naturales, etc.

En dichas medidas deberán identificarse los derechos vulnerados o amenazados, incluyéndose una perspectiva integral, pues más allá de la situación puntual que se puede presentar o que en ese momento atraviesa ese NNA, es necesario que prevalezca una mirada que permita realizar una evaluación de todos los derechos vulnerados con los que cuenta ese NNA y su grupo familiar.

Ahora bien, para lograr su objetivo -la restitución y/o garantía del derecho vulnerado-, las MPI deberán sostenerse en una red de actores y acciones que propicien la participación del NNA y la Familia, el fortalecimiento del ámbito familiar, el desarrollo de un plan de trabajo o acción, el seguimiento de las secuencias del plan de acción trasado, así como la participación de los diferentes actores que intervienen. Poseyendo una característica fundamental, las mismas son adoptadas permaneciendo el NNA junto a sus progenitores.

Dichas medidas deberán adoptarse por un tiempo, en donde el NNA permanecerá, como mencionábamos, junto a sus progenitores, procurándose que la restitución de derechos se efectivice evitando la cronicidad en cuanto a la intervención, ya que la prolongación de esta

atenta en la mayoría de las veces contra la autonomía de aquéllos a quienes se procura garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Estas medidas requieren, a la vez, de un seguimiento exhaustivo que habilite al poder observar los avances como las posibles dificultades en el proceso de restitución de derechos, y en razón del cual sea necesario introducir algunos cambios a fin de alcanzar el objetivo trasado.

Como todo proceso de intervención, es necesario mencionar que una vez obtenido el objetivo primordial de la implementación de dicha medida, se debe recurrir a su cierre, y de ahí, que en caso de no ser ello posible, atento no haberse restituido el derecho y/o derechos que se encontraban vulnerados, más allá del conjunto de acciones desplegadas, se procederá a realizar ya una nueva evaluación por parte del equipo interdisciplinario interviniente del organismo de protección, a fin de dar lugar a la implementación de una medida de tipo excepcional (en adelante MPE); ello conforme la normativa traída por la ley N° 26061.

Cabe realizar una breve mención, que tal demanda llegará al organismo administrativo ya sea mediante una solicitud de intervención de otros actores del sistema (oficio judicial, demanda del efector de salud, demanda del establecimiento escolar, solicitud del Ministerio Pupilar etc.), o mediante una presentación espontánea de miembros de la comunidad (el mismo NNA, de un familiar y/o referente, etc.).

1.b. ¿Qué es una Medida de Protección Excepcional?

Se presenta como aquella que dicta el Organismo Administrativo de protección de derechos, disponiendo la separación del NNA de sus progenitores, conforme lo determina la misma ley nacional; ahora bien la ley N° 26061, así como la mayoría de las leyes provinciales que adhieren a ella, determinan que ante dicha separación, se procurara en primer lugar su ubicación de manera transitoria junto a un referente familiar y/o comunitario, o bien en un dispositivo de cuidado alternativo, ya sea este de modalidad residencial o familiar, encontrándose definidas en el artículo 39 de la ley nacional N.º 26.061¹¹.

En cuanto a la adopción y aplicación de las misma, encontramos en las diferentes leyes provinciales que regulan el sistema de protección y resultan ser de adhesión a la ley nacional, que existe un procedimiento administrativo interno y propio, en cuanto ciertos requisitos a

¹¹ Ley N° 26061- artículo 39. Medidas Excepcionales. “Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen”.

cumplimentar, en tanto implica la separación del niño de sus progenitores y/o en consecuencia la vulneración de otro derecho principalísimo de raigambre constitucional, lo que es el derecho de ese NNA a vivir y desarrollarse en el seno familiar; de ahí que una vez adoptada la medida es comunicada al órgano judicial, a efectos de su conocimiento y control de legalidad.

Llevan consigo el diseño de un plan acción de restitución de derechos que contemple de manera integral y transversal, el acceso a la salud, educación, actividades recreativas, deportivas, entre otras y que hagan al interés superior de ese NNA, así como el acompañamiento e inclusión de su familia en los distintos programas, beneficios, etc., de los cuales resulte menester que los mismos formen parte, a fin de lograr la restitución de los derechos vulnerados del NNA que se trate. Estas medidas a la vez no afectan la titularidad ni el ejercicio de la responsabilidad parental, salvo exclusivamente lo que refiere al cuidado personal, de ahí que el espíritu del legislador ha sido brindar soluciones provisorias, que no desplazan a la figura misma de la responsabilidad parental, fijándose en su carácter transitable y excepcional.

Ahora bien, hallamos dos grandes características que presentan estas medidas, su ámbito de aplicación y su temporalidad, encontrando en dicho campo puntos de contactos con la regulación de la guarda del art. 657 del CCyCN, figura sancionada diez años después de la ley nacional, -no obstante volver sobre este punto el cual nos resulta ser centro de reflexión a fin de repensar, replantear y reestructurar en cuanto a las formas de intervención y el encuadre legal a aplicar ante una situación de vulneración que deba atravesar un NNA-, haremos en el presente apartado mención de cómo se presentan aquellas dos características en el campo del organismo de protección.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que *“(...) el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y preferentemente, temporal”*¹²

Así, por un lado, en torno a su **temporalidad**, si bien la ley nacional no fija un plazo concreto, se encontraría delimitado por el mismo CCyCN al establecer en su art. 607 los supuestos para que proceda la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, mencionando que la misma se dictará si: *“...inc. c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezcan en su familia de origen o ampliada, no han dado*

¹² Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica del Niño, disponible en <https://www.catalogoderechoshumanos.com/opinion-consultiva-17-cidh/>.

resultados en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas”. En este punto y ante la ausencia de mención del plazo de la duración de dichas medidas por parte de la ley N° 26061, (si lo hace en cuanto al plazo otorgado para comunicar al juzgado local la adopción de la MPE, a los fines de que este practique el control de legalidad¹³), resultaría de interpretación por aplicación analógica del CCyCN que, el plazo de una MPE no podría exceder de 180 días (ya sea que el NNA se encuentre alojado transitoriamente con su familia ampliada, trátase de referente familiar y/o comunitario en los términos de la 26061 o en un dispositivo institucional), a partir del cual y ante la imposibilidad de retornar el NNA junto a su grupo familiar de origen, se debería recurrir a definir un nuevo encuadre legal de su situación. Cabe a la vez agregar que el mismo control de legalidad se encuentra recepcionado por el CCyCN, cuando se refiere a las Reglas del Procedimiento para declarar judicialmente la Situación de Adoptabilidad -art. 609 inc. a-, disponiendo “*tramitan ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales*”, fijando así reglas en torno a la competencia.

Ahora bien, a dicha ley nacional se ha dado y de manera uniforme una adhesión por parte de las provincias -como se mencionaba ut supra-, las cuales si bien regulan como característica indeclinable la temporalidad de dichas medidas, lo hacen fijando diversos plazos en cuanto a su vigencia¹⁴, implicando divergencias de tratamiento ante las diferentes situaciones que se presentan de NNA cuyos derechos han resultado vulnerados y que cuentan con una MPE; variando en consecuencia la temporalidad de la medida adoptada de acuerdo a donde el NNA presente su centro de vida.

¹³ Ley N° 26061- Artículo 40 Procedencia de las Medidas Excepcionales: Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes.

¹⁴ Atlas Federal de Legislación Sanitaria de la República Argentina- Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes, disponible en http://www.legislaud.gov.ar/atlas/categorias/derechos_ninos.html/.

En este punto trataremos de hacer una mínima referencia de algunas de las leyes provinciales y como regulan la temporalidad en torno a las MPE que se adoptan, así:

-La provincia de Entre Ríos -N.º 9861- determina que dictaminada una MPE, la misma no podrá exceder de un plazo de seis meses, debiendo justificarse la prolongación de ese tiempo en relación al interés superior del niño, vencido el cual se debería definir su situación jurídica por otra figura legal.

-La provincia de Santa Fe -Nº12967 art.51- al referirse a las medidas excepcionales establece que son limitadas en el tiempo, no pudiendo exceder de noventa días, plazo que debe quedar claramente consignado al adoptarse la medida y se pueden prolongar con el debido control de legalidad, mientras persistan las causas que les dieron origen. Disponiendo que cumplido el plazo de un año y seis meses desde que quedo firme la resolución administrativa por la cual se adoptó la medida, la autoridad que ordenará la misma deberá resolverla definitivamente. Estableciéndose a través del reglamento de dicha ley, que *“el equipo interdisciplinario contará con un plazo máximo de un año y medio, contado desde que quede firme la resolución judicial que corrobora la legalidad de la medida de protección excepcional, para llevar adelante las distintas acciones que posibiliten el restablecimiento de la convivencia de la niña, niño o adolescente con su medio familiar o centro de vida. Cuando se determinare fundadamente que tal reintegro no resulta posible, se deberán llevar adelante acciones tendientes a la inserción y vinculación de la niña, niño o adolescente en un medio familiar alternativo y definitivo. En estos casos, la Autoridad Administrativa Regional o Provincial resolverá definitivamente la medida, proponiendo fundadamente a los Tribunales o Juzgados con competencia en materia de Familia que hayan intervenido en el control de legalidad de la medida excepcional, las medidas definitivas que sugiere se adopten, como ser la declaración del estado de adoptabilidad, el otorgamiento judicial de una guarda, tutela, guarda con fines de adopción, suspensión o privación de la patria potestad u otra figura jurídica que corresponda adoptar”*.

-La provincia de Córdoba -Nº 9944- fija en torno a la temporalidad de las MPE, que las mismas son limitadas en el tiempo, no pudiendo exceder de noventa días, plazo que debe quedar claramente consignado al adoptarse la medida y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen, con el correspondiente control de legalidad. Cumplido un año y medio desde la adopción de la medida, la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia conjuntamente con el servicio regional correspondiente debe resolver definitivamente la misma.

-La provincia de Chaco – N° 7162- establece que las medidas excepcionales serán limitadas en el tiempo y en ningún caso podrán exceder los noventa días de duración; término que deberá quedar claramente consignado al adoptarse la medida. En aquellos casos en que persistan las causas que le dieron origen a la medida excepcional, podrá fijarse un nuevo plazo que ya no podrá prorrogarse ni ser superior al precedente, mediante acto fundado que contenga los motivos que hacen necesaria su continuidad.

-La provincia de Catamarca – N° 7357- fija que el plazo de una medida excepcional no podrá exceder de los tres meses de duración y deberá quedar claramente consignado al adoptarse la medida excepcional. En aquellos casos en que persistan las causas que dieron origen a la medida excepcional y se resolviere prorrogarla, deberá fijarse un nuevo plazo de duración mediante acto fundado el que deberá ser notificado a todas las partes. Declarada procedente esta excepción, es la Autoridad Administrativa de Aplicación quien decide y establece el procedimiento a seguir.

-En la provincia de San Luis, a través de la ley IV-0871- Sancionada el 27/11/2013, fija que el plazo máximo de permanencia de NNA bajo el Sistema de Familia Solidaria no podrá exceder los seis meses continuos, contados a partir del día de su incorporación, pudiendo dicho plazo prorrogarse por seis meses más mediante resolución fundada de la autoridad judicial que dictó la medida.

-La provincia de la Pampa, a través de la ley N.º2701, fija que, atendiendo a la extrema gravedad de las medidas excepcionales, sólo pueden ser dispuestas como último recurso, y por tiempo máximo determinado acorde a cada caso, prorrogables por única vez por plazo determinado.

-La provincia de Santa Cruz, al referirse a las MPE en la ley N° 3062, fija en su art. 20, que en ningún caso podrán exceder el plazo de ciento veinte días, lo cual deberá quedar claramente consignado al adoptarse la medida y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

A la vez observamos provincias que han llevado a cabo la adhesión a ley nacional limitándose a mencionar la temporalidad de las medidas de protección excepcional, sin fijar expresamente plazo alguno que fije su término concreto. Donde resulta relevante destacar, a nuestro entender y compartiendo con parte de la doctrina, que la temporalidad resulta ser así una garantía para el sujeto vulnerable, entendiendo que la indefinición jurídica de su situación

resulta ser perjudicial para el mismo, ante lo cual la determinación de los plazos a transitar debería resultar regulable en toda jurisdicción.

En cuanto al **ámbito de aplicación** donde se llevarían a cabo las MPE, nos encontramos con que la ley nacional nos brinda criterios a considerar, fijándose una prioridad entre los mismos - art. 41-¹⁵, de la siguiente manera:

*Ámbitos familiares considerados alternativos, mediante la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local;

*En forma subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar.

En igual sentido las leyes provinciales, en su mayoría, han hecho lo propio al adherir a la ley nacional, fijando alguna de ellas en lo que refiere a la MPE, la permanencia temporal en:

*alojamiento junto a su familiar ampliada y/o referentes comunitarios;

*alojamiento transitorio en programas formales de acogimiento familiar;

*alojamiento transitorio en entidades públicas o privadas.

No obstante, encontramos con leyes provinciales que regulan de manera disímil lo que refiere al plazo de duración de las MPE, lo novedoso a lo fijado por la ley nacional y la mayoría de las leyes provinciales, resultan ser ciertas regulaciones traídas por algunas provincias, como lo es la provincia de Misiones (Nº II 16- ex 3820- art. 36 y37)¹⁶, la cual fija en su normativa a través del art. 37 *“las medidas de protección consisten en la búsqueda e individualización de alternativas para que el niño, niña y adolescente conviva con personas vinculadas a él a través*

¹⁵ Ley Nº 26061. Artículo 41. – Aplicación. Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios: a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes; b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente; c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes; d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos; e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad; f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.

¹⁶ <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/htdocs/legisalud/migration/html/12484.html>

de líneas de parentesco, por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, teniendo en cuenta la opinión y los deseos del niño, niña y adolescente en todos los casos. Cualesquiera de esas formas alternativas de convivencia, instrumentadas con la intervención de las agencias de protección de derechos, configura una guarda provisoria que deberá formalizarse con intervención del juez competente. La guarda formalizada ante el juez competente, deberá efectuarse bajo constancia de que los padres o responsables, han sido informados de las responsabilidades que les competen con relación al niño, niña y adolescente, así como las condiciones en que la guarda va a ejercerse... ”. Por su parte la provincia de San Juan (ley N° 7338)¹⁷ fija a través de su art. 57, “...por recomendación de los organismos de aplicación de esta ley, del defensor oficial o del asesor judicial, el Juez podrá entregar al niño o adolescente amenazado o privado del goce de sus derechos, al cuidado, guarda o tutela de una familia alternativa”, mencionando a la vez que la colocación en familia alternativa se hará mediante cuidado, guarda o tutela en los términos en que determine el juez, teniéndose en cuenta la escucha y la palabra del NNA, así como el grado de parentesco y la relación de afinidad o de afecto del NNA con la familia alternativa.

La provincia de Río Negro (ley N° 4109)¹⁸, por otro lado, presenta en su Capítulo II referido a las Medidas de Protección Especial de Derechos – art. 40-, que cuando se disponga del alojamiento del NNA en entidad pública o privada en forma transitoria o su integración en núcleos familiares alternativos, las mismas serán dispuestas por orden de la autoridad judicial competente, no pudiendo ser dispuestas en forma directa por la autoridad administrativa de aplicación de la ley referenciada.

De ahí que los tratamientos, procedimientos, abordajes, criterios de intervención, etc., que se pueden presentar ante las diferentes situaciones de un NNA, cuyos derechos han resultado vulnerados y deben ser separados de su grupo familiar de origen, resultan ser muy variados y disímiles, de acuerdo a donde se situó el centro de vida de ese NNA; llegando a presentarse variedad de criterios en torno a los abordajes y figuras legales a aplicar dentro de una misma provincia, en relación al criterio esgrimido por el juzgado local y los equipos técnicos intervinientes. Así, ante situaciones de características similares, en torno a la edad del NNA, la problemática a abordar, los derechos que resultan ser vulnerados, la presentación del

¹⁷ <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/htdocs/legisalud/migration/html/12645.html>

¹⁸ <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/htdocs/legisalud/migration/html/9680.html>

grupo familiar, los referentes con los cuales se cuentan, nos encontramos con operadores del derechos- trátese de jueces, defensores, abogados del niño, etc.-, y dentro del poder ejecutivo con funcionarios y equipos técnicos profesionales, que aplicarán una medida de protección excepcional o bien la figura de la guarda regulada por el art. 657 del CCyCN, de acuerdo a la interpretación que se haga de toda la normativa vigente en su conjunto. Presentándose a todas luces situaciones de desamparo que quedan evidenciadas en el mismo transcurrir de los plazos, o en el marco de ilegalidades ante la aplicación reiterada de una figura legal cuyos plazos resultan agotados, y sin soluciones que aborden de manera integral una respuesta que brinde seguridad y estabilidad jurídica a la situación presentada por ese NNA.

