

Reflexiones sobre la regulación de la tutela en el Código Civil y Comercial

Comments on the regulation of legal guardianship in the Civil and Commercial Code

*Pilar Quiñoa**

Resumen

Las modificaciones introducidas al instituto de la tutela a partir de la sanción del Código Civil y Comercial han resultado positivas, pues concuerdan mejor con la realidad social y familiar que experimentan los niños que son protegidos a través de esta figura. Sin embargo, pueden incorporarse algunas cuestiones que facilitarían el desarrollo de la relación entre el niño, niña y adolescente y su/s tutor/es cuando exista un vínculo de parentesco o afectivo previo. Además, coadyuvarían a potenciar y fortalecer las relaciones con su entorno. En el presente trabajo se analizará la posibilidad de incorporar al Código Civil y Comercial la apreciación de la integración del menor en la vida familiar del tutor, la obligación alimentaria subsidiaria del tutor y la regla general de gratuidad de la tutela en los casos que exista relación de parentesco o afectiva entre el niño, niña o adolescente y su/s tutor/es.

Palabras clave: tutela – persona menor de edad – protección del niño – parentesco – referente afectivo

Abstract

The changes introduced in the regulation of legal guardianship through the enactment of the Argentine Civil and Commercial Code are positive, since they conform to the social and family reality experienced by children who are protected by this legal framework. However, it is possible to regulate some other aspects that

* Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Coordinadora Ejecutiva de la Diplomatura en Persona Humana y Relaciones Familiares de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Abogada y Diplomada en Derecho Privado por la Universidad Austral. Magíster en Derecho por la University of Illinois. Doctoranda en Derecho de la Universidad de Zaragoza.

would contribute to strengthen the relationship between the child and his or her guardian(s), as well as to enhance the relationship with his or her environment. This paper will analyse the feasibility of incorporating to the Civil and Commercial Code the need to integrate the minor into the family life of the guardian, the subsidiary maintenance obligation of the guardian and the general rule of unpaid guardianship in cases where there is a kinship or affective relationship between the child and his or her guardian(s).

Keywords: legal guardianship – minor – child protection – kinship – affective relationship

I. El enfoque de la tutela en el Código Civil y Comercial

Los cambios en torno a la regulación de la tutela tras la sanción del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) han significado un avance en el reconocimiento del carácter protectorio del instituto. El primer párrafo del artículo 104, del mencionado cuerpo normativo, dispone que “[l]a 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”. Así, se abandonó la terminología empleada en el Código Civil (en adelante, CCiv.), que aludía al derecho del tutor de gobernar la persona y bienes del menor no sujeto a patria potestad y su concepción como una figura de neta representación legal, para dar paso a una nueva regulación desde la óptica de la protección integral del niño, niña o adolescente que no cuenta con personas que ejerzan la responsabilidad parental.¹

La doctrina ha celebrado la superación de esta concepción rígida e impersonal.² La normativa actual no solo resulta más respetuosa del derecho del niño necesitado de protección a ser cuidado y desarrollarse de forma integral,³ sino que, además, reconoce el rol que las relaciones afectivas juegan en la tutela.

En definitiva, la regulación se condice mejor con la realidad social y familiar que experimentan los niños que son amparados bajo esta figura, ya que, en la mayoría de los casos, la relación entre el tutor y el niño tutelado excede el plano meramente jurídico, tratándose de una relación personal que precede a su constitución.

¹ Concepción que fue reconocida por la jurisprudencia (CCivComMin, Viedma, “C. G. L. s/ tutela”, 17/05/2016, disponible en *El Derecho Digital*, cita online ED-DCCYCXXX-16) y la doctrina. Fernández sintetiza este cambio de criterio del siguiente modo: “[e]l objetivo directriz de la tutela es la protección del niño o adolescente, y no ya un mecanismo de sujeción y control” [Silvia E. Fernández, “La tutela y curatela compartida. Situación en el derecho interno y en el derecho comparado”, en *Tratado de Derecho de Familia*, T. III, dir. Adriana N. Krasnow (Buenos Aires: La Ley, 2015): p. 1104].

² Cfr. Luis R. Llorens, y Alicia B. Rajmil, “Comentario al artículo 104”, en *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, T. I, dir. Eduardo G. Clusellas (Buenos Aires: Astrea, 2015): p. 374; Luz Pagano, “Régimen jurídico de la tutela”, *Revista Código Civil y Comercial* 3 (septiembre 2015): p. 53; Rodolfo Jáuregui, “La tutela en el Proyecto”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 6 (2012): p. 309; Magdalena Galli Fiant, “Vigencia de la tutela como figura de protección”, *Jurisprudencia Argentina Litoral* (junio 2017): p. 3; Gabriela Yuba, “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* 10 (2014): p. 49; Verónica A. Castro, “Tutela”, en *Tratado de la Familia*, T. II, dir. Marcos M. Córdoba (Buenos Aires: La Ley, 2020): p. 347; M. Victoria Pellegrini, “Comentario al artículo 104”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, dir. Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera, (Buenos Aires: Infojus, 2015): p. 218; entre otros.

