



Nota a fallo

Grupos vulnerables y en contexto de vulnerabilidad

**GUARDA PARENTAL: ¿ANTECEDENTE DE LA TUTELA O NORMA
INCONSTITUCIONAL?**

"J. S. s/ Guarda a parientes"

ALUMNO: Zarlenga Solá, María Inés

LEGAJO: VABG107514

DNI: 30.925.128

TUTOR DE LA MATERIA: Trupia Verón, Giselle

CARRERA: Abogacía

AÑO: 2024

Sumario

I. Introducción - II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del tribunal – II a) Premisa fáctica - II b) Historia procesal - II c) Descripción de la decisión del Tribunal - III. Análisis de la *ratio decidendi* - IV. Descripción de análisis conceptual y antecedentes - V. Postura de la autora - VI. Conclusión - VII. Referencias

Introducción

El trabajo que a continuación se aborda, tiene su origen en un problema axiológico que, en línea con lo que definen Alchourron y Bulygin (2012), se suscita a partir de una supuesta contradicción entre una norma jurídica – en este caso, el artículo 657 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) –, y un principio superior: el interés superior del niño, niña y adolescente (NNA).

Resulta oportuno recordar el texto del artículo 657 del CCCN:

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 período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.

El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

Esta supuesta contradicción, derivada de la interpretación que diferentes operadores jurídicos realizan de la norma, va a poner en evidencia la importancia de la distinción entre dos institutos que presenta el Código de fondo, que son la guarda parental y la tutela.

Por un lado, el CCCN define el alcance de la figura del guardador en el último párrafo del artículo 657 precitado. Y el de la tutela, en la primera parte del artículo 104, el cual determina 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.

De esta manera se vislumbra que existe entre ambas figuras una diferencia en cuanto al alcance de la responsabilidad parental en relación al menor, permaneciendo en el primer caso en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio; y, en el segundo, en cabeza del tutor.

Habiendo mencionado y aclarado la diferencia que existe entre la figura del guardador y la del tutor, resulta pertinente señalar que el CCCN define a la responsabilidad parental en su artículo 638 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.

Ahora bien, el conflicto que se suscitó y que dio origen al dictado de la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) que aquí se analiza, se centró, principalmente, en la interpretación que se hizo sobre el artículo 657 del CCCN, los plazos que éste contempla, y las posibles alternativas para resolver la situación del menor afectado.

Por otro lado, y en relación al Interés Superior del Niño, que es el principio superior que estaría en contradicción con la norma, son estos mismos plazos, mencionados en el párrafo anterior, los que van a ser interpretados como violatorios de diferentes artículos de la Convención Sobre de los Derechos del Niño (CDN).

Finalmente, conforme lo hasta lo aquí expuesto, se puede considerar que el fallo [“J. S. Guarda a parientes”](#) es jurídicamente relevante, puesto que, a partir de la sentencia dictada por la SCBA, queda zanjada la interpretación integral y armónica que debe hacerse de la norma en relación a estas dos cuestiones: la guarda parental y la tutela; pues es a partir de una correcta y completa interpretación que se puede garantizar y proteger, como bien se menciona en líneas anteriores, el interés superior del niño, niña y adolescente.

Reconstrucción de la Premisa Fáctica, Historia Procesal y Descripción de la Decisión del Tribunal

a) Premisa Fáctica

El fallo que aquí se analiza es una sentencia que dicta la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el marco de una causa que versa sobre la figura de la Guarda Parental. Lo que motivó en este proceso a llegar al Tribunal de última instancia, fue la interpretación que se hizo acerca del artículo 657 del Código Civil y Comercial (CCCN), en relación al tiempo en que una persona puede desempeñar la figura de guarda de un pariente, y qué alternativas ofrece la norma que permitan resolver en beneficio y en pos de la protección del interés superior del menor.