1.b.1.Caracteres, Principios y Derechos de las MPE.

En lo que respecta a las **características** que presentarían las MPE, a nuestro entender, podemos mencionar:

- Naturaleza Mixta:** atendiendo a que no solo son adoptadas y autorizadas por parte de la autoridad administrativa, llevando a cabo un control judicial en cuanto a su legalidad; sino que a la vez nos encontramos con normativas provinciales que prevén la adopción de las mismas directamente por el poder judicial, previa recomendación e intervención desde una medida de protección integral por parte del órgano administrativo de protección.

- Excepcionales:** deben existir razones debidamente fundadas que ameriten, en función del interés superior del NNA, la separación de sus progenitores; previa acreditación del agotamiento de las medidas integrales o ante situaciones que revistan gravedad y urgencia (que de no adoptarse en ese momento traería consecuencias irreversibles para la integridad psicofísica del NNA).

- Gravedad:** procede ante motivos “graves” (NNA objetos de maltrato, abuso físico, mental, trato negligente, explotación y/o abuso sexual - arts. 9 y 19 de la CDN).

- Subsidiarias:** sólo se adoptan cuando las medidas de protección integrales llevadas a cabo, permaneciendo el NNA junto a sus progenitores, no han resultado ser suficientes a los fines de la restitución de sus derechos vulnerados.

- Limitadas en el tiempo:** no pueden exceder de un plazo determinado por cada normativa provincial; no obstante contar, a nuestro entender, con un plazo uniforme impuesto por el CCyCN (art. 607 inc. c).

Dentro de los **principios y/o derechos** que deben encontrarse presentes ante la adopción de una MPE, nos encontramos con:

- **Interés Superior del NNA:** en base a este principio, Fortuna¹⁹ expresa *“el principio del interés superior nos acerca a la necesidad de que el Estado adopte una actitud proteccionista con relación a las decisiones que involucren a NNA...”*; principio rector que se encuentra consagrado por normativa supra legal a través de la CDN²⁰, en la ley N° 26061-art.3- la cual lo define como *“la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”*, y en el art. 706 inc. c del CCyCN. Importando un precepto trascendental, de orientación y de condición en cuanto a su observancia en materia de derechos y de toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucren a los NNA en todas las instancias y/o de cualquier organismo interviniente, por cuanto ante la exista de conflicto entre los derechos e intereses de las NNA frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros;

- **Derecho a ser oído:** se parte de considerar al NNA como un ciudadano pleno, de ahí que esa consideración como sujeto de derecho y en base a la autonomía que el mismo va adquiriendo y desarrollando, implica conocer su opinión acerca de todos aquellos asuntos que le conciernen; así como su necesaria participación en todos los proceso judiciales y/o administrativos que lo afectan de manera directa, independientemente de su edad y grado de madurez, representando una obligación ineludible en cualquier decisión judicial y/o administrativa, tal como lo refiere Kemerlmajer y Molina de Juan²¹. En este sentido ha expresado el Comité de los Derechos del Niño, que los niveles de comprensión de un niño no se encuentran ligados a su edad biológica, siendo posible aún en edades muy tempranas, extraer sus deseos, aunque no se pueda expresar verbalmente, no pudiendo partirse del presupuestos ligados a la edad como determinantes para presuponer la incapacidad de los NNA de tener opiniones propias y de poder expresarlas ante el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo,

¹⁹ Fortuna Sebastián Ignacio. *“La participación del Niño, Niña y Adolescentes en los procesos de familia. El Derecho a ser oído, el carácter de parte y el rol del abogado del niño”*. Tomo II, P. 235, Editorial Rubinzal Culzoni, Argentina.

²⁰ CDN- Artículo 3. “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

²¹ Kemerlmajer de Carlucci, A. y Molina de Juan, M. *“La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”*, Publicado en: RCCyC, noviembre 2015. Cita Online: AR/DOC/3850/2015

la pintura²², en este sentido se pronunció asimismo la opinión consultiva OC - 17/2002²³. Derecho consagrado tanto por la CDN, como por la ley N° 26061 y en el CCyCN a través de su art. 707.

- **Derecho a la información:** como ya lo he referenciado en trabajos anteriores, este derecho se presenta en todo proceso donde se encuentre el derecho del NNA a ser oído, por un lado como un verdadero deber ante la autoridad competente interviniente, en cuanto a su obligación de brindar la debida información en todo a lo que al proceso se refiere, trátase de la naturaleza del mismo, los derechos afectados, las distintas etapas que presenta y toda otra particularidad y/o característica singular que lo distinga; en cuanto a la inversa lo hallamos presentándose como un verdadero derecho fundamental de todo NNA, no obstante la edad y grado de madurez que el mismo posea, siendo a nuestro entender el paralelo infaltable al derecho a ser oído, no pudiendo darse este sin la verdadera presencia de aquel, el cual se constituye como recaudo complementario a la escucha.

- **Principio de la Autonomía Progresiva:** ante la incorporación de la CDN en nuestro sistema normativo, el Estado Argentino asumió la responsabilidad de contemplar el principio de autonomía progresiva y participación activa de los NNA en los diferentes procesos que los involucran, siendo a la vez receptado por la ley Nacional N° 26.061 (art. 27)²⁴, culminando así con la sanción del CCyCN, el cual dispone del trazado de un esquema que recepta el principio de la autonomía progresiva.

- **Principio de corresponsabilidad:** aparece la actuación de los diferentes actores que conforman el Sistema de Protección Integral para la efectiva protección de los derechos del NNA, no solamente el organismo administrativo de protección. En este sentido, aquellos intervendrán, según los derechos que resulten vulnerados, desde el ámbito de actuación de sus

²² Comité de los Derechos del Niño, ONU, Observación General N° 12, 2009, Pár. 20 y 21.

²³ “Hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

²⁴ “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine. d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

propias competencias. En este punto y en la realidad práctica siempre encontramos presente a la defensoría local, al poder judicial, así como a salud, educación, etc.

- **Principio de flexibilidad:** implica la revisión permanente de acciones, estrategias y prácticas profesionales, a fin de dar lugar a la restitución y garantía de aquellos derechos que han sido vulnerados.

En el marco del presente capítulo, analizaremos en el punto siguiente la figura de la guarda regulada mediante el art. 657 del CCyCN, para luego continuar con la tutela, e ir desentrañando respuestas en torno a la o las figuras a aplicar ante la situación en la que se encuentra un NNA, cuyos derechos han resultado vulnerados y debe ser separado en forma transitoria de sus progenitores. Como se relacionarían aquellas y el orden de aplicación que se supondría entre las mismas, a fin de evitar mayores vulneraciones.

En consideración a que el paso del tiempo constituye un factor de singular importancia en la vida de todo NNA; con el hincapié que otorgar a ese NNA una respuesta mediante una figura jurídica que brinde mayor estabilidad y contención, resulta ser necesaria para el desarrollo de una personalidad saludable y que hace a su superior interés, sumado a que la vigencia de tales figuras- (MPE- guarda art. 657)- provoca un desmembramiento de las funciones de la responsabilidad parental, lo cual su sostenimiento por largos periodos resulta ser a todas luces nocivo al grupo familiar y pernicioso a un verdadero derecho de las familias.

2. La Guarda del 657 del CCyCN.

Dentro del ordenamiento jurídico argentino, ante la sanción del nuevo CCyCN y en lo que refiere a figuras de cuidado de NNA que deben ser separados de sus progenitores, o no cuentan con la representación legal de los mismos en función de una privación de la responsabilidad parental, nos encontramos con la regulación de dos institutos, ello es la guarda y la tutela, que conforme refiere parte de la doctrina, suelen ser confundidos en cuanto al momento de su aplicación y/o vigencia, presentando ambas como características similares ser figuras del derecho de familia que guardan relación con el cuidado y protección de los NNA.

En cuanto al instituto de la Guarda, si bien la misma presentaría diferentes significados dependiendo del prisma con el que se la observe, deviene en necesario precisar que en lo que al presente trabajo refiere nos interesa centrarnos en aquella guarda donde el ejercicio del cuidado personal de los NNA se encuentra temporalmente en cabeza de otra persona que no es ninguno de sus progenitores.

La delegación de la guarda principalmente se resume en dos artículos:

art. 643 "Delegación del Ejercicio.** 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".*

art. 657 "Otorgamiento de la guarda a un pariente.** 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 periodo 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".*

Es en virtud del objetivo del presente trabajo nos abocaremos a la guarda regulada mediante el art. 657, la cual se encuentra prevista en cuanto a su otorgamiento a favor de un pariente ante supuestos de especial gravedad, implicando para la doctrina situaciones en donde los NNA cuentan con sus derechos y/o garantías vulnerados. En cuanto a su ubicación dentro del CCyCN, se encuentra regulada en el Título VII de Responsabilidad Parental- Capítulo 4, de Deberes y Derechos sobre el cuidado de los hijos.

Conforme la misma redacción del art. 657, y a los fines de la procedencia y aplicación de tal figura, nos encontramos con que resulta ser excepcional, provisoria, revocable. Puede determinarse de manera directa, es decir de oficio por la autoridad judicial interviniente, no debe considerarse un antecedente de la adopción - art. 611²⁵-, y está sujeta a control estatal.

Es una institución que no afecta la titularidad ni el ejercicio de la responsabilidad parental, salvo exclusivamente el deber-derecho de cuidado personal, deduciéndose que la voluntad del legislador ha sido brindar soluciones provisorias, que no marca un quiebre en el

²⁵ Código Civil y Comercial Nacional. Artículo 611. Guarda de hecho. Prohibición Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretenso guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

ejercicio del cúmulo de deberes-derechos por parte de los progenitores y que indica que se encuentran en una circunstancia transitoria y eventualmente superable, coincidiendo en ello en cuanto a la procedencia de la adopción de las MPE en lo que refiere a referentes familiares.

En palabras de Mauricio Mizrahi²⁶, la guarda prevista por el art. 657 no procura una solución definitiva, en tanto es un instituto que no busca dar soluciones permanentes al problema que pudieran estar atravesando los NNA, encontrándose afectado por la transitoriedad en cuanto a su vigencia; así la guarda se presenta como una solución provisoria hasta tanto se logre restituir al NNA junto a sus padres, y en caso de no resultar posible, se acuda a figuras de mayor estabilidad. Provisoriedad que se expresa en la misma letra del artículo, así como ya se encontraba plasmada en los fundamentos del Anteproyecto; resultando el objetivo de esta figura el restituir al NNA sus derechos vulnerados, y así su reintegro a sus progenitores.

2.a.Caracteres, Principios y Derechos de la Guarda – Art. 657.

En relación a los caracteres que presentaría el instituto de la guarda, nos encontramos con:

***Límite temporal:** marcando así la norma el plazo máximo de un año, pudiendo ser prorrogable por razones fundadas por otro periodo igual. En este sentido gran parte de la doctrina entiende que el plazo de un año al cual se refiere la norma es discrecional del juez en tanto bien se podría fijar un plazo menor, a la vez que consideran que es impuesto para evitar una situación de inestabilidad jurídica ya que hay una interferencia en el ejercicio de la responsabilidad parental, afectando solo en principio el cuidado personal. En dicho espacio de tiempo los órganos del estado deberán prestar apoyo y acompañamiento a los progenitores del NNA -art. 18 CDN- a los fines de que puedan reasumir el ejercicio pleno de la responsabilidad parental.

Si vencido dicho plazo y/o agotado el máximo previsto por la normativa, no se han modificado las circunstancias que dieron lugar a su aplicación, quien ejerce la magistratura se encuentra obligado normativamente a resolver la situación jurídica del NNA mediante la aplicación de otra figura legal, de ahí que se pueda visualizar una cierta estructura diseñada por el nuevo CCyCN.

En este punto, menciona Galli Fiant²⁷, que el nuevo digesto definiría algunas figuras derivadas de la responsabilidad parental, como ser la delegación a favor de un pariente, la

²⁶ Mizrahi Mauricio Luis, “Responsabilidad Parental”, Editorial Astrea, P. 460, Buenos Aires, año 2015.

²⁷ Galli Fiant, María Magdalena, “Vigencia de la tutela como figura de protección”, Editorial La Ley Litoral, junio del 2017.

delegación a favor del progenitor afín y la guarda judicial, las que son herramientas para organizar la “*convivencia transitoria*” con ese pariente, pero no dan el sustento necesario para aquellos casos en los que la situación tiende a ser definitiva; por su parte Bedrossian²⁸ menciona que se trataría de situaciones precarias que luego de un tiempo requieren de respuestas que le otorguen estabilidad y seguridad jurídica. En este punto se reitera lo mencionado ut supra, en cuanto al límite temporal fijado por esta figura, al igual que lo que sucede al adoptar una MPE, el plazo máximo impuesto se constituiría así en una garantía para el sujeto vulnerable, encontrando fundamento en la exigencia de evitar una situación de inestabilidad jurídica que se proyecte en el tiempo; de ahí que se asigna al pariente cuidador las funciones de cuidado relativas a la vida cotidiana del NNA mientras que los progenitores conservan la titularidad y ejercicio; el lapso de tiempo que dure esta excepcional decisión deberá servir para trabajar con los progenitores a los fines de lograr el pleno y funcional ejercicio de la responsabilidad parental, ya que agotado el mismo, el art. 657 CCyCN impone al juez la obligación de resolver la situación jurídica del NNA mediante el engranaje con otras normas jurídicas, o dicho de otra forma se acuda a figuras más abarcadoras como la tutela o la declaración de situación de adoptabilidad; y en este punto es donde nos comenzamos a preguntar con mayor inquietud, ¿cuál es la diferencia encontrada así entre la finalidad misma de las medidas de protección excepcional que se son adoptadas junto a referentes familiares y la figura de la guarda otorgada a un pariente en el marco del art. 657 del CCyCN?.

***Excepcional:** así Marisa Herrera, Caramelo y Picazzo²⁹, refieren al comentar el art.657 del CCyCN que, “*a diferencia de lo normado respecto de la decisión de los progenitores de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, cuando se trata de una decisión judicial, el artículo en comentario exige la concurrencia de circunstancias de “especial gravedad”, evidenciando el carácter estrictamente excepcional de la figura*”.

La misma CDN determina, la prioridad -regla- en lo que hace a la convivencia de los hijos con sus progenitores, ahora bien, ello no es absoluto ya que, ante razones de gravedad, podrá resultar conveniente y en forma excepcional a fin de asegurar el superior interés de estos, su separación; en este sentido tiene dicho la Corte IDH “*asimismo, este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que*

²⁸ Bedrossian, Gabriel, “Derecho de Familia”, Segunda Edición, P. 902, Editorial Cathedra jurídica, Buenos Aires, año 2020.

²⁹ Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Primera Edición, P. 492, Tomo II, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2015.

existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”³⁰.

***Judicial:** en cuanto que es otorgada judicialmente por la figura de un juez, y de ahí que en este punto nos preguntaríamos si no resulta ser una típica medida tutelar, en tanto se presentaría en el otorgamiento del cuidado de un NNA a quien no es su representante legal, a fin de que se le brinden los cuidados que resulten necesarios en pos de la restitución de sus derechos vulnerados; en el marco de dicha figura los guardadores asumirían las mismas responsabilidades que los padres en lo que refiere al cuidado y toma de las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, tanto respecto a la persona menor de edad, como frente a la sociedad, a los terceros y al Estado, con la única diferencia que no son sus representantes legales.