³ La regulación de la tutela en el CCyC se alinea con el reconocimiento de los derechos del niño, de conformidad con lo previsto en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

En este artículo se analizarán brevemente las implicancias actuales que la consideración que este enfoque protectorio ha tenido en su regulación, como así también se plantearán algunas propuestas de reforma que podrían facilitar la aplicación del instituto, otorgándole una orientación más personal cuando las circunstancias particulares del niño, niña o adolescente lo demanden.

II. El camino recorrido: la tutela como instituto de protección y cuidado del niño, niña o adolescente

La tutela presenta algunas notas que evidencian que el instituto se perfila cada vez más como una figura de protección y cuidado de un niño, niña o adolescente y que, con miras a tal objetivo, resulta beneficioso que la protección sea garantizada en un entorno afectivo.

Esta concepción se desprende del propio concepto de tutela previsto en el primer párrafo del artículo 104 del CCyC, el cual tiende a garantizar la protección de la persona y los bienes del niño. Asimismo, el nuevo enfoque se refleja en otros preceptos.

Así, el artículo 105 contempla la posibilidad de que la tutela sea ejercida por más de una persona. Posibilidad que no se encontraba prevista en el CCiv., que disponía tajantemente la regla de la unipersonalidad de la tutela: el tutor, en cuanto representante legal del niño, era único.

No obstante, la realidad se imponía. Niños, niñas y adolescentes, que por diversas circunstancias no se encontraban bajo la responsabilidad parental de sus progenitores, eran frecuentemente cuidados por parientes o referentes afectivos que cumplen tal función de forma conjunta, como abuelos, tíos, pareja de vecinos o padrinos.⁴ El legislador receptó expresamente esta situación,⁵ una reforma que era demandada tanto

⁴ Navarro Floría señala que en virtud del artículo 105 del Código Civil y Comercial, los tutores designados “bien pueden ser el padrino y madrina conjuntamente” [Juan G. Navarro Floría, “Padrinos y ahijados: relevancia jurídica del parentesco espiritual”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2 (2020): p. 57].

⁵ En los Fundamentos del Anteproyecto se señaló que “[s]e escuchan las voces doctrinales y jurisprudenciales que critican que la tutela sea necesariamente unipersonal. Si se trata de una figura que reemplaza las funciones que se derivan de la responsabilidad parental y esta, en principio y en beneficio del niño, es ejercida por dos personas, la tutela debe seguir este mismo lineamiento, pudiendo ser ejercida de manera conjunta por dos personas”.

por la doctrina⁶ como por la jurisprudencia⁷ y posibilitó esta forma de ejercicio.⁸ El reconocimiento del ejercicio conjunto de la tutela es un reflejo de la orientación más humana y afectiva que presenta actualmente el instituto,⁹ 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.

La doctrina discrepa en cuanto a si el fundamento de la tutela conjunta deriva de la semejanza del instituto con la responsabilidad parental.¹⁰ Sin perjuicio de ello, resulta innegable que redundará en beneficio del niño posibilitar que se desarrolle en un entorno en el que se le reconozca a sus parientes o referentes afectivos, en caso de tener más de uno, la posibilidad de ejercer conjuntamente la tutela, otorgándole un marco jurídico a su protección y cuidado.

Otra de las proyecciones del enfoque protectorio de la regulación actual de la tutela se puede encontrar en la flexibilidad que el CCyC le otorga al juez para evaluar quién debe ser designado como tutor cuando no existe una designación previa efectuada por los progenitores o cuando quien ha sido designado no puede ejercer el cargo. A diferencia de lo previsto en el CCiv., la normativa actual no señala parientes llamados a ejercer la tutela,¹¹ sino que dispone que el juez debe otorgarla a la persona “más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente”.¹²

⁶ Cfr., por ejemplo, Marta del R. Mattera, “Tutela: propuestas para una reforma legislativa”, en *El Derecho*, T. 192 (2001): p. 747.

⁷ En este sentido, por ejemplo: CCivCom, Mar del Plata, sala III, “L., A. D.”, 24/02/2011, en *La Ley Buenos Aires* (mayo 2011), p. 392.