Con el propósito de facilitar la comprensión del análisis del fallo en cuestión, a continuación, se realizará una breve síntesis del proceso que dio origen al mismo.

b) Historia Procesal

La causa se caratuló como "J. S. s/ Guarda a parientes". En diciembre del año 2018, considerando que ninguno de los dos progenitores de J.S. podía hacerse cargo de él, y que, hasta ese momento, su hermana, la Sra. S.J., era la persona responsable del menor, y quien se ocupaba de sus actividades, salud y educación, la Jueza a cargo del Juzgado de Familia N°7 de La Plata, resuelve otorgarle la guarda provisoria de J.S., conforme lo dispone el art. 657 del CCCN.

Cumplido un año, y en función del primer párrafo del mismo artículo, que brinda la posibilidad de prorrogar por única vez la guarda por el plazo de un año más en supuestos de especial gravedad, esta misma jueza resuelve otorgar la guarda de J.S. a su hermana. Pero, a diferencia del plazo máximo que indica la norma, resuelve extendiendo la guarda hasta que J.S. adquiera la mayoría de edad, justificando esta decisión en que, en virtud de lo que indica la última parte del primer párrafo del artículo en cuestión, es su deber resolver la situación del menor de manera permanente y apropiada.

Esta resolución fue apelada por la titular de la asesoría de incapaces.

Como respuesta a la apelación presentada, se expidió la Sala III de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata confirmando la sentencia de primera instancia, y, además, declaró de oficio la inconstitucionalidad para el caso del art. 657 del Código Civil y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda, aduciendo que el mismo es violatorio a los artículos 2, 3, 4, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y 31, 33, 75 inciso 22 de Constitución Nacional.

Contra dicho pronunciamiento, la titular de la Asesoría de Incapaces interpuso Recurso extraordinario de Inaplicabilidad de la Ley, donde denunció la violación y errónea aplicación de los arts. 3, 4, 5, 20 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 104, 657 y concordantes del Código Civil y Comercial; 2, 3, 7, 29 y concordantes de la ley 26.061 y 163 y 164 del Código Procesal Civil y Comercial; como así también violación de doctrina legal del Superior Tribunal. Agregó, además, que la nueva normativa receptó diversos parámetros superadores que fueron reemplazando a aquellas antiguas construcciones interpretativas de implementación errática sólo dependientes de la voluntad del juez (pág. 5, presentación cit.). Finalmente, sostuvo que la figura de la Guarda a Parientes impone un límite temporal, y que supone un antecedente de la Tutela para avanzar en el reconocimiento de derechos (pág. 6, presentación cit.).

c) Decisión del Tribunal

Por último, el Máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, en conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, y por unanimidad, votó de manera afirmativa la cuestión planteada, resolviendo, por lo tanto, hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto por la titular de la Asesoría de Incapaces. De esta manera, dio por concluida la guarda otorgada a la hermana de J.S por el plazo de un año, y su prórroga por igual plazo, confirmando la tutela provisoria con efectos retroactivos al momento en que finalizó la guarda.

Análisis de la *Ratio Dicidendi*

Tal como se menciona en el apartado anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con voto unánime dictado en primer lugar por el Dr. Genoud, luego los Dres. Torres, Soria y Kogan, adhiriendo a los fundamentos del primero, y todos ellos en conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, resolvió hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, oportunamente interpuesto por la Sra. Titular de la Asesoría de Incapaces, Dra. Ozafrain de Ortiz.

Con el fin de resolver sobre la procedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, y decidir si el mismo se encuentra fundado, se evaluaron dos cuestiones, a saber: si era procedente la declaración de inconstitucionalidad para el caso concreto del art. 657, y consecuentemente, si el otorgamiento de la guarda de J.S a su hermana hasta que éste cumpliera la mayoría de edad había sido correctamente concedido, o si en cambio, se le hacía lugar a lo peticionado por la Asesora de Incapaces.

Con respecto a la primera cuestión, el Dr. Genoud comparte la dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando ésta opina que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, o su inaplicación a un caso concreto, constituye la más delicada de las funciones que se le puede encomendar a un tribunal de justicia, debido a que es un acto de suma gravedad institucional; razón por la cual debe ser considerado como el último recurso del orden jurídico (CSJN Fallos: 286:76; 300:1087; 333:447; 341:1511; e.o.), y recurrir a ella sólo cuando exista una estricta necesidad que así lo requiera; pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (dictamen. cit. pág. 7-8).