Atrae en este punto el pensar desde que lugar y/o sitio de conexión se relacionan la intervención judicial y administrativa en el otorgamiento de las guardas del art. 657 y en la autorización de una medida de tipo excepcional; recordando el control de legalidad que se prevé para estas últimas -regulación en ello que resulta ser prácticamente uniforme en la normativa presentada por cada una de las provincias y recepcionado por el mismo CCyCN-, control que marca una intervención judicial necesaria, y desde otra óptica la intervención del organismo administrativo de protección que se requiere en el otorgamiento de la figura guarda del art. 657 (art. 18 CDN);

Ahora bien, y en base a la actuación del Estado requerida por art. 18 de la CDN, nos podríamos preguntar, situándonos en un caso de otorgamiento de la guarda del art. 657, ¿intervención estatal de parte de que poder?, ¿cómo se daría esa intervención?, ¿de parte de los equipos técnicos profesionales?, en su caso ¿actuantes bajos los organismos de protección de niñez o bajo la órbita de los juzgados, o de ambos?, interrogantes que nos trasladan a poder desmembrar y representarnos que figura resulta la más ajustada a derecho en torno a su aplicación ante la situación de un NNA cuyos derechos han sido vulnerados, que requiere de la separación transitoria de sus progenitores, a los fines de garantizar su interés superior, y cuenta con referentes familiares que pueden asumir su cuidado y acompañamiento en forma temporal.

***Supuestos de Especial Gravedad:** en este punto nos parece importante poder reflexionar que supuestos el legislador entendió que se configuran de especial gravedad, así

³⁰ Corte IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina” (Fondos, Reparaciones y Costas), Sentencia del 27/04/2012.

Daniel Lujan³¹ los asimila a los casos previstos por el art. 700 del CCyCN, los cuales determinarían la privación de la responsabilidad parental.

Art. 700 del CCyCN. *"Privación. 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. abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c. poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d. haberse declarado el estado de adaptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adaptabilidad del hijo."*

Expresando Lujan, *"es por ello, que, ante este supuesto, y ante la imposibilidad de iniciar otro proceso tal como la adopción o la tutela, parecería indicar que el nuevo Código no dispone de una solución alternativa que no confronte con el interés del niño"*. Ahora bien, según nuestro entender, y conforme las causales mismas previstas por el código, la privación de la responsabilidad parental traería aparejada el dejar al NNA sin representación legal, más allá de la promiscua (conf. 103 del CCyCN) ejercida por el Ministerio Pupilar, en contrario a la disposición de lo normado por el art. 657, donde los progenitores conservan la titularidad y ejercicio mismo de la responsabilidad parental, viéndose afectado solo una parte de esta en cuanto a lo que el cuidado del NNA se refiere.

En este sentido, la privación de la responsabilidad parental afecta a la titularidad y, por ende al ejercicio, de allí que el art. 703 CCyC dispone que, ante su dictado, el otro progenitor continúa en el ejercicio unilateral de la misma, y si no lo hubiera, deberá recurrirse a la tutela o adopción del hijo, según los casos y siempre en beneficio e interés del NNA; agregando que dicha privación requiere de una sentencia judicial que expresamente la declare, y produciendo efectos desde su dictado, demandando al juzgador la realización de un examen minucioso de las singularidades del caso, excepto que se hubiera declarado el estado de adoptabilidad del hijo, en donde la privación tiene efectos desde su declaración; actuando en este sentido la privación y conforme el nuevo paradigma de derechos, como una verdadera medida de protección en resguardo del hijo y su superior interés, no obstante tratarse de un verdadero juicio de reproche a la conducta desplegada por parte del progenitor en virtud del grave

³¹ Daniel Luján *"Guarda a un tercero"*. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Buenos Aires, agosto año 2016.

perjuicio causado a la persona misma del hijo. De ello se deriva que mal puede interpretarse que las causales de gravedad mencionadas por el art. 657 hacen referencia a las enumeradas por el art. 700.

El art 702³² del CCyCN nos presenta las causales por las cuales se procede a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, que podrían ajustarse en cierto punto a las causales de especial gravedad a las cuales hace referencia el art. 657; las cuales no presentarían a la vez diferencia alguna con aquellas invocadas por el organismo administrativo al determinar la procedencia de una MPE junto a referente familiar. Decimos que podría ajustarse, porque el ejercicio, en estas últimas figuras, continua en cabeza de los progenitores, afectándose únicamente lo referido al cuidado diario. Que, si bien el art. 702 inc. 4 nombra como causal de suspensión del ejercicio a *“La convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales”*, de referirse a la figura de la MPE en cuanto ley “especial” la 26061, mal puede hablarse que implica la suspensión del ejercicio, de donde se adopta por un organismo administrativo y el juzgado competente realiza el debido control de legalidad, pero no declara la suspensión del ejercicio como tal, el cual daría a la aplicación de otra figura de mayor estabilidad, la tutela .

De ahí que dentro de las causales de gravedad que enuncia el art. 657 ingresarían, a nuestro entender, las mencionadas en el art 702, y dentro de su inc. d al referenciar la separación por “razones graves”, nada obsta a que no se incluyan algunas de las causales enunciadas en el art. 700, como ser el abandono del hijo y/o colocar al mismo en un peligro para su seguridad, salud física o psíquica, trátase de las situaciones de violencia física y psíquica graves, causales que de presentarse pueden implicar la determinación de una guarda del art.657- de contar ese NNA con referentes familiares que puedan asumir su cuidado, o adoptarse una MPE en los mismos parámetros-, y que durante la vigencia de dichas figuras los progenitores no puedan adquirir las herramientas que resulten necesarias en el marco del trabajo que se desarrolle junto a los profesionales intervinientes y/o las pautas que se fijen judicialmente y/o administrativamente, no logrando la restitución de los derechos vulnerados, y en consecuencia se concluya con el dictado de una resolución judicial que declare la privación de la

³² Código Civil y Comercial. Artículo 702.-Suspensión del ejercicio. 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 con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

responsabilidad parental, derivando así en la fijación de otra figura legal como ser la tutela y/o declaración en situación de adoptabilidad.

Dentro de los **principios y/o derechos** que se harían presentes ante la declaración del otorgamiento de una guarda judicial, se presentan:

*** Principio del Interés Superior del Niño:** no obstante citar lo mencionado ut supra, al referirnos sobre los principios y derechos vigentes ante la adopción de una MPE, destacar que el superior interés de un NNA siempre debe ser considerador en función de los elementos objetivos y subjetivos propios de cada caso en concreto; se trata de un concepto dinámico y flexible que deberá precisarse de forma individual con arreglo a la situación particular y a las necesidades personales de los sujetos involucrados, tarea en donde la opinión del infante, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, así como su cuidado, protección y seguridad, se presentan como elementos a tener en cuenta para evaluar y conformar el citado interés superior ³³.

***Principio de la Autonomía Progresiva:** nos remitimos a lo citado en el apartado de derechos y principios vigentes para la adopción de MPE, agregando lo reglado por el art.639 inc. c, en cuanto se refiere a la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, donde a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, conforme a las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo presentadas por estos; siendo de aplicación a la figura misma de la guarda y de la tutela, es decir a mayor autonomía del NNA disminuye la representación del guardador en el ejercicio de los derechos de aquellos;

***Derecho de los NNA a ser oídos** y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez;

***Derecho a la información:** remisión al indicar los derechos y principios vigentes al adoptar una MPE, dicho derecho se presenta en todo proceso donde se encuentre el derecho del NNA a ser oído, presentándose en esta dualidad de derecho-deber; derecho a la información adecuada, oportuna y veraz por parte del NNA y el deber que pesa en cabeza de la autoridad competente interviniente, en cuanto a su obligación de brindar la debida información en todo a lo que el proceso se refiere;

³³ Comité de los Derechos del Niño, Observación N° 14 (2013), sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una consideración primordial.

***Principio de corresponsabilidad:** en relación a este principio que se encuentra regulado por la ley N° 26061, resulta de aplicación en la realidad practica de los tribunales, al encomendar la magistratura un determinado seguimiento en cuanto al desarrollo mismo de la figura de la guarda y el contexto sociofamiliar que la rodea; estando presente el Estado (art. 18CDN). Su presencia se ubica en las resoluciones judiciales mediante las cuales se fija un seguimiento de la guarda otorgada en cabeza del equipo técnico profesional con el que cuenta el organismo administrativo de protección y el mismo juzgado; visualizando una articulación y vinculación constante, así como la actuación propia de cada organismo desde el ámbito de sus competencias y en correlato anclados dentro del sistema de protección;

***Principio de flexibilidad:** efecto de la aplicación del principio de corresponsabilidad, donde el seguimiento e intervención de un equipo técnico profesional -del órgano administrativo de protección y/o del equipo técnico del juzgado-, implicaría una evaluación de su proyección, dando merito a considerar la necesidad de su revocación previo al plazo por el cual fue otorgada, o la declaración de su prorroga.

Ergo lo desarrollado, volvemos a preguntarnos y cuestionarnos -ante la variedad, divergencia y vigencia simultanea de diferentes leyes provinciales que regulan sobre el sistema de protección local de niñez y la forma de responder ante la situación de un NNA que debe ser separado de sus progenitores, sumado a las previsiones específicas reguladas por el nuevo CCyCN, como lo es la guarda del art. 657-, ¿Cuál fue la dinámica que pretendió el legislador al regular sobre el sistema de protección de derechos?, ese sistema de protección de derechos en su conjunto, ¿ha logrado el desarrollo, jerarquización, especificidad y dinámica que el legislador pretendía?, ¿cual resulta ser la respuesta más adecuada y de interpretación uniforme a otorgar a la situación de ese NNA?, ¿qué figuras deben primar por sobre la aplicación de otras?, ¿se cuenta con un orden jerárquico y subsidiario de cada una de las figuras vigentes?, ¿se debe dar lugar a que la divergencia de respuestas se haga presente de acuerdo a como se regule cada sistema de protección judicial y local?, ¿es constitucional que las respuesta frente a quienes resultan ser los más vulnerados dentro de un sistema jurídico, político, social en torno a su edad misma, varíen conforme la localidad en la cual se encuentra su centro de vida?, ¿se complementan la ley N° 26061 cuya sanción data del año 2005 y las figuras de cuidado y protección prevista en el CCyCN para NNA separados transitoriamente y por cuestiones de gravedad de sus progenitores?, ¿se aplica en conjunto y de manera concordante la doctrina de

la protección integral ante situaciones de extrema vulneración que implique la separación de un NNA de su grupo familiar de origen?

Interrogantes que se hacen presentes ante el abanico de respuestas a otorgar a las situaciones de esos NNA, las cuales, varían en razón del centro de vida de ese NNA, los actores que intervengan tanto desde el ámbito administrativo como del judicial, y el acceso a derechos que en consecuencia posea.

En base a ello, permitírnos reflexionar, que nos encontramos ante NNA separados de sus progenitores, verdadero sujeto de derechos dentro de un sistema de protección integral todo, que supone la presencia y existencia de un ordenamiento jurídico y organismos de protección cuyas estructuras deberían resultar respetuosas, ordenadas, de otorgamiento de respuestas no solo rápidas, sino claras, y uniformes -no obstante la consideración de cada situación en particular-; donde los actores intervinientes actúen con la clara finalidad de procurar la restitución en el menor tiempo posible de aquellos derechos que se presentan como vulnerados, así como el camino a transitar. Rechazando cualquier actuar y/o proceso que lleve y/o coloque a ese NNA como objeto y a dispensa de los adultos, ante la variedad de interpretaciones que cada uno realice de las diferentes figuras legales que se pueden hacer presentes. Visualizarnos con aquella necesidad de repensar una estructura ordenadora, que dé lugar a respuestas adecuadas, eficaces y garantes de derechos, considerando al ordenamiento jurídico como un todo organizado y de repuestas integrales.

Ahora bien, ¿cuál es la respuesta que brinda el CCyCN frente a la situación de aquellos NNA que no cuentan con la presencia de referentes familiares, pero sí con referentes comunitarios?, referentes con los cuales sostienen relaciones significativas y afectivas en base a su historia personal, siendo de sostén en cuanto a su desarrollo, asistencia y protección.

De la lectura misma del art. 657, surge que dichos referentes comunitarios no pueden constituirse en guardadores de ese NNA, ante lo cual se debería acudir a la adopción de una MPE, en tanto si se encuentra contemplado dicho supuesto por la ley N° 26061-así como en cada una de las leyes provinciales que adhieren a ella-, y que de aplicarse la misma, agotado su plazo, daría lugar a la fijación de una nueva figura jurídica con mayor amplitud y seguridad jurídica en cuanto a sus efectos. De ahí poder dar lugar a la habilitación de un espacio que nos permita reconsiderar la letra del art. 657 y si la misma resulta ser a derecho o en oposición a ello se proclama una modificación en su redacción y aplicación.

2.a.1 Guarda con referente comunitario. Interés Superior del NNA.

La postura del legislador ante la redacción del art. 657 fue la de excluir toda posibilidad de delegar la guarda a favor de un tercero no familiar; conforme lo marca gran parte de la doctrina, la fundamentación de tal restricción se hallaría en el evitar y erradicar lo referido a la comercialización de niños. Aun así y atendiendo al sentido que se le imprime a la norma, pensemos, que significancia tendría el interés superior del niño en el caso concreto de darse la existencia de tales referentes no familiares, con los que el NNA tenga forjada una relación significativa afectiva gestada con anterioridad a sucederse los hechos que derivaron en una vulneración de sus derechos y garantías; recordando palabras de Graciela Medina³⁴, en cuanto refiere que *“las decisiones sobre menores no pueden ser tomadas en la base de teorizaciones en abstracto y razonamientos teóricos para definir su vida”*.

Si quien se propone para ejercer el cuidado personal del NNA, en forma temporal, resulta ser un familiar, no existe inconveniente, el problema se instaura cuando la persona sugerida para ocupar dicho rol no es familiar, ¿qué hacemos con el niño?, de ahí que una vía a adoptar resulte ser la MPE dictaminada por el organismo de niños y pasada por el control judicial; vencido sus plazos, el camino a continuar quedaría punteado por el otorgamiento de otra figura legal.

Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia mencionan a los referentes afectivos, como aquellas personas estrechamente vinculadas a los NNA pero que no se encuentran enlazados por un vínculo de parentesco, sino por un genuino vínculo de afecto que necesariamente deben ser respetados cuando contribuyan al interés superior de la persona menor de edad. Dentro de dichos referentes afectivos encontramos a madrinas y padrinos, familiares afines sin vínculo civil (supuesto de relaciones informales o uniones convivenciales) tan idóneos o más que cualquiera de los familiares autorizados por ley para ostentar la guarda de una persona menor de edad.

En este sentido, Juan Navarro Floria³⁵, menciona que la institución del padrinazgo es conocida en el derecho argentino vigente, relativamente independizada de su significado religioso, existiendo en el imaginario popular la idea de que el padrino es quien debe cuidar a los niños si llegan a faltar los padres, nótese en la costumbre misma de nuestro país el pensar que el deber del padrino-madrina no es solo religioso o moral, sino incluso legal, de asumir los

³⁴ Medina, Graciela, *“La guarda directa en el Código Civil y Comercial y en la jurisprudencia de la Corte Suprema”*, Editorial La Ley, agosto del año 2015. Cita: TR LALEY AR/DOC/2698/2015.

³⁵ Juan G. Navarro Floria. *“Padrinos y ahijados: relevancia jurídica del parentesco individual”*, Revista del Derecho de la Familia y las Personas N° 2, abril del año 2020.

cuidados de ese NNA de faltar sus padres; tal es así que el “padrinazgo” no solo crea un vínculo entre el NNA y su padrino-madrina, sino también con los progenitores, que pasan a ser los “compadres”.