⁸ Si bien la designación de más de un tutor puede estar motivada en diversas circunstancias, tal como la necesidad de designar a más de una persona debido a la complejidad de los bienes a administrar, también puede resultar de aplicación en casos como los que se exponen en este trabajo, donde la designación conjunta se basa en las relaciones afectivas del niño con sus tutores.

⁹ La doctrina considera que la tutela conjunta refleja el “carácter realista, práctico y con una fuerte tradición humanista” del instituto [Gabriela Yuba, “Comentario al artículo 105”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. I, dir. Julio C. Rivera y Graciela Medina (Buenos Aires: La Ley, 2014): p. 206].

¹⁰ 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 [Cfr. Verónica A. Castro, “Tutela”: p. 350; Guillermo J. Borda, *Derecho Civil: Familia* (Buenos Aires: La Ley, 2018), Cap. XIII]. 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 la esta [Galli Fiant, “Vigencia de la tutela como figura de protección”: p. 3. En similar sentido, Úrsula C. Basset, “Comentario al artículo 105”, en *Código Civil y Comercial: tratado exegetico*, 3.^a ed., T. I, dir. Jorge H. Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2019): p. 1104].

¹¹ Durante la vigencia del CCiv. ya se habían dado algunos pasos hacia el reconocimiento del valor de la idoneidad y los vínculos afectivos: si bien el Código originalmente disponía un orden de llamamiento de parientes, tal prelación fue eliminada por la Ley Nro. 23.364, dejando en manos del juez la evaluación de qué persona dentro del grupo de parientes señalados por la ley resultaba más idónea en el caso concreto.

¹² Artículo 107, CCyC. En los Fundamentos del Anteproyecto se indicó que “es mejor que el juez evalúe sin condicionamientos qué es lo más beneficioso para el niño o el adolescente en cada situación concreta”.

De este modo, el juez podrá evaluar con una mayor amplitud qué persona se encuentra en mejores condiciones de dispensarle protección al niño, sin encontrarse limitado a optar por determinados parientes. Si bien es cierto que en muchos casos es precisamente algún pariente quien es designado como tutor¹³ en virtud del vínculo afectivo que habitualmente lo une con el niño, ello no siempre es así.¹⁴

Resulta positivo que el CCyC le permita al juez evaluar en el caso concreto si conviene designar como tutor a un pariente u otro referente afectivo del niño (vecino, amigo de la familia, padrino), ya que resulta fundamental que la designación recaiga sobre quien asuma un real compromiso de velar por él. Así, por ejemplo, lo ha entendido recientemente el Juzgado de Familia Nro. 1 de Tigre que, tras considerar que el artículo 107 “no impide conferir la tutela a un referente afectivo”, otorgó la tutela conjunta de una adolescente a quienes ella consideraba como sus “tíos”; pues, a pesar de que no los unía un vínculo de parentesco, sí existía vínculo afectivo.¹⁵

La importancia del rol que cumplen los referentes afectivos se evidencia también en la ampliación de las personas obligadas a denunciar a la autoridad competente la situación del niño, niña o adolescente que no cuenta con un referente adulto que lo proteja. Mientras que el artículo 378 del CCiv. imponía este deber únicamente a los parientes que se encontraban obligados por ley a prestarle alimentos, el CCyC “amplía la obligación de denunciar la falta de un adulto que proteja al niño, niña o adolescente a otros referentes”.¹⁶ Tales referentes pueden ser el guardador, quienes han sido designados como tutores por los padres o a quienes les haya sido delegado el ejercicio de la responsabilidad parental.

¹³ Cfr. Eduardo A. Sambrizzi, “Comentario al artículo 107”, en *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, T. I, dir. Pablo D. Heredia y Carlos A. Calvo Costa (Buenos Aires: Buenos Aires, 2022): p. 954.

¹⁴ Cfr. María S. Álvarez Ferrari, y Carolina Gricel Cédola, “Algunos aspectos de relevancia sobre instituciones alternativas a la responsabilidad parental. Guarda. Tutela. Con especial mirada jurisprudencial desde la sanción del Código Civil y Comercial”, en *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, T. II, dir. Silvia E. Fernández (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2021): p. 817.

¹⁵ Juzg. Flia. Nro. 1, Tigre, “A. T. G. M. s/ guarda de personas”, 14/5/2021, publicado en *Revista Código Civil y Comercial* (octubre 2021): pp. 146 y ss. En similar sentido, el Juzgado de Familia de la 5.^a Nominación de Córdoba resolvió recientemente otorgar la tutela de una niña a un matrimonio, vecinos del barrio y padres de un compañero de la escuela de la menor. Al fundar la sentencia, la magistrada interviniente sostuvo que “S. P. L. se encuentra integrada al grupo familiar de referencia, manteniendo vínculos de afecto y respeto entre todos sus integrantes. Este espacio familiar y vecinal, además, es conocido y confiable para la niña. De igual modo, se infiere un compromiso de la pareja en facilitar los contactos con el único tío de la niña. El trámite de tutela iniciado, daría un marco legal necesario a una situación que se viene manifestando de hecho” [Juzg. Flia 5.^a Nom. Córdoba, 14/09/2021, “L., S. P. y otros s/ Tutela”, disponible en *Revista de Derecho de Familia de las Personas* (febrero 2022), pp. 76 y ss.].