En este sentido, aseveró que, en este caso, no sería necesaria tal medida, pues un estudio armónico de las normas en juego, fácilmente permitiría brindar una solución adecuada al caso en concreto. Para mayor abundamiento, agregó que, se debería hacer todo lo posible para tratar de evitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Esto es así, no sólo por lo mencionado en el párrafo anterior, si no, porque, como bien indica el Dr. Genoud, tanto las juezas como los jueces tienen funciones delimitadas según los márgenes impuestos por la Constitución e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y convencionalidad; y para que dicha función pueda ser ejercida sin que conlleve una gravedad institucional, es primordial que opere en caso de ser estrictamente necesaria y con el objetivo específico

de salvaguardar derechos humanos fundamentales. Por lo hasta aquí expuesto, el magistrado entiende que dichos elementos no se encuentran presentes en el proceso en cuestión; motivo por el cual la declaración de inconstitucionalidad del art. 657 del Código Civil y Comercial se tornaría en una actividad jurisdiccional innecesaria e injustificada (dictamen cit. p.11-12)

Por último, en relación a este punto, en palabras del Dr. Genoud, él mismo sostuvo que el límite temporal que dispone el art. 657 del CCCN, no puede considerarse inconstitucional, ya que tiene como objetivo, precisamente, ampliar la protección en beneficio del niño, ya que permite, de esta manera, recurrir a otras figuras que brinda el plexo normativo, con el objeto de dar una solución permanente, y no transitoria, a la situación concreta (dictamen cit. pág. 9)

Con respecto al segundo punto, el Máximo Tribunal sostuvo que el plazo de la guarda hasta la mayoría de edad resultaba, no sólo excesivo, sino que paralelamente restringía la posibilidad que la hermana de J.S. se desempeñe como tutora y detente más atribuciones que las que pudiera desarrollar mediante el ejercicio del instituto de la guarda, brindándole de ese modo a J.S. mayores herramientas para la restitución y protección de sus derechos (dictamen cit., pág. 7).

Continuando en esa línea, el Dr. Genoud fue determinante al afirmar que “el Tribunal de Alzada declaró la inconstitucionalidad de la norma referida al caso en concreto, únicamente en lo relativo al límite temporal, efectuando un análisis erróneo acerca de la normativa vigente” (dictamen cit., pág. 8). Y argumenta dicha afirmación citando a destacada doctrina, como lo es el Dr. Lorenzetti, quien, según dice el Dr. Genoud, manifiesta que “...si se trata de situaciones consolidadas en el tiempo en las que no se vislumbra posibilidad alguna de que el niño o adolescente regrese con sus progenitores, no corresponde otorgar la guarda, pues en estos casos se deberá recurrir directamente a las instituciones más estables de la tutela o la adopción” (dictamen cit., pág. 8).

Finalmente, amparado en los fundamentos presentados, el Máximo Tribunal de la Provincia resolvió hacer lugar al planteo de la titular de la Asesoría de Incapaces, dando por concluidos los períodos de guarda en consonancia con lo normado por el art. 657 del Código Civil y Comercial, y otorgando, a partir de ese momento, la tutela provisoria, de J.S. a su hermana S.J.

Descripción del Análisis Conceptual y Antecedentes

Habiendo sido presentada la controversia que dio lugar al fallo aquí analizado, es significativo mencionar que el Código Civil de Vélez Sarsfield (CC) no contenía una norma similar al art. 657 del CCCN. De hecho, la Dra. Pellegrini (2016) dice, en el comentario que hace de dicho artículo, que su inclusión al CCCN, brinda una herramienta que venía siendo reclamada fuertemente por la doctrina, especialmente ante aquellas situaciones en que debía intervenir el sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, y en la lógica del CC, se carecía de respuesta. Por otra parte, según Herrera (2019), el artículo contempla la situación que, bajo el antiguo régimen, cuando debía resolverse con el Código anterior, generaba diversas dudas; este supuesto es la “guarda” del hijo a favor de un tercero, que, al carecer de regulación puntual, se aplicaban normas análogas, definiendo su contenido conforme la labor de doctrina y jurisprudencia.