En los nuevos modelos familiares, la figura del padrino-madrina se presenta incluso con cierto vigor ante aquellos grupos familiares constituidos por personas del mismo sexo, así Magdalena Gurini y Barbara Piccoli Sáez³⁶ refieren que algunos estudios sociológicos indican que *“una de las dificultades para pensar la paternidad y maternidad en parejas del mismo sexo consiste en la percepción que los integrantes tienen de ellos mismos, lo que hace que les resulte necesario buscar padrinos o madrinas para que el otro sexo se presentifique, introduciendo la diferencia sexual por medio de terceros”*.

En el CCyCN no encontramos regulación alguna que se refiera al padrinazgo, por otro lado, a través de la ley N° 26061 en su art. 33 regula el derecho de todo niño de no ser separado de aquellos con quienes mantenga lazos afectivos, más allá de los de sangre; por su parte la CDN, al regular la situación de aquellos NNA separados de su grupo familiar de origen en base a proteger su superior interés, referencia que el Estado, de conformidad con sus leyes nacionales, debe asegurar otros tipos de cuidado para esos niños, y que al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico³⁷; encontrando así una referencia concreta a la identidad cultural y religiosa como pauta de quien pudiera tener al NNA bajo su cuidado y protección, apareciendo aquí con fuerza los padrinos como aquellas personas que son elegidas por los progenitores para garantizar esa identidad religiosa.

Así la redacción del art. 657 trae aparejado el desamparo e iniquidad en la que quedan aquellos NNA que lejos están de contar con parientes que posean cierta vocación para asumir sus cuidados, o bien que sus vínculos de sangre resultan ser lejanos, que ni siquiera lleguen a conocer a ese niño; sin perder de vista que el pariente de sangre no se elige y puede en consecuencia resultar la persona menos idónea; de ahí que aparezca como razonable interpretar el vocablo parientes con mayor amplitud, incluyendo a quienes están unidos al NNA por un

³⁶ Gurini, Magdalena y Piccoli Sáez, Barbara A., “Red social de apoyo y parentesco espiritual o padrinazgo en parejas parentales del mismo sexo”. VI Congreso Internacional de Investigación de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de La Plata, año 2017. Fecha de exposición 16/11/17.

³⁷ CDN. Artículo 20. 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

verdadero vínculo afectivo-significativo, pudiendo ser dicho vínculo evaluado por los profesionales intervinientes ante la situación que se desarrolla.

Mizrahi³⁸ menciona que la voz “parientes” utilizada por el art. 657, así como por los arts. 643 y 104, debe hacerse en forma extensiva, asimilándolo a aquellas personas que poseen para con el NNA un vínculo significativo afectivo en cuanto a la historia personal de ese NNA, donde debe primar a la vez la socioafectividad dada entre este y ese “tercero no pariente legalmente”; y en consecuencia en su desarrollo personal, asistencia y protección, asemejándolo en este sentido a lo determinado por el art. 7 del reglamento de la ley N° 26061³⁹.

El vínculo surgido del padrinazgo ha encontrado acogida, frente al otorgamiento de la figura de la guarda del art 657, por parte de nuestros tribunales, previo a declarar la inconstitucionalidad del artículo, así lo determino el Juzgado de Paz de Corrientes en los autos “*V. M. Y. y V. M. I s/personas menores en riesgo*”⁴⁰, otorgando la guarda de una adolescente y de su hija menor al padrino de aquella, quien no resultaba ser pariente; refiriendo el magistrado actuante que el art. 657 “*tiende a proteger el derecho a una familia con vínculos de sangre y de los parientes a conservar en su ámbito a los miembros que no hayan alcanzado la mayoría de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad cuando en el caso concreto, ese derecho se contrapone al derecho de niño a una vida digna*”, mencionando a la vez que aquellos padrinos resultaban ser referentes afectivos de relevancia para la vida de la adolescente y de su pequeña hija; primando en el caso una escucha activa de la adolescente, contando con la presencia de la asesora de menores e incapaces, e intervención del equipo técnico del organismo administrativo de protección local.

Conforme señala el fallo referenciado, de la lectura que se realice de los arts. 611 y 657 del CCyCN, se desprende que dichas normas relacionan de manera directa el bienestar de los NNA con la relación de parentesco de las personas que los tienen a su cuidado, aquí surge plantearnos nuevamente, ¿qué sucede con aquellos NNA que en razón de vulneraciones graves y que deben ser separados de sus progenitores en forma transitoria, no cuentan con parientes que puedan asumir sus cuidado, por el contrario si con referentes significativos- afectivos?, ¿es

³⁸ Mizrahi, Mauricio, “Cuidado personal de niños por terceros. Exegesis de los artículos 643, 657, 674, 104 y 702 del Cód. Civ. y Com.”, Revista de Derecho de las Familia y las Personas, octubre del año 2019.

³⁹ Decreto 415/2006 – Ley N° 26061. Art. 7 “Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”.

⁴⁰

dable proceder a la adopción de una MPE por el plazo máximo de 180 días?, y ¿qué sucedería ante la prórroga de la misma al no revertirse las causas que originaron la separación de ese NNA de su grupo familiar de origen?, ¿procede el otorgamiento de una tutela?, ¿la evaluación de ese vínculo no se encontraría en profesionales que cuenten con la especificidad que la materia requiere, y que aseguren por el plazo establecido el otorgamiento de una guarda?

Por otro lado, el mismo CCyCN al referirse al derecho de comunicación en las relaciones de parentesco, regula en su Libro Segundo- Relaciones de Familia- Título V. Parentesco, Sección 2da. Derecho de Comunicación, a través de sus arts. 555 y 556 el derecho a obtener un régimen de comunicación con *“personas menores de edad, con capacidad restringida o enfermas o imposibilitadas”*, por parte de quienes *“justifiquen un interés afectivo legítimo”*, plasmando parte de la doctrina que ello se justifica en lo que respecta al “fortalecimiento de los vínculos familiares”, donde a fin de interpretar ese “interés afectivo legítimo” habría que remitirse a lo normado por el Dec. 415/2006 -art.7- de la ley N° 26061, debiendo ser acreditado ese vínculo afectivo por quien reclama el derecho a comunicación y siempre que el contacto resulte ser beneficioso para la persona menor de edad en favor de quien se pretende la comunicación⁴¹; incluyendo así el mismo código dentro de la denominación “parientes” a quienes presentan una relación significativa y afectiva, y de vínculo que resulta comprobable.

En dicha secuencia, en el mismo Libro Segundo- Relaciones de Familia, en su Título IV, al referirse a las adopciones, pronuncia en su art. 607, anteúltimo párrafo, que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del NNA ofrece asumir su guarda o tutela; naturalmente que ello resulte conforme al interés superior de ese NNA y que ese pariente o referente afectivo resulte idóneo. En comentario al referido artículo Rivera y Medina⁴², mencionan *“...será el juez competente quien deberá evaluar la conveniencia para el niño de ser criado por los familiares que hayan sido hallados por el órgano administrativo competente...”*.

A la vez el mismo art. 611 en su párrafo final, fija la prohibición de que el otorgamiento de la guarda constituya fundamento alguno para ser considerada a los fines de la adopción; de ahí que aquel NNA que no pudiera regresar con sus progenitores, deberá ser incluido mediante decisión judicial en otra figura jurídica, inclinándose así por la figura de la tutela.

⁴¹ Julio Cesar Rivera, Graciela Medina, *“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”*, Primera Edición, Tomo II Arts. 401 a 723, P. 332-333, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2015.

⁴² Ibid. Pág. 440.

Ahora bien, como si ello no resultara suficiente, el CCyCN dentro del mismo Libro Segundo, en su Título VII “Responsabilidad Parental”, nos fija a través de su art. 640⁴³, un supuesto en el que prevé expresamente que la figura de la guarda pueda ser otorgada por el Juez a favor de un tercero; estableciendo las diferencias entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, y el cuidado personal de los hijos, y en este último supuesto la posibilidad de otorgar la guarda de los hijos a un tercero no pariente.

Si bien hemos hecho referencia a los padrinos y madrinas, debemos mencionar que, dentro de las relaciones afectivas con características especiales, también quedaría al margen de legitimación los abuelos paternos de aquel progenitor no reconociente. Es claro que el lugar natural de los NNA debe ser la familia, sin embargo, es correcto afirmar que las relaciones interpersonales se han modificado y el derecho ha mutado casi paralelamente con ellas, hoy hablamos de "las familias" que se configuran a partir de la libertad de elegir con quien se desea armar el proyecto de vida, los diferentes tipos de familias pueden ser: heterosexual, ensamblada, monoparental, etc.; de ahí que el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal de los NNA debe ser adaptado a la realidad jurídica que vivimos.

Nótese que la institución familia es una construcción humana, cultural, que fue y seguirá modificándose permanentemente durante la historia misma de la humanidad, en base a los valores imperantes en un determinado tiempo y lugar. En el siglo XXI la palabra “familia” jurídicamente, se asocia a los principios mismos de solidaridad y libertad, no dándose lugar a interpretaciones rígidas, así como formulas cerradas; de ahí pese a que la familia reciba protección integral, conforme lo marca la Constitución Nacional -Art. 14 bis-, el constituyente lo mantuvo abierta a las leyes en cuanto a la posibilidad de ser “flexibles” en su conceptualización. Por otro lado nos encontramos con que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 17 menciona que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, estableciendo así la Convención una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición; de ahí que el Estado deba dar cobertura a las diferentes opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía y/o de acuerdo a su propia cultura y convicciones, con el único límite impuesto por el respeto de los derechos humanos.

⁴³ Código Civil y Comercial. Artículo 640. Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental. Este Código regula: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

Suprimir la figura del referente afectivo como posibilidad para el ejercicio del cuidado de los NNA significa un retroceso, han sido nuestros tribunales quienes en fallos resientes se han referido a los vínculos afectivos, manifestando que, *“los lazos afectivos no solo surgen del parentesco, sino que surgen, se conforman, se construyen y retroalimentan entre gente que se elige para ser familia”*⁴⁴; es a nuestro entender, el juez, quien, como director del proceso y con las valoraciones profesionales que resulten necesarias de otras disciplinas de las cuales estén conformados los equipos técnicos intervinientes, -trátase de profesionales del organismo de protección y del mismo ETI de los juzgados-, debe resolver el otorgamiento del rol de guardador a un no pariente, si ante la situación concreta y singular resulta ser la figura que brinde mayor estabilidad y seguridad jurídica a la cotidianeidad misma de la vida de ese NNA.

Ese vínculo significativo-afectivo que para el derecho bien puede resultar ser impreciso, deberá estar determinado en cuanto a su contenido en el caso particular, por las valoraciones que realicen profesionales de otras ciencias sociales, quienes llevarán a cabo evaluaciones referidas al tipo de relación que tiene el NNA con ese adulto, como se ha dado a lo largo de su ciclo vital, si ese vínculo le permite enfrentar de manera saludable la etapa de desarrollo en la que se encuentra, y si le brinda el debido cuidado y protección en torno a su interés superior, evitando, rechazando en consecuencia todo hecho y/o acto que implique dar lugar a una “guarda de hecho” o “entrega directa”.

Fíjese que la implicancia de la función netamente preventiva que se buscó regular a través del art. 657, en cuanto evitar que los guardadores no parientes sean elegidos por sus progenitores y sin intervención judicial competente, resulta zanjada al prever el mismo artículo la necesaria intervención judicial, y la transitoriedad de la figura a otorgar. Dando lugar a una interpretación, que lo que la ley prohíbe es que ello se lleve a cabo sin una intervención judicial, a través de las denominadas “guardas de hecho”, favoreciendo la posibilidad de las entregas irregulares de NNA, en circunstancias en que la relación afectiva previa es inexistente, conculcando así derechos humanos fundamentales tanto de ese niño, como así también del grupo familiar de origen.

Relevante es la mención realizada por Medina Graciela⁴⁵, al referirse que *“...la identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico, sino que se gesta a través de los vínculos creados por relaciones que provienen tanto de la biología*

⁴⁴ Juzgado de Familia de 5ta Nominación, Córdoba. Fecha: 14/09/2021, “L.S.P y otros/tutela”. CITA: TR LALEY AR/JUR/152389/2021.

⁴⁵ Medina, Graciela. *“La guarda directa en el Código Civil y Comercial y en la jurisprudencia de la Corte Suprema”*. Editorial La Ley, 06/08/2015. Cita: TR LALEY AR/DOC/2698/2015

como de las situaciones de convivencia. De modo que restarle entidad a la identidad biográfica del niño constituiría una grave afectación a su mejor interés. Contrariamente, este dato debe ser considerado por los jueces al otorgar judicialmente la guarda...”.

El juego armónico en cuanto a la interpretación y aplicación desde una óptica integral del sistema jurídico considerado como un todo, en relación a las normas involucradas y referenciadas a la luz de los tratados internacionales incorporados a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y los antecedentes jurisprudenciales⁴⁶, resulta ser de suma relevancia, en tanto da lugar a la aplicación misma de la figura de la guarda prevista a través del art. 657 en favor de aquel referente significativo afectivo no pariente.

Concluyendo en este punto en la necesidad de pregonar una modificación en torno a la redacción del art. 657, en cuanto contemple el otorgamiento de la figura de la guarda, y en sus mismos términos, en favor de un referente no pariente; siempre que se dé con anterioridad la existencia de una relación de afecto, confianza, y reciprocidad, comprobable y evaluable por los equipos profesionales intervinientes, quienes deberán otorgar al magistrado las herramientas necesarias a los fines del otorgamiento de la figura; evitando así colocar al NNA en una situación de riesgo y vulnerabilidad. En la opinión consultiva 17/200, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que *"...la expresión "interés superior del niño" -art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño- implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste..."*.⁴⁷

Ello, no obstante, el desarrollo que tal tema implica, mencionar la obligatoriedad que pesa en cabeza de toda magistratura de llevar a cabo no solo un control de constitucionalidad de cada una de las normas aplicables a un caso, sino así también y en base al proceso mismo de constitucionalización de todo el derecho privado, el control de convencionalidad que deben realizar, sopesando así la norma citada con lo contenido por la normativa supra legal.

3. La Tutela Dativa, su aplicación.

Otras de las figuras del derecho de familia que guardan relación con el cuidado de los NNA, es la figura de la Tutela. A diferencia de lo establecido en el CC, el nuevo CCyCN cambia radicalmente su perspectiva a tenor de la función que ha de cumplir el instituto.

⁴⁶ Juzgado de Familia N°3 de Mar del Plata, Ciudad de Mar del Plata del 07/04/2016. "B. N. P. s/ abrigo" Expte. MP40667/2014, encontrado en <http://biblioteca.camdp.org.ar/mdp/18200.pdf>.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos - Opinión Consultiva OC- 17/2002 de 28 de agosto de 2002.

Así, la tutela que encontrábamos en el código velezano mantenía la impronta del derecho romano, una institución en la cual predominaba la autoridad sobre la persona del “pupilo”, marcando: *“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”*.

Por el contrario, el nuevo CCyCN plantea, en su Libro Primero - Parte General, Título I-de la Persona Humana, Capítulo 10, Sección 2a - de la Tutela, que: *“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 (...) Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo 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”* (art. 104); regulándola el legislador como una institución de representación de la persona menor de edad ante la ausencia de la figura de la responsabilidad parental. En cuanto a su ubicación dentro del CCyCN, a nuestro entender hubiese sido oportuno fijar su regulación específica dentro del Libro II relativo a las relaciones de familia, en cuanto no deja de ser una institución del derecho de familia, de carácter subsidiaria y destinada a darle protección al NNA.

Aquí interesa destacar que, de acuerdo a los diferentes tipos de tutela planteados por el CCyCN, el cual señala la existencia de la tutela general (arts. 106 y 107) y la tutela especial (art. 109), coexistiendo dentro del primer género la tutela dada por los padres y la tutela otorgada por el juez -dativa-, nos referiremos a esta última (art. 107). Es decir aquella donde el tutor es designado judicialmente, atendiendo a las circunstancias donde aparece un NNA que ha debido transitar situaciones de vulneración de derechos por parte de sus progenitores y separado de ellos en pos del resguardo de su protección e interés superior, habiendo atravesado -en su generalidad- por el marco legal de otras figuras jurídicas, trátase de una MPE o la figura de la guarda del art. 657, y que agotado los plazos legales previstos por las figuras referenciadas, es necesario acudir a la resolución de una nueva figura que implique una representación legal

y protección integral para su desarrollo en el marco de una mayor estabilidad y seguridad jurídica.