¹⁶ Gabriela Yuba, “Comentario al artículo 110”, en *Código Civil y Comercial comentado y anotado con jurisprudencia*, dir. Carlos A. Calvo Costa (Buenos Aires: La Ley, 2018).

De este modo, se impone la obligación de denunciar a personas que, sean parientes o no, pueden tener un vínculo afectivo con el menor.

Por último, algunas disposiciones del CCyC previstas fuera de la Sección que regula la tutela, resultan también de la aplicación del instituto y reflejan la proyección de la afectividad en este campo.¹⁷ En este sentido, por ejemplo, los artículos 555 y 556 otorgan legitimación para demandar el cumplimiento del derecho de comunicación con el niño a determinados parientes y a quienes justifiquen un “interés afectivo legítimo”. Con este fundamento, el tutor, aún con posterioridad a la terminación de la tutela, podría ejercer este derecho si se comprueba que la comunicación resulta beneficiosa para el niño.

III. Algunas cuestiones pendientes: propuestas de reforma

Las reformas operadas en materia de tutela han sido ciertamente positivas. Sin embargo, resultaría conveniente continuar encauzando el instituto desde la óptica de las relaciones familiares y afectivas del niño, niña o adolescente a fin de fortalecer y facilitar su aplicación.

A continuación, se reflexionará sobre algunas cuestiones que podrían reforzar esta perspectiva.

¹⁷ Libro I, Título I, Capítulo 10, Sección 2.^a del CCyC. Realizamos aquí una breve consideración sobre la ubicación de la regulación de la tutela en el CCyC: el instituto se encuentra previsto dentro del Libro I (Parte General), Título I (Persona Humana), Capítulo 10 (Representación y asistencia. Tutela y curatela), Sección 2.^a (Tutela). Es decir, el legislador optó por encuadrar a la tutela como una institución de representación de la persona menor de edad. Si bien tal encuadre no resulta desacertado, pues efectivamente la tutela tiende a otorgarle tal representación legal, consideramos que hubiese sido conveniente regularla dentro del Libro II relativo a las relaciones de familia. Tal como señala Basset, la “descontextualización del marco cuasifamiliar de la tutela, tiene un impacto simbólico significativo” [Basset, “Comentario al artículo 104”, en *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, 3.^a ed., T. I, dir. Jorge H. Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2019): p. 1100. En el mismo sentido, Galli Fiant, “Vigencia de la tutela como figura de protección”: p. 3]. El legislador se ha apartado del criterio del CCiv., que regulaba a la tutela dentro del Libro I “De las personas”, Sección 2.^a “De los derechos en las relaciones de familia”, Título VII y siguientes, luego de la regulación del matrimonio, filiación, patria potestad, adopción y parentesco.

A. Convivencia con el niño, niña o adolescente y su participación en la vida de familia del tutor

La tutela presupone cercanía entre el tutor y el niño. Es evidente que sería prácticamente imposible dispensarle al menor el cuidado y protección que el instituto demanda si no existiera una relación de proximidad entre ambos. A pesar de ello, el CCyC no impone expresamente un deber de convivencia ni promueve la participación del niño en la vida familiar del tutor.

Lo cierto es que, en la práctica, en la mayoría de los casos en los que resulta de aplicación esta figura, existe tal convivencia. El CCyC parece valorar la importancia del su buen desarrollo al prever como causal de remoción del tutor la existencia de “graves y continuados problemas de convivencia”.¹⁸ Sin embargo, no existe mención expresa en la normativa actual sobre la conveniencia de convivir con él ni integrarlo a la vida familiar del tutor, siempre que ello sea posible.¹⁹

En el derecho comparado, esta cuestión se encuentra expresamente prevista en el Código Civil español. En efecto, el artículo 213 de dicho cuerpo normativo dispone que “se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor”. A diferencia de lo que sucede en nuestra normativa, el principio de integración familiar del niño fue incorporado en el derecho español por la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y, en sintonía con dicho principio, la misma norma incorporó como causal de remoción la existencia de problemas de convivencia.²⁰

¹⁸ Art. 136, inc. c, CCyC.