Más allá de que la norma es clara cuando, en el primer párrafo in fine del art. 657 del CCCN, el mismo menciona que “... *el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante **otras figuras que se regulan en este Código***” (el destacado pertenece a la autora), existe abundante doctrina y jurisprudencia que la interpreta y esclarece, coincidiendo que entre esas “otras figuras”, se encuentra el instituto de la tutela. Tal es el caso, por ejemplo, del fallo "A. T. G. M. S/ Guarda de Personas (Art. 234 DEL CPCC)" Expte N°: TG-7269-2016, de Tigre; además del fallo que aquí se analiza, pues esta es la postura que sostiene la SCBA. Por otra parte, esto también es mencionado por González de Vicel (2016) cuando al comentar el art. 611 en el CCCN, refiriéndose al Art. 657 explica que, cuando por razones de especial gravedad, se recurre a la guarda parental, ésta tendrá una duración de un año, con posibilidad de ser prorrogadas por igual período; y que transcurridos los plazos máximos se recurrirá, en palabras suyas, a la tutela o eventualmente a la adopción.

Hace análoga interpretación la Dra. Fortbetil en el fallo dictado en autos caratulados: “Defensor de los derechos del niño y adolescentes c/ C.A.P. s/ Tutela”, pues al fundar su sentencia, hace suyas las palabras de Mizrahi, M. (2019), cuando éste afirma que el niño que está en guarda, y no puede recuperar a su familia nuclear, pasados los 180 días, podría entonces acudir directamente a la tutela, previa sustanciación del trámite respectivo para la privación de la responsabilidad parental.

El instituto de la tutela, a diferencia de la guarda, traslada la responsabilidad parental en cabeza del tutor, otorgando no sólo mayores responsabilidades, sino también, tal como se menciona en el fallo en estudio, mayores herramientas para la restitución y protección de los derechos del tutelado (sen. cit., p.7). Entendiendo, entonces, la diferencia que existe entre la figura del guardador y la del tutor, es claro que hay una gran discrepancia entre lo que la Jueza dictó en primera instancia acerca de resolver la situación de J.S. prorrogando la guarda parental hasta su mayoría de edad, y lo que la Dra. Ozafrain de Ortiz pretendía, que era convertir la figura de guardadora que hasta el momento venía desempeñando la hermana de J.S, a la de tutora de su hermano.

Según se lee en el fallo, la jueza de familia dictó esta resolución en miras de resolver, acorde lo ordena el art. 657 del CCCN, la situación de J.S.. Incluso, luego de haber sido apelada, el Tribunal de Alzada no sólo la confirmó, sino que, además, declaró de oficio la inconstitucionalidad del Art. 657 en cuanto limita temporalmente el instituto de la guarda.

Llegada esta instancia, resulta apropiado indicar que existe basta doctrina que justifica la limitación temporal del instituto en cuestión, destacando, incluso, la necesidad e importancia de que así sea. En este sentido, la Dra. Carolina Duprat (2022), señala que la imposición del plazo responde a la necesidad de evitar soluciones drásticas que impliquen la separación definitiva de los hijos e hijas, con sus progenitores. Además, agrega que la intención durante la vigencia de esta medida excepcional, es trabajar con los progenitores con el objetivo de que recuperen el pleno y efectivo ejercicio de la responsabilidad parental, brindando a los padres la oportunidad de recuperar la convivencia con su hijo o hija.

También, la Dra. Yamila Frate, Defensora Pública en el fuero civil, se refiere a este punto, pero ella, además, hace alusión al instituto de la tutela como figura más abarcadora, presentándola como una solución que brinda la norma, frente a situaciones en donde la guarda no alcanza para asegurar el desarrollo y bienestar del NNA (2022). En este contexto, Frate señala que la guarda judicialmente conferida no constituye una solución definitiva, ya que su naturaleza transitoria la limita a brindar un apoyo temporal a los NNA que se encuentran en situaciones vulnerables. Coincide con lo referido por Duprat, al decir que el objetivo primordial es que el niño logre revincularse con sus padres biológicos; caso contrario, se considerarán medidas más abarcadoras como la tutela o la

adopción. Cabe destacar que, en consonancia con esto, existe un respaldo sólido en el ámbito jurídico avalando esta postura. Tal es el caso de los autos “Defensor de los derechos del niño y adolescente c/ C.A.P. s/ Tutela”.