Como mencionáramos *ut supra*, la tutela aparece en el nuevo código investida de un carácter protectorio, desde la óptica de la protección integral del NNA que no cuenta con progenitores que ejerzan su responsabilidad parental. Regulación que en cierto modo aparece de la mano con el cambio de paradigma en torno al sistema de protección de derechos, dejando de lado en la letra del código aquel sistema de patronato de estado, donde su regulación en el CCyCN no resulta ser una figura solicitaria, sino más bien debe ser interpretada en el anclaje con otras figuras, que supone a la vez el desarrollo de un cierto proceso ordenatorio.

Su actual regulación buscaría condicionarse con la realidad social y familiar que experimentan aquellos NNA que deben ser separados de sus progenitores ante situaciones de gravedad que afectan sus derechos fundamentales y conculcan su interés superior, dando relevancia a la relación afectiva preconstituida de ese NNA con su tutor, superando el plano meramente jurídico, tratándose de relaciones personales que antecede a su constitución. No obstante, la Dra. Jorgelina Guilisasti ha mencionado en varias de sus exposiciones en torno al instituto de la tutela, la relevancia que el CCyCN continúa otorgando al aspecto patrimonial, que se visualiza en gran parte de su articulado, lo cual poco deviene aplicable en la realidad de las vidas de aquellos.

En la realidad practica y considerando el gran número- en creciente- de NNA que deben ser separados de sus progenitores en virtud de situaciones graves de vulneración de derechos que atentan contra su desarrollo y protección integral, la tutela se perfila cada vez más como una figura de protección y cuidado, y donde resulta beneficioso que la protección sea garantizada en un entorno afectivo; en este punto encontramos que la normativa actual no señala parientes llamados a ejercer la tutela, a diferencia de lo que ocurría en el viejo código, sino que dispone que el juez debe otorgarla a la persona “*más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente*”, será el magistrado quien evalúe qué persona se encuentra en mejores condiciones de dispensarle protección al niño, sin encontrarse limitado a optar por determinados parientes, en contraposición a lo reglado por el art. 657; así lo han interpretado y aplicado nuestros tribunales, ejemplo de ello una fallo del Juzgado de Familia Nro. 1 de Tigre⁴⁸, donde se consideró que el art. 107 “*no impide conferir la tutela a un referente afectivo*”, otorgó

⁴⁸ Juzgado de Familia N° 1 de Tigre, Fecha 14/05/2021, “A. T. G. M. s/ guarda de personas”, publicado en Revista Código Civil y Comercial en octubre del año 2021)

la tutela conjunta de una adolescente a quienes ella consideraba como sus “tíos”, en virtud de la presencia de un vínculo afectivo.

A ello cabe agregar que el magistrado al momento de resolver el otorgamiento de tal figura contara asimismo con evaluaciones y consideraciones profesionales técnicas, expedidas tanto por el equipo técnico con el que cada juzgado pueda contar, como así también con aquel equipo técnico y territorial del organismo de niñez que resulte competente y que se constituye en el equipo que ha propiciado un acompañamiento de manera constante -encontrándose antecedentes jurisprudenciales que fijan dichas intervenciones⁴⁹-, ya que en su generalidad ante el otorgamiento de dicha figura antecede un recorrido de otras figuras legales- art. 39 ley N° 26.061, art. 657CCyCN- ; apareciendo aquellas valoraciones y evaluaciones profesionales en torno de la situación actual del NNA, de aquel que ostenta su cuidado y de las herramientas desplegadas, trabajadas y aplicadas junto a los progenitores.

Presentándose ante tal decisión, con toda su fuerza, el principio rector del interés superior del niño; donde el análisis sobre el interés superior se deberá acompañar de la escucha activa y atenta de los operadores administrativos y judiciales de forma especial respecto al NNA (art. 12 CN y arts. 26 tercer párrafo y 707 del CCyCN).⁵⁰

3.a. Caracteres, Principios y Derechos de la Tutela Dativa.

En cuanto a las **características** presentadas por esta figura de cuidado, protección y representación legal, nos encontramos con:

- **Subsidiaria:** pues tendrá lugar cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental, (arts.699, 700, 700bis, 702, 703), siendo su función como mencionamos ut supra, proteger al NNA tutelado, resguardar su persona y bienes, ejerciendo su representación legal en cuanto fuese necesario.

- **Representativa y Obligatoria:** Surge del art. 101, inc. b que los padres son los representantes legales de sus hijos, pronunciando “(...) *Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe*”. Dicha representación debe ser siempre discernida por un juez. El sistema de la representación de origen legal, como se mencionaba consiste en designar judicialmente a otra persona idónea, a los fines de que realice en nombre y por cuenta de la

⁴⁹ Juzgado de Menores N° 1 de Corrientes, Fecha: 21/09/2018, “T.R.A y G.G s/victimtas”, Publicado en La Ley - Cita: TR LALEY AR/JUR/89891/2018.

⁵⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, Fecha: 10/08/2021, “M.B.N s/guarda con fines de adopción”, Publicado en La Ley 29/09/21 - Cita: TR LALEY AR/JUR/126122/2021.

persona tutelada menor de edad y en consonancia con el art. 639, los actos jurídicos convenientes para su cuidado y para la gestión de su patrimonio.

A la vez podemos mencionar, que dicha representación es:

Legal, porque la investidura del tutor o tutores emana de la ley (arts. 100 y 101, inc. b CCyCN) y desde el discernimiento (art. 112 CCyCN);

Necesaria, ya que toda persona menor de edad que no pueda ejercer por sí sus derechos debe tener un representante legal, en este caso, un tutor o tutores;

Sujeta a control judicial para los actos expresamente mencionados en la Sección 2ª y, en especial, aquellos del art. 121 CCyCN, en cuyos casos el representante debe requerir la autorización judicial.

Quedando fuera de la potestad del tutor todo aquello que tenga que ver con los derechos personalísimos del NNA, los cuales no pueden ser suplidos por otra persona. Recordando que el instituto entra en vigencia toda vez que aquellos que ejercen la responsabilidad parental del NNA fueron destituidos de la misma, siendo que el tutor tiene un rol sub de aquellos.

- **Unipersonal o Pluripersonal**, el CCyCN ha contemplado la posibilidad del otorgamiento de la tutela a dos o más personas, habilitando así su evaluación en el caso concreto; que de resultar ello redundaría en la realidad de los hechos en beneficio de aquel NNA y de los mismos adultos que la ejercen, en cuanto a las cuestiones organizativas y la posibilidad de asegurar la eficacia del cuidado, protección y acompañamiento que es debido en todo tiempo; siendo a la vez esos NNA frecuentemente cuidados por parientes o referentes afectivos que cumplen tal función de forma conjunta, como abuelos, tíos, pareja de vecinos o padrinos. Parte de la doctrina considera que la tutela conjunta refleja el “carácter realista, práctico y con una fuerte tradición humanista”⁵¹ del instituto, ya que no se considera únicamente al tutor como representante, sino el rol que este cumple como responsable de dispensar el cuidado y protección integral que el niño merece. Incluso algunos autores consideran que, al tratarse de una figura que reemplaza a la responsabilidad parental, habitualmente ejercida por dos personas, es conveniente que la tutela siga el mismo lineamiento; otros, por el contrario, consideran que el fundamento no puede encontrarse en la analogía con la responsabilidad parental pues la tutela no busca emular la biparentalidad, “ya que es una función subsidiaria pero no sustitutiva de esta”⁵².

⁵¹ Gabriela Yuba, “Comentario al artículo 105 en Código Civil y Comercial de la Nación”, Tomo I, Editorial La Ley, P. 206, Buenos Aires del año 2014.

⁵² Galli Fiant, M. Magdalena. “Vigencia de la tutela como figura de protección”. Jurisprudencia Argentina Litoral, junio 2017. Pág. 3-5.

- **Personalísima** en cuanto resulta **intransmisible**, y se encuentra **sujeta a control judicial**.

- **Voluntaria**, lo cual no implica que se pueda abandonar la función libremente e intempestivamente, atento la función de representación, cuidado y protección integral en relación al NNA en favor de quien se ejerce.

- **¿Onerosa o gratuita?**, dicho interrogante deviene en que el CCyCN no sienta un criterio claro sobre esta materia, la letra del art. 128 ha dado lugar a un intenso debate doctrinario respecto a si el principio general es la gratuidad o, por el contrario, la regla es la onerosidad en relación al “cargo” que se ejercería. En este punto creemos, que en virtud de la mirada protectoria que el instituto reviste, sumado a la preferencia que debe otorgársele a los vínculos afectivos del NNA, la misma debería resultar ser gratuita.

En virtud de los **principios y derechos** que se hacen presentes en el encuadre de la figura de la tutela, el CCyCN realiza una equiparación de sus funciones con las de la responsabilidad parental, remitiéndonos de este modo al Título V del libro Segundo-Responsabilidad Parental (art. 639)⁵³, conforme lo hace el mismo art. 104, segundo párrafo; así nos encontramos con:

-El interés superior del NNA;

-La Autonomía Progresiva del tutelado conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía de los NNA, disminuye la representación del tutor. En función de la edad y de la madurez del NNA, deberá el juez citarlo atento a cualquier modificación de su centro de vida, o decisión que afecte a la misma; principios expresamente plasmados por el legislador a través de la letra del art. 117 del CCyCN, toda vez que determina que quien ejerce la representación del NNA deberá tomar en consideración la opinión del mismo en razón del progresivo reconocimiento de su capacidad.

- **El derecho de los niños a ser oídos** y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez; ingresando aquí el mismo **derecho de todo NNA a ser debidamente informado**, no solo en torno al desarrollo mismo del proceso y la información contenida, sino también en torno a cada una de las acciones llevadas a cabo por parte del o los tutores que tienen

⁵³ “La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: 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 madurez”.

su representación legal. A tales efectos, el art.113 establece que a los fines de discernir sobre la tutela o cualquier decisión que lo involucre tiene el juez tres deberes: a) oír previamente al niño, niña o adolescente; b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; y c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior; es así que se recepta lo normado en la CDN y la Ley N° 26.061.

Si bien comparten los mismos principios y derechos que se hacen presente ante la adopción de una MPE o determinación de la guarda del art. 657, bien podemos apreciar que deviene en ser conforme a sus mismas características, una figura que en su aplicación brindara un encuadre de mayor estabilidad y seguridad jurídica a la relación sobre la cual se aplica, y en beneficio del NNA al que está destinada; acortando en su estructura aquella incertidumbre con la cual se puede ver rodeada la relación que se fija entre el NNA y su tutor o tutores, en tanto suple una situación fáctica en la que NNA carece por un largo periodo de tiempo o en forma definitiva de progenitores que hagan no solo a su cuidado y protección, sino a su misma representación legal en todos aquellos asuntos en donde resulta imprescindible su actuación. Otorgando a través de dicha figura una tutela judicial efectiva, logrando la preeminencia del superior interés del NNA, del cual se desprenden otros principios y sistemas básicos, como lo son el de efectividad y de protección integral; garantizando una estabilidad en el proceso de crecimiento, desarrollo y formación.

Tal es así, que nos encontramos con antecedentes jurisprudenciales en nuestro ordenamiento jurídico, que se han inclinado por iniciar de oficio el otorgamiento de la figura de la tutela, en vista de la protección integral de la persona menor de edad; fundamentando tal oficiosidad en una interpretación sistémica del CCyCN, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2, aplicando así, en un caso, el art. 616 de dicho cuerpo normativo⁵⁴.

A la vez, y si bien la norma es clara en cuanto a la procedencia de la figura de la tutela, en tanto requiere a los fines de su aplicación de la privación y/o suspensión de la responsabilidad parental declarada por sentencia judicial, previo a un análisis en concreto de la misma situación que se presente, es dable destacar lo transitado en la realidad práctica; donde los mismos juzgados y/o defensorías requieren al organismo de protección, vía oficio y/o presentación de notas de las defensorías, que se proceda a adoptar las medidas de protección correspondiente cuando se les presenta la situación de un NNA con referentes familiares, cuyos progenitores

⁵⁴ Juzgado de Familia de 2da. Nominación de Córdoba, Fecha: 17/11/2020 “B.A.V s/Tutela”, CITA: TR LALEY AR/JUR/61619/2020. En consonancia: “S.L.B y otros/ tutela”. Juzgado de Familia N° 7 de Bariloche. Fecha: 10/08/2017. CITA: TR LALEYAR/JUR/65388/2017.

han fallecido o sufrido privación de la libertad por condena firme -Ej. delitos de narcomenudeo. Solicitando que previo a la tramitación judicial de la figura que resultaría de aplicación, el organismo proceda a adoptar una MPE, no obstante, la misma no resultar aplicable en cuanto a sus mismos fines perseguidos, la restitución del NNA junto a sus progenitores dentro del plazo marcado por normativa.

De ahí que se dé comienzo a un largo camino a transitar por parte de ese NNA y sus referentes que son expuestos de manera consecutiva a entrevistas, informes, audiencias, consumación de largos periodos de tiempo sin obtener una resolución en tiempo oportuno y se haga de ellos una verdadera exposición, sin estabilidad y seguridad jurídica en torno a su situación.

3.a.1 Reflexión en torno a futuras modificaciones.

No obstante, si bien la regulación de la tutela se ha presentado en consonancia con el nuevo paradigma, que afirma al NNA como verdadero sujeto de derechos, instando en el contenido de su letra una verdadera protección de aquel, conforme los principios que la propician; lo cierto es que, la contemplación de ciertos aspectos y/o dimensiones a abarcar por parte de dicho instituto se han quedado a mitad de camino a fin de garantizar en la realidad de los hechos una verdadera protección y desarrollo integral del NNA, de ahí que se nos presente la inquietud de reflexionar y repensar en la posibilidad de instaurar ciertas modificaciones en su articulado, que garanticen aquella protección, y evitar que la misma quede suspendida en su integridad a la interpretación que del instituto, junto a otras normas del ordenamiento, realicen los diferentes actores que intervienen.

En relación a ello y en pos de velar en un mayor amparo de aquellos que resultan ser los más vulnerables y garantes de una mayor protección, planteamos:

° **Convivencia del NNA y su participación en la vida familiar del tutor:** nótese que la representación legal se fija, en principio, para aquellas personas que no han alcanzado la edad de 18 años, y en este punto difícil resulta pensar que un niño no conviva junto a su tutor, donde la convivencia se proyecta en la vida diaria y que esa participación del niño en la vida familiar del tutor se hace presente. Nada obstaría introducir una norma expresa que lo contemple, más aun atendiendo a que muchas veces esos NNA han transitado situaciones de extrema vulneración y el presentarse ello como uno de los requisitos de la tutela acortaría la brecha de nuevas situaciones conflictivas que se podrían suscitar ante actitudes negativas asumidas por quien ejerce la tutela, como negar la participación de ese NNA en un acto familiar, que a la vez

deviene en importancia y contención para ese NNA. Por otro lado, su no contemplación se presenta en forma contraria a la finalidad perseguida por el instituto, definida como aquella que tiende a “*otorgar una protección integral en el desarrollo y crecimiento de aquellos que carecen de responsabilidad parental*”; piénsese en un NNA que es sometido a vivenciar y transitar nuevos sentimientos y episodios de abandono frente aquel tutor sobre el que no pesa obligación alguna de hacerlo partícipes de sus actos familiares.

Sin embargo, resultaría de relevancia poder contemplar la excepción de supuestos donde el tutelado adolescente mayor a los 16 años, cuente con bienes propios y/o medios que le permitan vivir sin la presencia de su tutor, analizando en el caso concreto el grado de madurez y autonomía progresiva que dicho adolescente presente. Donde será el tutor quien extremará las medidas que resulten necesarias, a fin de garantizar el resguardo, protección, cuidado de ese adolescente, en procura de su desarrollo integral; acompañándolo a la vez en la construcción de un proyecto de vida autónomo de cara a su transición a la vida adulta, resultando así una similitud o equiparación con lo señalado por la ley nacional N° 27364 de Programa de Acompañamiento para el Egreso de Jóvenes sin Cuidados Parentales⁵⁵.