¹⁹ No obstante, la jurisprudencia ha valorado la importancia que juega la integración familiar. Así, por ejemplo, al momento de evaluar la idoneidad del tutor, se ha tenido en cuenta que la convivencia del niño con los hijos de la misma edad de su tutor redundaría en su beneficio [CNCiv, Sala B, “Elola, Christian N. y otros”, 31/5/1979, en *La Ley C* (1979), pp. 348 y ss.]. En la misma sintonía y ya bajo la vigencia del actual CCyC, en un precedente en el cual se resolvió designar a una tía materna como tutora de sus sobrinos, el juzgado interviniente consideró que en el caso se podía evidenciar “con claridad que se dan las condiciones de contexto familiar y contenedor que requiere este instituto destinado a sustituir funciones propias de la responsabilidad parental, fundamentalmente el del cuidado personal, y consecuentemente con éste el de educación y alimentos” (Juzg. en lo Civ, Com, y Flia de la 1.ª Nom. Río Cuarto, “F., D. C. c. F., C. R. s/ Privación de responsabilidad parental”, 11/05/2020, en *La Ley Online*, cita: TR LALEY AR/JUR/16126/2020). Así también lo ha valorado el Juzgado de Familia Nro. 4 de Paraná, que, al resolver otorgar la tutela de una adolescente a su tío, tuvo en consideración los informes del equipo técnico del juzgado que concluyeron en que no se evidenciaban “mayores obstáculos para que la joven J.T. pueda convivir con su tío” [Juzg. Flia Nro. 4 Paraná, “T., J. s/ tutela”, 06/09/2016, en *La Ley Litoral* (junio 2017), p. 3].

²⁰ En efecto, la doctrina española destaca la relación entre el principio de integración en la vida familiar del tutor y la causal de remoción por mala convivencia: “Esta nueva causa de remoción es coherente con lo dispuesto en el art. 234 CC [actual art. 213] respecto a que la tutela de los menores ha de tender a la integración del tutelado en la familia del tutor, finalidad difícilmente alcanzable si la relación convivencial entre ambos es grave y continuamente problemática” [José L. Utrera Gutiérrez, “Protección de menores:

Evidentemente, el deber de convivencia no puede ser exigido en todos los casos. Tal como señala la doctrina española, las variadas situaciones que dan lugar a la tutela impiden “sentar tajantemente el deber el tenerlo en su compañía (...). Sin embargo, en principio podemos aventurar la afirmación general de que el deber de velar debe referirse también al deber de compañía”.²¹

Sería deseable incorporar en nuestra normativa una mención expresa a la convivencia entre el tutor y el niño, niña o adolescente y su integración en la vida de familia, en la medida que las circunstancias del caso concreto lo posibiliten. Una previsión en esta sintonía acentuaría la importancia que corresponde otorgarle a la afectividad en materia de tutela.

B. Deber de alimentos del tutor

El tutor tiene el deber de velar por que el niño a su cargo reciba la educación y asistencia alimentaria adecuada. Dicha obligación resulta una derivación natural del deber genérico del tutor de promover su desarrollo y formación integral.²²

Sin embargo, no existe una obligación expresa del tutor de proveer alimentos al niño.²³ Por el contrario, el artículo 119 del CCyC 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.

La inexistencia de este deber resulta cuestionable. Si el tutor asume la responsabilidad de velar por el niño, obligándose en consecuencia a cuidarlo, resulta necesario que se demande la carga de prestarle alimentos cuando este lo requiera.

Si bien la obligación alimentaria del tutor puede encontrar anclaje normativo en los casos en que medie, a su vez, una relación de parentesco –por ejemplo, tutor que a su vez es abuelo del niño²⁴–, tal solución no resulta suficiente. En estas situaciones, la fuente de los alimentos se encuentra en la relación de parentesco, pero no en la tutela en sí.²⁵ Ello excluye de la obligación tanto al tutor pariente que se encuentre en un grado de parentesco

acogimiento, adopción y tutela”, en *Tratado de derecho de la familia. Aspectos sustantivos y procesales*, dir. Pedro González Poveda y Pilar González Vicente (Madrid: Sepin, 2005): p. 358].

²¹ José A. Álvarez Caperochipi, *Curso de Derecho de Familia*, T. II, (Madrid: Civitas, 1988): p. 229.

²² Cfr. Basset, “Comentario al artículo 104”: p. 1101.

²³ Cfr. Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, 7.ª ed., (Buenos Aires: Astrea, 2016): p. 429.

²⁴ Cfr. art. 537, inc. a), CCyC.