Habiendo transitado hasta este punto por el instituto de la guarda parental que incorpora el nuevo Código en su artículo 657, su relación con la figura de la tutela, ésta como figura superadora de la guarda, y como solución definitiva frente a la transitoriedad que inviste la guarda parental, de haber diferenciado la responsabilidad parental en un caso y en otro, y, finalmente habiendo hecho referencia a la cuestión de la temporalidad de la guarda en los términos del art. 657 del CCCN, presentando los fundamentos de esto, resulta oportuno abordar la relación que existe entre lo hasta aquí expuesto y el interés superior del niño; pues, como se mencionó *ut supra*, el problema jurídico que da origen a este análisis, es precisamente la contradicción que, tanto la Jueza de Primera Instancia, como el Tribunal de Alzada, consideran que existe entre el artículo 657 del CCCN y el Interés superior del Niño, en cuanto el primero limita temporalmente la guarda.

En este marco, según la interpretación que hace la Jueza de Familia y mantenida, posteriormente, por la Cámara de Apelaciones, este principio superior estaría siendo vulnerado por el hecho de que el instituto de la guarda parental encuentra un límite temporal atento así lo dispone el art. 657.

Según Kemelmajer de Carlucci (2009), los jueces y juezas, tienen la facultad de seleccionar la interpretación de la norma que consideren más adecuada. En función de esto, al examinar el Art. 2 del CCCN que se refiere a la interpretación de la norma, Caramelo y Herrera (2016) coinciden en que, aun cuando el texto no establece un orden de prelación expreso en las pautas de interpretación que se mencionan en dicho artículo, resulta evidente que si un caso está contemplado de manera expresa en el CCCN o en leyes complementarias, son éstas las que se aplican. Ahora bien, más allá de lo que la doctrina considera, es factible apreciar que la Jueza de Familia realizó una parcial interpretación de la norma, al no considerar la completitud del cuerpo normativo y resolver, tal como indica el Art. 657, sólo en función de sus impresiones, sin recurrir al resto del plexo normativo, más precisamente, al Art. 104, ya mencionado anteriormente. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, tal como lo expresa la Dra. Quiñoa, P. (2022), las disposiciones sobre la tutela establecidas en el CCyC armonizan con el reconocimiento de los derechos del niño; principio consagrado 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.

Postura de la Autora

Si bien en relación al fallo que aquí se analiza, se planteó la existencia de un problema jurídico, consistente en la contradicción entre una norma y un principio superior, a decir verdad, resulta más adecuado decir, que la contradicción se da entre lo que diferentes operadores judiciales *interpretan* de la norma, y el principio superior.

Se dice esto porque, según el apartado anterior, queda claro que el artículo 657 debe ser aplicado con la temporalidad que la norma indica, siendo que, en sinergia con el resto del ordenamiento, no hace más que proteger el interés superior del niño.

Cabe mencionar la arbitrariedad que supone tanto la decisión de la Jueza de familia, como lo resuelto por la Cámara. Y al decir “arbitrariedad”, se hace referencia a lo improcedente de estas resoluciones, pues creer que esta decisión es superadora de la solución que brinda la norma, la cual consiste en el juego armonioso que se da entre el art. 657, y el art. 104; el primero como la antesala del segundo, la guarda parental como figura preliminar de lo que posteriormente se convertirá en la tutela del menor, es, al menos, llamativo.

Tal como menciona la Dra. Ozafrain de Ortiz, el hecho de imponer un límite temporal a la figura de la Guarda a Parientes, importa un avance en la protección de las garantías constitucionales y convencionales de los NNA, puesto que, al delimitar las facultades de los jueces, se evita que el ejercicio arbitrario de su jurisdicción pueda afectar la progresividad de sus derechos. Sin embargo, la Jueza de Familia, al resolver la situación de J.S. de manera discrecional, -es decir, basado en su juicio y criterio personal, considerando las circunstancias particulares del caso y optando por la solución que, según ella, era la más apropiada-, no hace más que evitar la expansión de los derechos del menor.