Fijando la ley N°27364 el acompañamiento en la construcción de un proyecto de vida autónomo de aquellos adolescentes que no cuentan con cuidados parentales y deben egresar de los dispositivos de cuidados residenciales, asignándoles la figura de un referente, el cual acompañara al adolescente en las dimensiones más fundamentales de la vida, a los fines de lograr su egreso del sistema de protección una vez alcanzada la mayoría de edad, que le permita poder desenvolverse en el mundo adulto; a la vez que fija en su articulado la adquisición de una mayoría de edad anticipada a los 16 años.

Fíjese que el CCyCN parece valorar su importancia al prever como causal de remoción del tutor la existencia de “*graves y continuados problemas de convivencia*”, empero no existe mención expresa en la normativa actual sobre la obligación de convivir con el NNA ni integrarlo a su vida familiar. En el derecho comparado, lo receptan en este sentido el código civil de Uruguay, el código civil de Paraguay y el Código Civil Español, contemplando este último en su art. 213 “*...se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor*”.

° **Asistencia alimentaria a cargo del tutor:** a nuestro entender y compartiendo con parte de la doctrina, dicha obligación resulta una derivación natural del deber genérico del tutor

⁵⁵ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276156/norma.htm>.

de promover el desarrollo y formación integral del NNA, en cambio no existe una regulación que fije expresamente dicha obligación a cargo de aquel. Por el contrario, el art. 119 del CCyCN dispone que tales necesidades deben ser satisfechas con los recursos del niño y, en caso de estos resulten insuficientes, habilita al tutor, previa autorización judicial, a exigir tal prestación a los parientes obligados por ley.

De ahí que la inexistencia de ese deber resulta cuestionable, si pensamos que el tutor asume la responsabilidad de velar por el niño, obligándose a cuidarlo, es necesario que se demande la carga de prestarle alimentos cuando este lo requiera. Piénsese que si bien la obligación alimentaria del tutor puede encontrar amarre normativo en los casos en que medie una relación de parentesco, tal solución no resulta suficiente de pensar cuando el tutor es un pariente que se encuentra en un grado de parentesco tal que la ley no le exija prestar alimentos al niño; o aquel niño cuyo tutor no se encuentra vinculado por parentesco, pero fue designado por resultar el más idóneo y ser una persona con un vínculo afectivo significativo, recuérdese la mención realizada en torno al caso del padrino- madrina, o aquellos que resultan ser llamados tíos - tías, pero en virtud de una relación informal o de amistad.

Así Yuba Gabriela⁵⁶ considera que la obligación de alimentos del tutor tiene su fundamento en la misma CDN (art. 27)⁵⁷, y que su omisión en el CCyCN en nada impide la carga de la obligación alimentaria a cargo del tutor. Por su parte nos encontramos con Jauregui y Gastiazoro⁵⁸, quienes refieren que debería preverse expresamente esta obligación en el CCyCN como un deber subsidiario del tutor en los casos en los que no existan parientes obligados a prestar alimentos al niño, doctrina a la cual adherimos. Dichos autores califican de “*injusta*” la ausencia de la regulación del deber de alimentos a cargo del tutor, deviniendo ser contraria a la función de protección integral y cuidado que se requiere de la tutela. Como lo hemos referido, por otro lado, si reconocemos el rol fundamental que ocupan en la vida de un

⁵⁶ Yuba, Gabriela. “Cambios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de tutela y curatela”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas, P. 49-54, año 2014.

⁵⁷ CDN. Artículo 27- 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

⁵⁸ Jauregui, Rodolfo G. y Gastiazoro, Fernando A. “Los deberes alimentarios del tutor y del curador: una omisión del nuevo Código Civil y Comercial contraria a la CDN y a la ley 13.944”. Revista de Derechos de Familia de las Personas, febrero del año 2018.

NNA los referentes afectivos o parientes en grado más lejano, al punto tal de designarlos como sus tutores, resulta extraño no exigirles que asuman, en la medida de sus posibilidades y al menos de forma subsidiaria, el deber de proveerle alimentos.

A la vez Jauregui⁵⁹ propone en base a su análisis interpretativo de diferentes artículos contenidos en la ley de fondo, llevar a cabo una agregación al art. 119 en su parte final; diciendo que para compatibilizar adecuadamente los contenidos de la CDN con los del digesto de fondo, se propone colmar el vacío de la omisión del CCyCN por lo señalado por los arts. 1, 2, y 3; los principios generales contenidos en los arts. 104 segundo párrafo, y de los arts. 639 y 706 del CCCN, aplicando a su vez analógicamente el art. 661 en lo pertinente a la legitimación activa y el art. 541 en lo relativo al contenido de las prestaciones; ante lo cual al art. 119 se le agregaría un párrafo redactado de la siguiente manera: *“si no existieren parientes obligados a prestar alimentos o los recursos de éstos son insuficientes para satisfacer las necesidades alimentarias del pupilo, el tutor tendrá la obligación de brindarlos en los términos del art. 541 ya sea en forma total o parcial, coparticipando con aquellos o en forma exclusiva, a tal fin podrá ser demandado por cualquiera de los legitimados por el art. 661”*, quedando establecido de manera expresa no solo el deber alimentario del tutor, sino también su subsidiaridad, habilitando a la vez la aplicación del CCyCN, en cuanto autoriza al tutor a demandar por alimentos a los parientes obligados previa autorización judicial, con lo cual recién cobraría vida dicho deber ante la ausencia de parientes en condiciones de brindar alimentos o cuando los recursos aportados por éstos sean insuficientes. Atento a que la privación de la responsabilidad parental no exime del deber alimentario a los progenitores, resultando lógico interpretar y determinar que dicha obligación a cargo del tutor sea subsidiaria. El mismo autor a la vez hace referencia al contenido de la obligación, el cual estaría determinado por la aplicación misma del art. 541 del CCyCN, brindando así a ese NNA la adecuada asistencia y protección que su condición de vulnerabilidad requiere para alcanzar un pleno y saludable desarrollo físico, psíquico y social, y hasta su mayoría de edad o emancipación o antes, si los padres reasumen jurídicamente su responsabilidad parental.

La no solución y omisión planteada por el CCyCN aparece así a todas luces injusta, en consideración de la finalidad perseguida, en cuanto a resguardar y proteger a aquel que resulta ser sujeto vulnerable y sobre el cual se procura su protección y desarrollo integral, confrontando y/o colisionando con normas de mayor jerarquía; desvirtuándose en consecuencia y en opinión

⁵⁹ Ibidem.

de Jauregui⁶⁰, el principio de solidaridad familiar, el cual ha tenido un rol preponderante en el nuevo CCyCN, más aún en materia alimentaria.

Nótese que ya en el año 1950 a través de la ley N°13944 sobre incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, al regular el delito por incumplimiento de los deberes familiares, contempla expresamente en su art. 2 la aplicación de la misma sanción que se regula para los progenitores, a *todo “tutor, guardador o curador, con respecto al menor de 18 años o de más si estuviese impedido, o al incapaz, que se hallare bajo su tutela o guarda o curatela”*, que se sustrajera de prestar los medios indispensables para la subsistencia, aún sin mediar sentencia civil.

° **Gratuidad de la tutela:** si bien ut supra realizamos una mera referencia a este punto, nos resta decir que en virtud de la mirada protectoria de la institución y la preferencia que debe otorgarse al respeto de los vínculos afectivos del niño, en virtud de su interés superior, resulta conveniente que se prevea expresamente como regla general la gratuidad de la tutela, en ese sentido el mismo Borda⁶¹ menciona que *“la onerosidad se compagina mal con la esencia misma de la institución”*.

Compartiendo los mismos fundamentos planteados en los puntos anteriores; si nos centramos en que la aplicación del instituto de la tutela, conforme los objetivos trasados por el presente trabajo, va a resultar de aplicación ante aquellos NNA que deben ser alejados de su grupo familiar de origen por situaciones de vulneración y que la misma es otorgada en forma judicial, estructurándose en la necesidad de una mirada de protección integral del niño y que dicha protección tienda, en la medida de lo posible, a ser dispensada en un entorno familiar o afectivo que redunde en su beneficio, resulta incongruente plantear que el ejercicio de esta función deba ser, en principio, remunerada; ni siquiera en aquellos supuestos en los que los bienes del tutelado alcancen para sufragar tal expendio.

Si bien quedan por fuera de toda regulación de la norma troncal de fondo, -como lo es el CCyCN-, se han fijado en perspectiva del paradigma de protección integral de derechos, reinante hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico, social, político y económico, variedad de programas destinados a brindar un sustento económico a favor de aquellos que asumen el cuidado de niños, niñas y adolescentes que deben ser protegidos de su grupo familiar de origen, y así evitar a la vez su institucionalización, los cuales resultan establecidos y regulados desde las políticas públicas destinadas a niñez y adolescencias.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Borda, Guillermo J. Derecho Civil: Familia, Primera Edición, P. 397, Editorial La Ley, Buenos Aires año 2018.

CAPITULO III.

Análisis de casos

A partir de diferentes fallos abordados en el curso de posgrado sobre las figuras de tutela y guarda, se buscó elaborar diferentes “casos” para que fueran evaluados por distintos profesionales del organismo de niñez, adolescencia y familia de Entre Ríos, a los fines de visualizar las diferentes respuestas y/o alternativas con las que se suele abordar una determinada situación, en razón de la interpretación que de toda la normativa disponible se realice, así como del trabajo y articulaciones diarias que se llevan a cabo junto a la defensoría local y los juzgado de familia.

Así, se presentaron tres (3) casos distintos, de los cuales se hará referencia el fallo considerado.

Caso 1: Se presenta una abuela materna, junto a sus dos nietos menores de edad, B.M.L.R y B.M.A.S, quienes se encuentran conviviendo con ella desde hace ocho años, en virtud de que el padre de los niños ha sido privado de la libertad con condena firme y su madre ha desaparecido de su vida desde que ambos eran muy pequeños, no teniendo noticia alguna de ella, más allá de todos los medios por los cuales procuro buscarla; sin que a la vez exista petición alguna por parte de los niños de poder tener contacto con ambos progenitores.

A la vez esta abuela, llamada Ester, menciona que ya en el año 2019 el juzgado de familia le había otorgado una guarda a su favor por el plazo de un año, pero que vencido dicho plazo, nadie la volvió a llamar, ni citarla para ningún encuentro, y que ahora busca tener un “papel” que diga que ella es la que está a cargo de los niños, ya que debe llevarlos al médico, inscribirlos en el colegio, firmes las autorizaciones de viajes recreativos que llevan a cabo en virtud de las actividades que realizan, así como incluirlos en su obra social y/o gestionar cualquier beneficio que haya en favor de los niños.

Preguntas disparadoras: ¿qué estrategias se llevarían a cabo en relación al presente caso? ¿aplicarían alguna de las figuras previstas en la ley 26061 en protección de esos niños? ¿qué información brindarían a esa abuela? ¿llevarían a cabo articulaciones con otros organismos?

Fallo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L; de fecha 06/09/2016. Partes: B. M., L. R. y otros s/ guarda. Publicado en La Ley. Cita: TR LALEY AR/JUR/70598/2016.

El presente caso, es evaluado por una profesional psicóloga, la Lic. Lucrecia Giarrosso, (quien posee una trayectoria de más de diez años en el organismo de niñez, habiendo transitado por diferentes áreas, como ser, servicios de protección de derechos con intervención directa de

las situaciones presentadas en territorio, área de salud mental del organismo, y subdirección de cuidados alternativos para las adolescencias, entre otras).

Dicha profesional trae como alternativa, que de presentarse la abuela en un servicio de protección del organismo, llevaría a cabo la elaboración de un acta acuerdo en la cual se deje constancia de que actualmente ella es la responsable de sus nietos, a la vez que procedería a la adopción de una MPE, atento encontrarse vencida la guarda que oportunamente fuera otorgada por el juzgado, y así llevar a cabo las articulaciones con la defensoría local, mediante la cual se inste (encontrándose en vigencia una MPE) a la aplicación de otra figura legal que resulte de mayor seguridad y estabilidad en la vida de los niños.

Dicha profesional menciona la necesidad de dar un marco legal provisorio y de respuesta rápida a la situación, hasta tanto el juzgado interviniente opte por otorgar la figura de la tutela, considerando a la vez las peticiones y/o requerimientos llevados a cabo por las defensorías y juzgados de la provincia, donde en la mayoría de las jurisdicciones solicitan el transito previo por una MPE, atento a que conforme interpretan los mismos, el otorgamiento de una guarda en los términos del art. 657 obliga a transitar una MPE.

Así, ante una situación que ya ha transitado una guarda y la misma ha resultado vencida, pasado un plazo prolongado sin que se haya renovado, se suele solicitar desde los juzgados la adopción nuevamente de una MPE, para al vencimiento de los plazos de esta, otorgar la guarda; y que a la vez en el marco de la guarda se requiere del seguimiento de la situación por parte del equipo de territorio que interviene del organismo de protección en base a una MPI, para así luego instar en plazo la renovación del pedido de guarda por un año más y luego así, si pensar en la figura de la tutela.

Caso 2: Se presentan Santiago, hermano unilateral por parte de padre de A.D.M (adolescente), junto a la madre de aquel – Sra. B.V.B, atento a que la adolescente viviría junto a ellos desde hace varios años. A la vez contaría la Sra. B.V.B con una delegación de la responsabilidad parental otorgada por parte de los progenitores de la adolescente, que se había llevado a cabo cuando era una niña, encontrándose ampliamente vencida.

En la actualidad, los progenitores de A.D.M continúan estando privados de su libertad, cumpliendo condena firme, conforme la detención llevada a cabo cuando decidieron delegarle los cuidados de su hija a B.V.B.

La adolescente concurre junto a su hermano Santiago y la Sra. B.V.B, ante lo cual se la puede apreciar contenida por parte de los adultos e identifica a la progenitora de su hermano,

como su mamá; mencionando los adultos presentes que la adolescente a la vez no contaría con otros referentes que puedan asumir su cuidado y que ellos quieren seguir cuidándola y acompañándola, pero no cuentan con figura legal alguna que resguarde y dé marco a su relación.

Preguntas disparadoras: ¿qué estrategias se llevarían a cabo en relación al presente caso? ¿aplicarían alguna de las figuras previstas en la ley 26061 y/o del código de fondo en protección de la adolescente?, ¿la figura legal surgida como posible, la aplicarían a cargo de ambos adultos?, ¿llevarían a cabo articulaciones con otros organismos?

Fallo: Juzgado de Familia de 2da Nominación de Córdoba; de fecha 17/11/2020. Partes: B., A. V. s/ Tutela. Cita: TR LALEY AR/JUR/61619/2020

El mismo resultado examinado por dos profesionales de psicología del organismo de protección, la Lic. Estefanía Wassinger y la Lic. Mariana Zabala (ambas con una trayectoria de aproximadamente cinco años en el organismo de protección, habiendo transitado por la guardia de atención permanente -línea 102-, por servicio de protección de derechos, y por las subdirecciones de cuidados alternativos para las infancias y adolescencias -residencias socioeducativas-).

En relación al caso presentado coinciden en que se debería dar lugar a la aplicación del art. 104 del CCyCN, esto es otorgar la figura de la tutela, atendiendo en primer lugar a la existencia previa del otorgamiento de una guarda delegativa, haciendo hincapié que dista la posición de las defensorías intervinientes y juzgados de las mayorías de las jurisdicciones, cuando dicha figura no se hace presente, no obstante tratarse de NNA cuyos padres han fallecidos o se encuentran privados de la libertad por condena firme, como en el presente caso; coincidiendo en este punto en cuanto a lo referenciado por la profesional del Caso 1.