²⁵ Cfr. Jorge O. Perrino, *Derecho de familia*, 3.ª ed, T. III., (act. por Úrsula C. Basset) (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2017): p. 2369.

tal que la ley no le exija prestar alimentos al niño,²⁶ como al tutor que no se encuentra vinculado por parentesco con el niño, pero fue designado por resultar el más idóneo –y ser, probablemente, una persona con un vínculo afectivo relevante con el niño–.²⁷

Parte de la doctrina sostiene que la obligación alimentaria del tutor tiene fundamento constitucional y convencional. Yuba considera que la obligación de alimentos del tutor tiene su fundamento en los artículos 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁸

En el mismo sentido se expiden Jáuregui y Gastiazoro.²⁹ No obstante, estos autores consideran que debería preverse expresamente esta obligación en el CCyC como un deber subsidiario del tutor en los casos en los que no existan parientes obligados a prestar alimentos al niño. Además, califican de “injusta” la ausencia de la regulación del deber de alimentos del tutor.³⁰

La cuestión fue debatida en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Allí, se acordó por mayoría que era necesario modificar el artículo 119 y prever la obligación

²⁶ Tal es el caso de los tíos, quienes frecuentemente en la práctica asumen la tutela de sus sobrinos, pero no están obligados a prestar alimentos de conformidad con lo previsto en el artículo 537. A pesar de que la ley no impone obligación de alimentos a los tíos, algunos precedentes han hecho extensiva la obligación de alimentos a tales parientes, a pesar de no encontrarse estos enumerados en el artículo 537. La jurisprudencia ha considerado que tal obligación se fundamenta en el principio de solidaridad familiar y en una interpretación integradora del derecho alimentario. En este sentido: Juzgado de Primera Instancia de Personas y Familia Nro. 3, Salta, “XX s/alimentos”, 02/07/2020, disponible en MJ-JU-M-126552-AR; Cámara 2.^a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala II, “L. A. E. en rep. de su hijo menor C. L. T. c. C. C. V. y C. S. F. s/ Alimentos”, 09/11/2020, en TR LALEY AR/JUR/61221/2020; Cám. Apel. Civil y Comercial de Gualaguaychú, “F. D. P. c. M. F. A. s/ alimentos”, 26/05/2022, en TR LALEY AR/JUR/83705/2022.

²⁷ Perrino señala que “el tutor no está obligado a satisfacer los alimentos, a excepción de que fuere pariente obligado a ello” (Perrino, *Derecho de familia*, p. 2369).

²⁸ La autora considera que “el fundamento de la obligación alimentaria y de asistencia del tutor reposa en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, puntualmente en el artículo 18 (que en la parte pertinente dice que “incumbirá a los padres o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad de crianza y el desarrollo del niño...”), como así también en el art. 27 (sobre el derecho del niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” [Gabriela Yuba, “Comentario al art. 120”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. I, dir. Julio C. Rivera y Graciela Medina (Buenos Aires: La Ley, 2014), p. 218].

²⁹ Cfr. Rodolfo G. Jáuregui y Fernando A. Gastiazoro, “Los deberes alimentarios del tutor y del curador: una omisión del nuevo Código Civil y Comercial contraria a la CSN y a la ley 13.944”, en *Revista de Derechos de Familia de las Personas* 1 (2018): pp. 25-30. Jáuregui ya se había pronunciado en este sentido en un trabajo anterior (Cfr. Jáuregui, “La tutela en el Proyecto”, p. 309).

³⁰ Al respecto, los autores señalan que “[e]sta solución es injusta. No tiene en cuenta los derechos humanos alimentarios de personas vulnerables en razón de su edad y en nuestra opinión, se perdió una gran oportunidad de modernizar la regulación del instituto” (Jáuregui y Gastiazoro, “Los deberes alimentarios del tutor y del curador”, p. 26).

alimentaria subsidiaria del tutor en los casos en los que no existieran parientes obligados o los recursos de estos fueran insuficientes.³¹

La inexistencia de una norma expresa que recepte el deber de alimentos del tutor no resulta compatible con la función de protección integral y cuidado propia de la tutela. Si reconocemos el rol fundamental que, en ciertos casos, los referentes afectivos o parientes en grado más lejano cumplen en la vida de un niño, al punto tal de designarlos como sus tutores, resulta incongruente no exigirles a estos que asuman, en la medida de sus posibilidades y al menos de forma subsidiaria, el deber de proveerle alimentos.