En otro orden de ideas, resulta relevante analizar el artículo 657 desde otra perspectiva. Ya no haciendo foco en la cuestión de la temporalidad; sino en su procedencia. Con el propósito de profundizar esta idea, vale recordar, en primer lugar, que el Artículo 657 dispone que el juez cuenta con la posibilidad de otorgar la guarda a

un pariente, sólo en supuestos de especial gravedad, de manera temporaria, evidenciando, como bien dice Pellegrini (2016), el carácter estrictamente excepcional de esta figura. Y, además, que este instituto puede prorrogarse, en la medida en que estos supuestos de especial gravedad continúen. En virtud del artículo 9 de la CDN, y de lo que determina la Ley 26.061, se infiere que esta ampliación del plazo tiene como objetivo que se reviertan durante su curso, las circunstancias graves que dieron origen a la separación excepcional del menor y sus progenitores.

Ahora bien, en el caso concreto de J.S., no hay lugar a dudas que al momento de solicitar su hermana la guarda, su situación era crucial, extrema y grave, mostrando a las claras que quedaba encuadrada en un marco de vulnerabilidad, reuniendo las condiciones necesarias para solicitar la guarda parental en virtud del Art. 657 del CCCN.

Sin embargo, en este punto surge el siguiente interrogante: luego de haber estado bajo la guarda de su hermana, por el plazo de 4 años ininterrumpidos, tiempo en el que recibió la atención médica, cuidados y atenciones que su cuadro de salud requería, ¿seguía J.S. transitando una situación de especial gravedad que ameritara mantener la figura de la guarda parental? Considerando, además, que ninguno de sus progenitores podía ejercer la responsabilidad parental, ¿no se podía, acaso, otorgar a S.J. la tutela de su hermano para poder avanzar en el reconocimiento de derechos? Como se mencionó más arriba, en palabras de Frate (2022), la guarda judicialmente conferida, no procura una solución definitiva, su vigencia es transitoria. Cuando se hace imposible lograr la inserción del niño junto a sus padres biológicos, es que se acude a figuras más abarcadoras, como la tutela. Por eso, se estima que, dadas las condiciones que se presentan en el fallo, en pos de mejorar y avanzar en el reconocimiento de derechos tanto de J.S, como de S.J, hubiera sido oportuno otorgarle a esta última la tutela de su hermano, incluso antes de lo resuelto por la Jueza de Familia en el mes de noviembre del año 2020.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar la declaración de inconstitucionalidad que, de oficio, declaró la Sala Segunda de la Cámara de Apelación. Se comparte en un todo lo que la SCBA explica y expone con absoluta claridad sobre los fundamentos por los que es improcedente tal declaración. Sin embargo, al ser tan clara esta fundamentación, lleva a cuestionar por qué motivo la Cámara de Apelación dispuso de oficio la inconstitucionalidad, siendo ésta una medida que importa tamaña gravedad. No puede ignorarse que previo a dictar la inconstitucionalidad de una norma, se deben agotar

todas las interpretaciones razonables posibles con el fin de mantener la norma en aplicación. Y, como se estuvo desarrollando a lo largo de este trabajo, el instituto de la Tutela aparece como remedio evidente a la temporalidad de la Guarda. Tal vez, la respuesta es más simple de lo que se cree, y sencillamente se debe a que la justicia, la hace, y la administra el ser humano: por lo tanto, no sólo es susceptible de ser interpretada de diferentes maneras, sino que, además, puede no ser infalible.

Conclusión

En la presente nota a fallo, se analizó la sentencia dictada por la Suprema Corte de Buenos Aires, ante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Titular de la Asesoría de Incapaces en contra del decisorio de la Sala III de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata que hizo lugar al otorgamiento de la Guarda Parental de un menor, a su hermana, hasta que éste cumpliera la mayoría de edad, y en relación a la declaración de inconstitucionalidad que esta Sala hiciera de oficio en relación al artículo 657 del CCCN.