Ambas manifiestan la necesidad de que la figura de la tutela sea otorgada en favor de ambos adultos, y las articulaciones que llevarían a cabo sería junto a la defensoría local, a los fines que desde dicho ámbito se inste al otorgamiento de una tutela por parte del juzgado de familia competente; desconociendo en absoluto antecedentes de que dicha figura pueda proceder a aplicarse de oficio por parte del juzgado.

A la vez mencionan que, a diario, cuando se encontraban trabajando en el servicio de protección, recibían situaciones como el expuesto en el Caso 2, coincidiendo ser de personas con bajos recursos económicos a los fines de costear una asesoramiento legal privado, y que resultaba dificultosa las articulaciones a llevar a cabo junto a las defensorías a los fines de tramitar la figura que más resultaba adecuada a la situación, atento a solicitar que previo se “regularice” por parte del organismo la situación de “hecho” mediante la adopción de MPE,

para luego del control de legalidad, empezar a diseñar y desandar el camino hacia la aplicación de una figura más estable.

Caso 3: Se presentan los Sres. L. C. P. y M. J. L. a los fines de manifestar que, junto a ellos y sus hijos de 6 y 2 años, se encuentra viviendo la niña S. P. L., de 7 años de edad, hija de la A. E. L., quien falleció el pasado 02/08/2023, sin filiación paterna. Expresan que desde hace tres años conocían a la Sra. A. E. L. y a su hija S. P. L., por ser vecinos del barrio y la niña compañera de colegio de su hijo.

Explican, que la relación de amistad se fue haciendo cada vez más estrecha y el vínculo muy cercano, compartiendo sus vidas durante las semanas, algunos fines de semana, hasta llegar a compartir fiestas de fin de año, cumpleaños y festejos familiares.

Que A. E. L., les comento que no tenía familia, solo un hermano, L., S. E. al que no nombraba mucho y con quien no mantenía relación. En el mes de enero del año en curso A. E. L. comenzó con problemas de salud, y la misma no se hacía atender. Los problemas de salud se fueron agravando con el correr de los meses, siendo operada de un tumor de médula ósea, lo cual le produjo, antes y después de la cirugía, serios problemas físicos que la invalidaban; luego de eso se le produjo una peritonitis que derivó en varios días de internación en terapia intensiva y en su posterior fallecimiento.

Desde que la madre de la niña se enfermó se hicieron cargo de todos los cuidados de esta, quien se encontraba sola; la niña comenzó a quedarse en su casa todas las tardes, luego de lunes a viernes todo el día, incluso a dormir, hasta que en el mes de agosto empezó a convivir con ellos, de manera continua y permanente.

Hoy en día se encuentra integrada a la familia, se forjó un vínculo afectivo muy fuerte; que la niña goza de un buen estado de salud, se encuentra cursando sus estudios primarios, en primer grado y presenta muy buen desempeño escolar, y se ocupan de todo lo relacionado con su formación, realizando las actividades curriculares y extracurriculares.

Por otro lado, se presentan acompañados del hermano de la Sra. A.E.L, el Sr. S.E.L, quien manifiesta que con su hermana hacía mucho tiempo no sostenía un vínculo y el contacto con su sobrina era nulo, que se enteró de la enfermedad de su hermana ya en su último tramo en donde empieza a tener contacto con la familia que se presentaba, que ellos le iban informando de todo lo acontecido, lo cual agradece. Manifiesta que se encuentra recientemente separado, en tratativas de acuerdo sobre régimen comunicacional en relación a sus hijos, que no se encuentra emocionalmente estable como para hacerse cargo de los cuidados de su sobrina, no

obstante, si poder mantener un vínculo con ella, agregando que ve a la niña feliz con la familia con la que se encuentra.

Preguntas disparadoras: ¿qué estrategias se llevarían a cabo en relación al presente caso?, ¿aplicarían alguna de las figuras previstas en la ley 26061 y/o del código de fondo en protección de la niña?, ¿la figura legal surgida como posible, la aplicarían a cargo de ambos adultos referentes o del tío referente familiar?, ¿llevarían a cabo articulaciones con otros organismos?

Fallo: Juzgado de Familia de 5ta Nominación de Córdoba; de fecha 14/09/2021. Partes: L., S. P. y otros s/ Tutela. Publicado en La Ley. Cita: TR LALEY AR/JUR/152389/2021.

El presente caso fue analizado por tres profesionales, una trabajadora social, la Lic. Cecilia Olmedo (quien presenta una antigüedad de aproximadamente diecisiete años en el organismo de protección, habiendo transitado numerosas áreas, entre ellas ser equipo técnico de servicios de protección de derechos y actual directora del área de infancias a nivel provincial, la cual da lugar a la aprobación de las medidas de protección excepcional que de toda la provincia se solicitan en relación a niños y niñas), la cual ante la lectura del caso que se le presenta, manifiesta en primer término, la necesidad de llevar a cabo la adopción de una MPE a favor de los referentes comunitarios, por un plazo acotado de 45 a 60 días, no concibiendo la posibilidad de optar por otra figura de las contenidas en el CCyCN, no obstante hacer referencia a la dificultad que se les presenta a diario cuando la misma situación se da con referentes familiares y las defensorías y juzgados intervinientes no consideran la aplicación de otra figura legal sin antes transitar una MPE. Expresa que, en todos los casos en los cuales previamente se transitó una MPE, para luego otorgar una guarda, los juzgados solicitan el seguimiento por parte de los equipos técnicos del organismo, quienes continúan la intervención en el marco de las MPI.

Dicha profesional analiza que no obstante la MPE con los referentes comunitarios que se presentan, el plan de acción que se trazaría tendría como propósito trabajar fuertemente con el tío de la niña, a los fines de que la MPE se prorrogue junto al mismo, agotando así sus plazos de ciento ochenta días, y luego dar lugar al paso de alguna de las figuras reguladas en el CCyCN, guarda o tutela junto a su tío, sin dejar de mencionar el arbitrar todos los medios que resulten pertinentes y adecuados para llegar a tomar conocimiento de quien podría ser el progenitor de la niña y así instar el reconocimiento por parte de este, y que asuma su responsabilidad parental.

Por otro lado, el caso es examinado por una profesional en psicología, la Lic. Yamila Mattiassi, junto a la asesora legal, Ab. Nadia Frutos (quienes forman parte, desde hace dos años

del equipo técnico de la dirección de adolescencias, dirección que aprueba todas aquellas MPE que son solicitadas por los equipos territoriales de toda la provincia en favor de adolescentes de entre 13 a 18 años de edad), quienes evalúan la posibilidad de llevar a cabo una articulación junto a la defensoría local a los fines de que se inste en el otorgamiento de una guarda junto a los referentes comunitarios, que permita en el transitar de dicha figura ir acompañando la situación por los equipos técnicos del organismo de protección desde el marco de una MPI, si bien reconocen no estar contemplada la guarda del art. 657 a favor de referentes comunitarios, pero que debería proceder antes de optar por la opción de una MPE, atento a contemplar la figura del art. 657 plazos más extensivos, para luego en ese marco evaluar el otorgamiento de una tutela; a la vez que mencionan la necesidad de dar lugar a un trabajo exhaustivo junto al tío de la niña para fortalecer el vínculo, como así también indagar acerca de otros posibles referentes familiares, que puedan asumir los cuidados de la misma, y así pensar en una figura legal de mayor estabilidad en favor de estos por ante los referentes comunitarios.

CONCLUSIÓN.

El campo normativo con el cual contamos a los fines de brindar protección a aquellos NNA que deben ser separados temporalmente de sus progenitores, ante situaciones de vulneraciones de derechos que afectan su integridad psicofísica y ponen en jaque su interés superior, resulta ser amplio y ambiguo en cuanto al encuadre legal a otorgar siempre que cuente con referentes familiares y/o comunitarios. De ello deriva la falta de claridad en los procesos a transitar y en consecuencia la ausencia de respuestas rápidas y eficaces.

La doctrina de CIDH ha pronunciado *“los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”*⁶².

Un NNA separado de sus padres, considerado verdadero sujeto de derechos dentro de un sistema de protección integral, supone no solo un ordenamiento jurídico respetuoso, sino también organismos, profesionales y familias que actúan a los efectos de evitar la “vulneración primordial”, esto es tener al NNA en lugar de objeto, faltante de respuestas ante su situación y con un amplio caudal de incertidumbres. Este debería constituirse en el eje fundamental al momento de analizar las situaciones de NNA que se encuentran excepcionalmente separados de su ámbito familiar de origen.

En la exploración de toda la información con la cual hemos podido contar, así como de la lectura de diferentes fallos judiciales, nos hemos encontrado con la presencia de situaciones similares en relación a un NNA, cuyo transitar a resultado disímil en coordinación al abordaje llevado a cabo y a la normativa aplicada; en donde sus vidas adoptan caminos diferentes en relación a la respuesta otorgada frente a su situación, así como la rapidez en la misma, lo cual nos ha llevado a preguntarnos de manera constante, ¿Cuál ha sido la voluntad del legislador, ante la creación de la ley N° 26061, la cual adhiere a la CDN, y el sistema de cuidado regulado por el CCyCN?, ¿hay en ellos un determinado orden de prelación en cuanto a las figuras a adoptar, en el planteo de considerar al ordenamiento jurídico como un todo y ante la interpretación armónica a darse entre las diferentes leyes que lo conforman?

⁶² <https://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/cidhForneron.html>.

En este orden de ideas, hemos encontrado opiniones doctrinarias en base a comentarios a fallos judiciales o comentarios al articulado del mismo CCyCN, de donde se deduce que la lógica aplicable sería, el contar con la presencia de una MPE, para luego y agotado sus plazos adentrarnos en la figura de la guarda del art. 657, y en última instancia arribar a la figura de la tutela dativa; donde el NNA que cuenta con referentes familiares y/o comunitarios tendría un claro panorama de los diferentes procesos y plazos a transitar, en el caso de no lograrse durante su recorrer la restitución de sus derechos y su reintegro a su grupo familiar de origen. En este sentido hay quienes mencionan que, *“la guarda se incorporó al Cód. Civ. y Com. ante la situación de NNyA en condiciones de vulnerabilidad que una vez finalizados los plazos de las medidas excepciones tropezaban con un vacío legislativo*⁶³.

Sosteniendo Marisa Herrera⁶⁴ que la regulación de la guarda del art. 657 se fundamenta en la creación de figuras intermedias, cuya inexistencia conllevaba más de un problema a los operadores jurídicos, ante aquellas situaciones en que debe intervenir el sistema de protección de derechos de NNA, que en la lógica del CC carecía de respuesta; en base al ámbito de actuación específico del sistema de tipo mixto, dada la actuación administrativo/judicial diseñada por la ley N° 26.061, su decreto reglamentario y las diferentes leyes provinciales en la materia, donde ante la aplicación de las normas que prevé dicho sistema, los operadores se encontraban con serios vacíos legislativos ante el vencimiento de los plazos de tipo perentorios impuestos en la normativa específica; así, se debía recurrir a forzar otras figuras legales a los fines de brindar respuestas jurídica a situaciones fácticas que quedaban fuera de las pocas alternativas legales que brindaba el CC; donde aparece la figura del art 657, presentándose no obstante con claro recorte frente a las alternativas que brinda el sistema de protección, atento a que este último incluye a los referentes afectivos.

Así es que, en el mismo afán de ideas, encontramos resoluciones judiciales⁶⁵ que han fijado una guarda provisoria a favor de una abuela, con la cual la adolescente se encontraba conviviendo hacía ya más de tres años, en el fundamento de que el organismo de protección debía adoptar previamente medidas de protección, bajo la “premisa de evitar al máximo la litigiosidad”; y en este punto nos preguntamos, ¿cuál sería la razón de ser de aquella MPE?, cuya naturaleza radicaría en principio en ser adoptada por el más breve plazo posible a los fines

⁶³ Iturburu, Mercedes y Jáuregui, Rodolfo G. *¿Procede declarar la inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 657?*, Publicado en Revista de Derechos de las Familias y las Personas, Fecha: 05/10/2021, Cita: TR LALEY AR/DOC/2423/2021.

⁶⁴ Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, y Sebastián Picasso. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Tomo II pág. 507.

⁶⁵ Juzgado de Paz de las Flores, Fecha: 21/01/2021, “D.R.S/Protección contra la violencia familiar- Ley 12569” Expte.7771-2020, CITA: MJ-JU-M-131381-AR|MJJ131381.

de que el NNA regrese junto a sus progenitores, donde el transcurso del tiempo denotaba ya el agotamiento de los plazos mismos ante el hipotético caso de su aplicación; a la vez que preguntarnos, ¿a qué costo se busca evitar o zanjar tal litigiosidad?, ya que ante la adopción de una MPE se requiere de un control judicial, arribando por medio de un camino u otro al mismo resultado, la presencia de un control judicial, con actuación activa no solo del magistrado y sus equipos técnicos, sino así también del Ministerio Público, sin que ello implique un retroceso al sistema de la situación irregular y/o tutelar; por el contrario nos lleva a reflexionar si tales prácticas no conllevan, bajo la apariencia de un reconocimiento jurídico de los derechos del infante, criterios propios de la doctrina de la situación irregular.

Ahora bien, en virtud de tales opiniones, se desvirtuaría la temporalidad y excepcionalidad misma que se persigue, extendiendo ampliamente los plazos por los cuales un NNA debe transitar por fuera de su grupo familiar a fin de obtener una respuesta definitiva, esto es el reintegro al mismo o que su situación sea enmarcada en una figura con mayor amplitud que brinde, en consecuencia, una mayor seguridad y estabilidad jurídica. En dicho supuesto, aquel NNA, deberá transitar y conforme los plazos que marque cada normativa provincial por una MPE, que una vez agotada y en consideración de las evaluaciones que surgen en el ámbito judicial – en razón del control de legalidad- pasará a dictaminarse una guarda del art.657 implicando nuevamente una extensión de dichos plazos por uno o dos años más, de resultar prorrogable, para que finalizado ello y de existir un análisis exhaustivo de la situación que derive en la privación de la responsabilidad parental, se proceda a poder enmarcarla en la figura de una tutela; habiendo transitado en el mejor de los casos por tres o cuatro años, sumado que el trabajo que muchas veces se lleva a cabo con los progenitores en un periodo mayormente más corto, da lugar a valoraciones profesionales contundentes que marcan si el NNA puede o no regresar a ese grupo familiar. Nótese en este punto a la vez, que los plazos del camino así trasados devienen en ser contrarios a lo normado por el art. 607 inc. c.

Que, de todo lo desarrollado surge a nuestro ver, la presencia de dos grandes normas a aplicar frente a la situación de ese NNA, por un lado, las MPE reguladas por la ley N° 26061 y a la cual las provincias han tenido una adhesión casi uniforme, y por otro lado las nuevas figuras traídas por el CCyCN, como lo es la guarda del art. 657, las cuales comparten la misma finalidad en cuanto a su aplicación. Donde tal dualidad se hace presente en relación al tiempo en que cada una de ellas fueron sancionadas, la ley N° 26061 en el año 2005, donde por un lado y con anterioridad a su vigencia ya se había dado la existencia simultanea del sistema de patronato de estado y la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la CDN; y por otro lado y ante su

vigencia la coexistencia de dicha ley junto a las figuras presentadas por el CC, que contenían resabios propios de la doctrina de la situación irregular. Sumado a todo ello a la falta de una mirada integral y unificadora, que impida tratamientos disímiles de situaciones similares, en relación a la vida misma de aquellos que resultan ser los más vulnerables dentro de un sistema político, jurídico, económico, social y familiar, como lo son los NNA.

En ese contexto, planteamos la imperiosa necesidad de pensar en una reforma integral, en cuyo análisis deban ingresar la ley de protección integral N° 26061 en lo que respecta a su figura de MPE junto a referentes familiares y/o comunitarios, y la figura del CCyCN en lo relativo a la guarda del art.657; a modo de fijar un criterio unificado a nivel nacional, garante de los derechos de los NNA, y en concordancia con la normativa supra legal, entendiendo al sistema de protección integral de derechos como un todo, abarcativo de los diversos cuerpos normativos.