C. Principio de gratuidad en la tutela

La discusión en torno a la gratuidad u onerosidad de la tutela no resulta novedosa. El CCyC no sienta un criterio claro sobre esta materia. El artículo 128 dispone que

[e]l tutor tiene derecho a la retribución que se fije judicialmente teniendo en cuenta la importancia de los bienes del tutelado y el trabajo que ha demandado su administración en cada período. En caso de tratarse de tutela ejercida por dos personas, la remuneración debe ser única y distribuida entre ellos según criterio judicial. La remuneración única no puede exceder de la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor de edad. El guardador que ejerce funciones de tutela también tiene derecho a la retribución. Los frutos pendientes al comienzo de la tutela y a su finalización deben computarse a los efectos de la retribución, en la medida en que la gestión haya sido útil para su percepción.

La letra de la norma ha dado lugar a un intenso debate doctrinario respecto a si el principio general es la gratuidad de la tutela³² o si, por el contrario, la regla es la onerosidad del cargo.³³

En sintonía con la mirada protectoria de la institución y la preferencia que debe otorgársele al respeto de los vínculos afectivos del niño, resulta conveniente que se prevea

³¹ XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017. Comisión 8, Familia. Aceptado por mayoría: “Compensación económica y alimentos”: *De lege ferenda*: es necesario agregar un segundo párrafo al art. 119 del CCCN: “[s]i no existieren parientes obligados a prestar alimentos o los recursos de estos fuesen insuficientes para satisfacer las necesidades alimentarias del tutelado, 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”.

³² A favor del principio general de gratuidad de la tutela, entre otros: Úrsula C. Basset, “Comentario a art. 128”, en *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, 3.^a ed., T. I, dir. Jorge H. Alterini (Buenos Aires: La Ley, 2019), p. 1191; Guillermo J. Borda, *Tratado de Derecho Civil: Familia* (Buenos Aires: La Ley, 2018), ap. 701; Galli Fiant, “Vigencia de la tutela como figura de protección”, p. 3; Jaúregui, “La tutela en el Proyecto”, p. 309; Perrino, *Derecho de familia*, p. 2313; Yuba, “Comentario al artículo 129”; y en jurisprudencia: STJ Formosa, “R., D. c. O., Y. M”, 5/11/2007, *La Ley Litoral* (marzo 2008), p. 174.

³³ A favor de la onerosidad como regla general: Luz M. Pagano, “Comentario al artículo 128” en *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, dir. Alberto Bueres (Buenos Aires: Hammurabi, 2014), p. 147.

expresamente la regla general de la gratuidad de la tutela.³⁴ En este sentido, Borda, al fundamentar el principio general de gratuidad de la tutela, sostiene que “la onerosidad se compagina mal con la esencia misma de la institución”.³⁵

Asimismo, la necesidad de prever la regla general de gratuidad se basa en el mismo fundamento que se esbozó para plantear la incorporación de la conveniencia de la integración del menor en la vida familiar del tutor y la obligación alimentaria. Es decir, en la necesidad de estructurar la tutela desde 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.

Si partimos de la premisa de que es conveniente que el tutor tenga una relación afectiva y cercana con el niño, resulta incongruente plantear que el ejercicio de esta función deba ser, en principio, remunerado. En los casos en los que el tutor sea un pariente o referente afectivo del niño no debería corresponder una remuneración por su desempeño, ni siquiera en aquellos supuestos en los que los bienes del tutelado alcancen para sufragar tal expendio.³⁶

Si se han logrado avances en el reconocimiento del enfoque protectorio y afectivo que requiere la institución de la tutela, promoviendo que el cuidado recaiga sobre quienes pueden dispensarle al niño cuidado en un entorno afectivo, no sentar un lineamiento claro en cuanto la regla general de gratuidad de las funciones del tutor implica un retroceso.

IV. Conclusión: valoración de la tutela como institución de protección de niños, niñas y adolescentes

La tutela es una figura central en materia de protección de menores. Se podría decir que es la primera solución subsidiaria de naturaleza estable a la que se debería recurrir en los casos de niños, niñas o adolescentes que no se encuentran bajo la responsabilidad parental de sus progenitores.

En efecto, a diferencia de lo que sucede con otras medidas previstas en CCyC, tales como la guarda o la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, la tutela tiene un carácter estable, dado que tiende a brindar protección duradera al niño que no puede

³⁴ Este es, por ejemplo, el criterio seguido por el derecho italiano (art. 379 del Código Civil).

³⁵ Borda, *Tratado de Derecho Civil: Familia*: ap. 701.

³⁶ Distinto podría ser el caso excepcional en el que la tutela deba recaer en un tercero que no posea vínculo de parentesco o afectivo con el niño. Para tal supuesto, podría preverse una excepción a la regla de gratuidad, y mantenerse el carácter remunerativo en los términos del artículo 128.

ser cuidado por sus padres. A su vez, el Código impone la obligación de priorizar el otorgamiento de la tutela a algún familiar o referente afectivo del niño antes de declarar su situación de adoptabilidad, cuando ello sea adecuado a su interés superior.³⁷

Por ello, es necesario otorgarle la importancia y reconocer el valor que esta posee como “mecanismo de realización del derecho constitucional a la vida familiar”.³⁸ Resulta necesario regularla desde una perspectiva protectora y afectiva, que tienda a potenciar su aplicación. Tal como fue expuesto al comienzo de este trabajo, el CCyC ha avanzado en este sentido. Sin embargo, se puede seguir mejorando su regulación.