El conflicto que dio lugar a la vía recursiva fue la determinación que tomó la Jueza de Familia al dictar la Guarda Parental del menor hasta que éste cumpliera la mayoría de edad, superando el plazo máximo de dos años previsto por el CCCN. Además, en Segunda Instancia, esta misma norma, fue declarada inconstitucional, en cuanto limitaría temporalmente la figura de la Guarda. Esta situación puso de manifiesto el problema axiológico que, según la Jueza de Familia, existe entre la norma que regula el instituto de la Guarda Parental, y el Interés Superior del Niño.

A lo largo de esta nota, luego de haber identificado las diferentes interpretaciones que se hicieron tanto del artículo 657 como de otros artículos que lo complementan, se llega a la conclusión que, en primer lugar, a juzgar por lo resuelto por la SCBA, en cuanto que hizo lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, dando por concluidos los períodos de Guarda en consonancia con lo normado por el art. 657 del CCCN, otorgando la tutela provisoria de J.S. a su hermana S.J, el nuevo CCCN, al menos en el caso que se analiza, es completo y no necesita de creaciones jurisprudenciales, o institutos nuevos para resolver situaciones como la que aquí se analiza, a diferencia de lo que se

resolvió en Primera Instancia y luego sostuvo la Excma. Cámara de Apelación; y, en segundo lugar, que el CCCN aboga por la protección del interés superior del niño, niña y adolescente, en perfecta armonía con los tratados internacionales receptados en nuestra Constitución Nacional en el Art. 75 inc. 22.

Referencias

- Alchourron, C. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires, AR: Astrea
- Caramelo, Picasso y Herrera, M. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus
- Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 de 2014. 01 de octubre de 2014. (Argentina)
- Código Procesal Civil y Comercial. Ley N°17.454 de 1981. (Argentina)
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”. Fallos: 341:1511 (2018)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Barbarella S.A.C.I.F.I.”. Fallos: 300:1087 (1978)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Massolo, Alberto Jorge c/ Transportes del Tejar S.A. y otro s/Daños y perjuicios”. Fallos: 333:447 (2010)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Safe Agropecuaria, S.A. c/ Provincia de Santa Fe”. Fallos: 286:76. (1976)
- Duprat, C. (2022). Prórroga del plazo de la guarda judicial y régimen de comunicación con la progenitora. *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. AR/DOC/1342/2022*. (2022), 54-63.
- Frate, Y. (2022). Análisis del plazo legal dispuesto en las guardas judiciales y sus consecuencias en los hechos. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Año XIV* (N°2), 26-33

- Gonzalez de Vicel, M. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II. En G. Caramelo, M. Herrera & S. Picasso (Eds.).* 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
- Herrera, M. (2019). *Manual del Derecho de las familias.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Juzgado de Familia de Neuquén. “Defensor de los derechos del niño y adolescentes c/ C.A.P. s/ Tutela”. Expte N° 11451/2019. (30 de mayo de 2023). Recuperado de <http://juriscivil.jusneuquen.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=f6630db8d7a6a9b9e4182d39d17adef9>
- Juzgado de Familia N°1 de Tigre. "A. T. G. M. S/ Guarda de Personas (Art. 234 DEL CPCC)". Expte N°: TG-7269-2016. (14 de mayo de 2021).
- Kemelmajer de Carlucci, A. & Herrera, M. (Coord.). (2009). *La familia en el nuevo Derecho.* El interés superior del Niño. Santa Fé: Rubinzal- Culzoni.
- Ley 26.061. (2005). Ley de la Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Recuperado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>
- Mizrahi, Mauricio L.. Cuidado personal de niños por terceros. Exégesis de los artículos 104, 643, 657, 674 y 702 del Código Civil y Comercial, Publicado en: LA LEY 30/10/2019, 1. Cita Online: AR/DOC/2735/2019)
- Pellegrini, M. V. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II.* En G. Caramelo, M. Herrera & S. Picasso (Eds.). 2a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Quiñoa, Pilar. (2022). Reflexiones sobre la Regulación de la tutela en el Código Civil y Comercial. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés. Agosto-diciembre 2022* (Número 14). 1-15

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. J. S. Guarda a parientes.
Causa N°124.952 (21 de septiembre de 2023)