Así, poder determinar que ante la situación de un NNA cuyos derechos resultan ser vulnerados y que en procura a su interés superior debe ser separados de sus progenitores, el recorrido resultaría ser la regulación del otorgamiento de una guarda junto a referente familiar y/o comunitario, conforme las evaluaciones profesionales operadas por los equipos técnicos del organismo administrativo en el marco de las MPI, quienes a la vez tendrán el pulso del diseño de aquellos planes de acción que permitan dar lugar al trabajo junto a los progenitores en el marco del otorgamiento de las herramientas que les permitan contar con las condiciones necesarias para el reintegro del NNA a su hogar en el más breve plazo posible; atendiendo a los plazos fijados por la propia normativa actualmente. Quedando resguardas la figura de la MPE para aquellos NNA que al momento de la evaluación de su situación no cuenten con referentes familiares y/o comunitarios que permitan dar lugar a su cuidado, y deban ser alojados en dispositivos de cuidado residencial y/o en programas de acogimiento familiar que el mismo organismo administrativo diseñe, conllevando no obstante un estricto control judicial en cuanto a su legalidad, donde a la vez se brinde el destino de equipos y funcionarios especializados en la aprobación administrativa, aplicación y seguimiento de tales MPE, debiendo unificar sus plazos máximos a los determinados ante el otorgamiento de una guarda. De este modo, garantizar un mismo tratamiento unificado, no solo en los criterios de interpretación en razón de la norma a aplicar, sino así también del otorgamiento de sus plazos, destacando la responsabilidad de todos los operadores del derecho y del sistema de protección, quienes deben facilitar en todo lo posible los procesos judiciales y/o administrativos que deben llevar a cabo quienes están al cuidado de los NNA.

Concluyendo que, en el primero de los supuestos planteados, de agotarse los plazos previstos, el mismo tribunal de oficio, -cuya modificación se plantea en relación al art. 107- pueda dar inicio al trámite de la tutela, a fin de brindar la estabilidad y seguridad jurídica que ese NNA requiere para su desarrollo personal; agregando al instituto de la tutela las modificaciones que se planteaban en el cuerpo general del presente trabajo- Capítulo II Punto 3.a.1-; imperio resaltar que aquellos supuestos en donde el NNA aparezca per se sin quien ejerza la responsabilidad parental, como sería ante los supuestos de extinción de la responsabilidad parental, el otorgamiento de tal figura primaria, sin que resulte aplicable previamente la figura de la guarda, no obstante existir criterios disímiles en los tribunales a la hora de resolver dichas situaciones, sobre todo cuando quienes se presentan con la idoneidad suficiente para ser sus tutores, resultan ser referentes comunitarios afectivos/significativos; requiriendo en dichos contextos el magistrado interviniente la evaluación por parte del organismo administrativo de protección de la aplicación previa de una medida de protección, como lo mencionábamos ut supra. Debiendo otorgarle a esta figura la importancia y el valor que posee como instrumento que habilita el real y concreto derecho constitucional a la vida familiar.

Ello en el marco de pensar la garantía de la eficacia del debido proceso en relación a ese NNA, en base al sistema de protección de derechos del cual forman parte todos los organismos del Estado, que supone un ordenamiento jurídico ordenado, respetuoso y garante de derechos.

Sin perjuicio de lo planteado en el presente trabajo, y en razón de que volcarnos a su tratamiento excedería ampliamente los límites del presente, nos queda la inquietud de pensar en la situación de aquellos NNA que deben transitar en el marco de una MPE por dispositivos de cuidados alternativos institucionales (trátase de Residencias Socioeducativas, familias acogedores, familias de abrigo, etc.), y que pese al trabajo que se lleva a cabo junto a ellos y sus progenitores, así como a sus referentes familiares y/o comunitarios, no resulta posible concretar su egreso del espacio institucional y su retorno a un ambiente sociofamiliar.

En la mayoría de las situaciones presentadas, los plazos de la MPE se encuentran ampliamente agotados, ahora ¿Qué solución nos trae el CCyCN?, en este contexto nos encontraríamos con el art 607 inc. c, donde si bien hace referencia a la adopción de MPE con la familia ampliada, se aplicaría a los NNA mencionados en el párrafo anterior, manda al organismo administrativo a dictaminar sobre la situación de adoptabilidad.

A la vez, el art. 617 nos marca, dentro de la regla del procedimiento de adopción, la presencia del consentimiento expreso del niño mayor a diez años a los fines de ser adoptado.

¿Dicha solución resultaría suficiente?, ¿Qué sucede con aquel NNA mayor a diez años que manifiesta expresamente su deseo de no ser incluido en una familia alternativa por medio de la adopción?, ¿Cuál es su marco legal dentro del dispositivo institucional? Resulta ser cada día más alarmante la cantidad de NNA que se encuentran institucionalizados en nuestro país, esperando por largos periodos de tiempo una respuesta concreta del sistema jurídico/administrativo en su integridad en relación a su situación; así como la ausencia de respuestas por parte del sistema de adopción en relación a aquellos NNA mayores a diez años que expresaron su consentimiento expreso en ser incluidos en una familia adoptiva.

De acuerdo al último informe publicado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia -SENAF-, hay aproximadamente 9400 NNA alojados en centros formales de cuidado. Registrándose, en base a las 24 provincias, que más del 83% de los NNA institucionalizados han tenido un plazo de permanencia mayor a 180 días en las instituciones, y tan solo menos del 5% logró una permanencia menor de 90 días. De ese total de NNA alojados, solo el 37% aproximadamente tiene entre seis y 12 años, mientras que el 32% aproximadamente está compuesto por adolescentes entre 13 y 17 años. A la vez que en la mayoría de los Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos se refleja que llega a menos de un 1% aquellos solicitantes que buscan adoptar a adolescentes mayores de 13 años.

El CCyCN no brinda respuesta alguna a aquellos adolescentes y/o niños mayores a 10 años, cuyos plazos de las MPE se han agotado completamente, no cuentan con referentes familiares y/o comunitarios y no desean ser adoptados, no contando con figura jurídica alguna que regule expresamente su situación.

Por otro lado, cabe mencionar brevemente, la dificultad con la que se tropieza de que las situaciones de esos NNA (personas en pleno desarrollo, que atraviesan situaciones gravísimas de vulneración en sus derechos), sean abarcadas por los juzgados de familia, los cuales no solo tienen competencia en cuestiones de adopción, sino que abordan variadas problemáticas, entre ellas están el divorcio, alimentos, protección contra la violencia familiar, etc. En virtud de tal amplitud hace que se produzca un desborde generalizado a la hora de resolver casos específicos tan especiales, como lo son la figura a aplicar ante cada situación de aquellos NNA, la relación estrecha con el organismo de protección, a los fines de un trabajo articulado, minucioso y garante de derechos, así como las revinculaciones familiares en tales situaciones y el tratamiento de la adopción; provocando todo ello que el proceso se prolongue.

Lo cual nos interpela en la necesidad de pensar en conformación de juzgado especializados en la materia, con equipos técnicos investidos de la especificidad de la niñez y

en un trabajo estrecho con el organismo administrativo de protección, sin que ello implique un retroceso al viejo sistema de patronato de estado, el cual si se ve reflejado en la actualidad práctica al requerir mediante oficios e intimaciones al organismo local interviniente la adopción de medidas en los casos en que ello no procede y al otorgamiento de respuestas de situaciones por fuera de la normativa específica, amparados simplemente en un desconocimiento de todo aquello que la materia misma requiere.

La realidad nos muestra que nos encontramos en ciertos casos con un vacío legal, siendo motivo de mayor desprotección y vulneración de aquellos NNA a las cuales el sistema no les ha otorgado respuesta alguna, entendiendo que la trascendencia del espíritu del legislador por proteger determinados intereses sensibles al derecho, ha descuidado la tutela integral de situaciones ancladas en el silencio normativo y lagunas jurisprudenciales, que resultan ser de importancia en cuanto a su planteo y tratamiento.

BIBLIOGRAFIA.

1- Doctrina.

- Alberdi, Juan Bautista. “Bases y Puntos de Partidas para la Organización Política de la República Argentina”. Biblioteca del Congreso de la Nación, año 2017.
- Beloff, Mari. “De los delitos y de la infancia”. En Revista Nueva Sociedad N°129, enero-febrero 1994.
- Bueres, Alberto J. “Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado”. Editorial Hammurabi S.R.L, noviembre del año 2014.
- Costa, Héctor Luis Costa. “Acción de Tutela su reglamentación en el Código Civil y Comercial Argentino”. Recuperado de <https://hectorluiscosta.com/accion-de-tutela-su-reglamentacion-en-el-codigo-civil-y-comercial-argentino>, 29/10/2018.
- Ferrari, Lucia. “El Acogimiento Familiar en el Sistema Argentino de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. Recuperado en, <https://www.pensamientocivil.com.ar>, año 2018.
- Galli Fiant, Magdalena. “Vigencia de la tutela como figura de protección”. La Ley Litoral, año 2017.
- García Méndez, Emilio. “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. Editorial Temis –Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá– Buenos Aires, año 1998.
- González, Oviedo Mauricio; Vargas, Ulate Elieth “Derechos de la Niñez y la Adolescencia Antología”. Conamaj, Escuela Judicial, UNICEF, Costa Rica año 2001.
- Graham, Marisa; Herrera Marisa. “Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea”. Primera Edición, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, año 2014.
- Herrera, Marisa. “Manual de Derecho de las Familias”. Edición 2019, 2da Edición. Actualizada y ampliada. Editorial Abeledo Perrot.
- Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. Tomo II, Buenos Aires, año 2015.
- Iturburu, Mercedes; Jáuregui, Rodolfo G. “¿Procede declarar la inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 657?”. Revista del Derecho de las Familias y las Personas, octubre del año 2021.
- Jáuregui, Rodolfo G. Jáuregui; Gastiazoro Fernando A. “Los deberes alimentarios del tutor y del curador: una omisión del nuevo Código Civil y Comercial contraria a la CDN y a la ley

13.944”. XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de La Plata, año 2017.

- Méndez, Nancy; Lic. en Trabajo Social UBA. “Infancias y adolescencias. La ley de patronato de menores y la criminalización de las infancias”. Publicado en La Izquierda Diario el 19/11/2020.

- Navarro Floria, Juan G. “Padrinos y Ahijados: Relevancia Jurídica del Parentesco Espiritual”. Revista del Derecho de las Familias y las Personas N° 2, abril del 2020.

- Olaza Pallero, Sandro. “La Ley Agote y la protección de la minoridad. El menor abandonado y delincuente desde la mirada de la élite académica y política argentina en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX”. Recuperado en, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/distincion>.

- Olmo, Juan Pablo; Iurman, Liliana I. “Designación de tutor: aspectos procedimentales”. Encontrado en Pensamiento Civil, año 2015.

- Pagano, Luz María. “Régimen Jurídico de la Tutela”; publicado en Revista Código Civil y Comercial- 17/09/2015, 53. Cita Online AR/DOC/2999/2015.

- Quiñoa, Pilar. “Reflexiones sobre la regulación de la tutela en el Código Civil y Comercial” Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés N° 14, Artículo agosto- diciembre del año 2022.

- Rivera, Julio Cesa; Medina, Graciela. “Código Civil y Comercial Comentado”. Tomo II. 1ra. Edición, primera reimpresión, editorial La Ley. Buenos Aires año 2015.

- Semovilla, Claudia Gabriela. “Distinción entre menores abandonados y menores delincuentes en la ley 10.903”. Recuperado en, <http://www.derecho.uba.ar/investigación/distinción>.

- Villagra, Carlos. “Derechos de la Infancia y la Adolescencia: hacia un Sistema Legal”. Universitat de Barcelona, año 2015.

- Volpe, Gabriela. “Tutela y guarda en el ordenamiento jurídico argentino”. Publicado en Base Central, 12/05/2022.

- Yuba, Gabriela. “Los cambios de paradigmas en el nuevo Código Civil y Comercial Influencia en el Derecho de Familia”. Recuperado en <https://www.pensamientocivil.com.ar>.

2- Legislación.

a) Nacional

- Ley N° 340, Código Civil de la Nación. B.O. 25/09/1869

- Ley N° 10903, Patronato de Estado. B. O.: 27/10/1919

- Ley N° 13944, Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar. B.O 03/11/1950
- Ley N° 26.061 – de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. B.O. 21/10/2005
- Ley N° 26.994, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. B.O. 08/10/2014

b) Provincial.

- Ley N° 9396 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Prov. de Córdoba. B.O 15/08/2007.
- Ley N° 5773 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Prov. de Corrientes. B.O 15/06/2007.
- Ley N° 7162 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Prov. de Chaco. B.O: 08/02/2013.
- Ley N° 9861 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Prov. de Entre Ríos. B.O: 10/09/2008
- Ley N° 5292 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Prov. de Catamarca. B.O: 08/12/2009.
- Ley N° 2703 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Prov. de La Pampa. B.O: 15/02/2013
- Ley II 16 (ex 3820) de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Prov. de Misiones. B.O: 27/03/2002
- Ley N° 4109 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Prov. de Río Negro. B.O: 17/08/2006
- Ley N° 7338 de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes de la Prov. de San Juan. B.O: 29/10/2003.
- Ley IV 0871 Sistema de familia solidaria como una herramienta de protección integral de niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y adultos, de la Prov. de San Luis. B.O: 04/12/2013.
- Ley N° 12967 de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes de la Prov. Santa Fe. B.O: 22/04/2009
- Ley N° 3062 de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes de la Prov. Santa Cruz. B.O: 22/04/2009

c) Internacional

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 1989.

3-Jurisprudencia.

- Juzgado de Familia de 5ta Nominación, Córdoba, fecha: 14/09/2021. Partes: “L.S.P y otros/tutela”. CITA: TR LALEY AR/JUR/152389/2021.
- Juzgado de Familia N°3 de Mar del Plata, Ciudad de Mar del Plata, fecha 07/04/2016. Partes: "B. N. P. s/ abrigo" Expte. MP40667/2014.
- Juzgado de Familia N° 1 de Tigre, fecha 14/05/2021. Partes: “A. T. G. M. s/ guarda de personas”, publicado en Revista Código Civil y Comercial en octubre del año 2021.
- Juzgado de Menores N° 1 de Corrientes, fecha: 21/09/2018. Partes: “T.R.A y G.G s/victimias”. Cita: TR LALEY AR/JUR/89891/2018.
- Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, fecha: 18/05/2021. Partes: “J.S. s/Guarda”. Cita: MJ-JU-M-132340-AR/ MJJ132340.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, fecha: 29/12/2015. Partes: “T., J.A. c. F., C s/homologación de acuerdo”. Cita: TR LALEY AR/JUR/71245/2015.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, fecha: 10/08/2021. Partes: “M.B.N s/guarda con fines de adopción”. Cita: TR LALEY AR/JUR/126122/2021.
- Juzgado de Paz de las Flores, fecha: 21/01/2021. Partes: “D.R.S/Protección contra la violencia familiar- Ley 12569” Expte.7771-2020. CITA: MJ-JU-M-131381-AR|MJJ131381.
- Juzgado de Control, Niñez, Juventud y Penal Juvenil y Faltas, Ciudad de Ríos Segundo de Córdoba, en fecha 10/12/2020. Autos “S. T. A. - Control de legalidad de medida excepcional”. Publicado en Boletín Judicial, Poder Judicial de Córdoba.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, de fecha 19/11/2021. Partes “S., M.Y. y otro S/Guarda”. Cita: TR LALEY AR/JUR/182966/2021.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, de fecha 06/09/2016. Partes “B.M.L.R y otros s/Guarda”. Cita: TR LALEY AR/JUR/70598/2016.
- Juzgado de Familia de 2da Nominación de Córdoba, fecha: 17/11/2020. Cita: TR LALEY AR/JUR/61619/2020.
- Juzgado de Familia de 4ta. Nominación de Córdoba, fecha: 01/11/2019. Partes: “F.F., A.H y otro S/Tutela”. Cita: TR LALEY AR/JUR/47902/2019.
- Juzgado de Familia N°7 de Bariloche, fecha: 10/08/2017. Partes: “S., L.B. y otro S/Tutela”. Cita: TR LALEY AR/JUR/65388/2017.