Se trata de niños, niñas o adolescentes en evidente situación de vulnerabilidad. En estos supuestos resulta imperiosa la necesidad de iluminar a la institución con el tinte afectivo que merecen.

V. Bibliografía

Álvarez Caperochipi, José A. *Curso de Derecho de Familia*. Madrid: Civitas, 1988.

Álvarez Ferrari, María S., y Gricel Cédola, Carolina. “Algunos aspectos de relevancia sobre instituciones alternativas a la responsabilidad parental. Guarda. Tutela. Con especial mirada jurisprudencial desde la sanción del Código Civil y Comercial”. En *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, T. II, dirigido por Silvia E. Fernández, pp. 785-822. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2021.

Basset, Úrsula C. “Comentario a los artículos 104 a 140”. En *Código Civil y Comercial: tratado exegético*, 3.^a ed., T. I, dirigido por Jorge H. Alterini, pp. 1094-1209. Buenos Aires: La Ley, 2019.

Borda, Guillermo J. *Derecho Civil: Familia*. Buenos Aires: La Ley, 2018.

Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*, 7.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 2016.

Castro, Verónica A. “Tutela”. En *Tratado de la Familia*, T. II, dirigido por Marcos M. Córdoba, pp. 343-372. Buenos Aires: La Ley, 2020.

³⁷ Conf. art. 607, CCyC.

³⁸ Fernández, “La tutela y curatela compartida.”, cap. XXIII.

- Fernández, Silvia E. “La tutela y curatela compartida. Situación en el derecho interno y en el derecho comparado”. En *Tratado de Derecho de Familia*, T. III, dirigido por Adriana N. Krasnow, pp. 1101-1150. Buenos Aires: La Ley, 2015.
- Galli Fiant, M. Magdalena. “Vigencia de la tutela como figura de protección”. *Jurisprudencia Argentina Litoral* (junio 2017): pp. 3-5.
- Jáuregui, Rodolfo G. “La tutela en el Proyecto”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 6 (2012): pp. 309-331.
- Jáuregui, 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 CSN y a la ley 13.944”. *Revista de Derechos de Familia de las Personas* 1 (2018): pp. 25-30.
- Llorens, Luis R., y Rajmil, Alicia B. “Comentario al artículo 104”. En *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, T. I, dirigido por Eduardo G. Clusellas, pp. 373-377. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- Mattera, Marta del R. “Tutela: propuestas para una reforma legislativa”. *El Derecho*, T. 192 (2001): pp. 747-751.
- Navarro Floria, Juan G. “Padrinos y ahijados: relevancia jurídica del parentesco espiritual”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2 (2020): pp. 47-63.
- Pagano, Luz. “Comentario al artículo 128”. En *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, dirigido por Alberto Bueres. Buenos Aires: Hammurabi, 2014.
- Pagano, Luz. “Régimen jurídico de la tutela”. *Revista Código Civil y Comercial* 3 (septiembre 2015): pp. 53-64.
- Pellegrini, M. Victoria. “Comentario al artículo 104”. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. I, dirigido por Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera, pp. 217-221. Buenos Aires: Infojus, 2015.
- Perrino, Jorge O. *Derecho de familia*, 3.^a ed. (act. por Úrsula Basset). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2017.

Sambrizzi, Eduardo A. “Comentario al artículo 107”. En *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, T. I, dirigido Pablo D. Heredia y Carlos A. Calvo Costa, pp. 953-957. Buenos Aires: Buenos Aires, 2022.

Utrera Gutiérrez, José L. “Protección de menores: acogimiento, adopción y tutela”. En *Tratado de derecho de la familia. Aspectos sustantivos y procesales*, dirigido por Pedro González Poveda y Pilar González Vicente, pp. 291-364. Madrid: Sepin, 2005.

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* 10 (2014): pp. 49-54.

Yuba, Gabriela. “Comentario a los artículos 104 a 137”. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, T. I, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, pp. 352-389. Buenos Aires: La Ley, 2014.

Yuba, Gabriela. “Comentario al artículo 110”. En *Código Civil y Comercial comentado y anotado con jurisprudencia*, dirigido Carlos A. Calvo Costa, pp. 42-43. Buenos Aires: La Ley, 2018.