

LA GUARDA DE HECHO EN LAS VI JORNADAS DE DERECHO DE
FAMILIA, MENORES Y SUCESIONES

PUBLICADO en "JURISPRUDENCIA ARGENTINA" 2000-II-910

I- El pasado mes de octubre de 1999 se celebraron las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones en Morón (Provincia de Buenos Aires) (J.A. 2000-I-1061), debatiéndose el tema guarda de menores. OJO

Referiré en primer lugar las Recomendaciones que motivaron ponencias de la suscripta, y luego explicitaré mi opinión:

1.a) La guarda de hecho no está prohibida por la ley 24.779 (L.A. 1997-B-1346).

b) La guarda de hecho debe ser respetada en circunstancias excepcionales, tales como la relación afectiva o familiar, ponderándose siempre el interés superior del niño (unanimidad, Comisión n° 2).

2. Se postula la citación de los padres biológicos, bajo pena de nulidad, al procedimiento de guarda preadoptiva, agotándose para su citación la forma prevista por la ley adjetiva (unanimidad, Comisión n° 2).

3. Los Tribunales de Familia tienen competencia exclusiva, con excepción de la atribuida a los tribunales de menores, en materia de guarda (unanimidad, Comisión n° 5).

II- Es una realidad en la que estamos inmersos, que los padres, por distintas razones, entreguen su hijo a un matrimonio o a una persona sola, para que se hagan cargo de él con miras a una posible adopción.

Esta guarda de hecho, que se da cuando una persona, sin atribución de la ley o delegación del juez, con consentimiento -expreso o tácito- de los titulares de la patria potestad, toma un menor a su cargo, no ha sido contemplada expresamente por la ley

24.779 (incorporada al Código Civil, arts. 311 a 340); **ello no significa, en modo alguno, que haya sido prohibida.**

La figura del **guardador** nace de diversas normas del Código Penal y de la ley 10.903 (A.L.J.A. 1853-1958-1-219). La guarda es el derecho-deber de los padres que está caracterizado por el reconocimiento legal de su autoridad y que deriva en el derecho-deber de convivir con los hijos y en la obligación de éstos de habitar con sus padres (1). Distinguiéndose la **legal**, que es aquella que la ley reconoce a los titulares de la patria potestad (art. 265 Código Civil) y a los tutores (art. 377 Código Civil); la **judicial**, conferida por los jueces como órgano jurisdiccional y/o en ejercicio del Patronato (arts. 234 y 235 C.P.N.; 10 inc. "b" ley 10.067 [L.A. 1983-B-2163], decreto 1304/1995 [L.A. 1995-B-2257]) y la de **hecho** (2).

La patria potestad es un derecho de raigambre constitucional, habiendo señalado la Corte Suprema que el derecho de los padres de sangre para decidir sobre la crianza y educación de sus hijos puede considerarse garantía implícita en los términos del artículo 33 de la Constitución Nacional (L.A. 1995-A-26)(3), teniendo ambos padres obligaciones comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo (artículo 18 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, ley 23.849 [L.A. 1994-B-1689], arts. 75 inc. 22 Constitución Nacional y 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; artículo 264 Código Civil).

La guarda es la primera obligación que surge para los padres en el ejercicio de la patria potestad, ya que la inmediatez con el hijo es fundamental para cumplir el derecho-deber de la educación y formación.

Ellos pueden cumplir esta obligación dejando al hijo en su casa o en otra casa, o en un establecimiento, delegación permitida por la ley que se efectúa siempre teniendo en cuenta el interés del menor. Son elocuentes al respecto los artículos 275 Código Civil, al establecer que *los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores o aquélla que éstos le hubieren asignado*, siendo violación del deber de obediencia el hacerlo (artículo 276 Código Civil); cesa la responsabilidad de los padres cuando el

hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona (artículo 1115 C.C.); los padres son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos (artículo 1114 C.C.).

Si el artículo 383 del Código Civil dispone que los padres pueden nombrar por testamento tutor a los hijos que estén bajo su patria potestad, nada impide –ninguna norma lo prohíbe– que puedan los padres designar guardadores a sus hijos para que sean sus futuros padres adoptivos. La realidad abarca un amplio espectro de motivos y circunstancias que así pueden determinarlo: una enfermedad terminal, imposibilidad de asistirlo por impedimentos físicos o psíquicos, cuestiones económicas graves..., etc.

¿Podríamos legalmente sostener que en estos casos los progenitores no pueden designar guardadores? La respuesta negativa aparece indisoluble e implícitamente ligada a la comisión de un ilícito penal; pero esto, que es excepcional y que debe ser castigado como y en la forma que corresponda, no habilita sin más a generalizar. Generalización que lleva a los tribunales a desestimar in limine todo pedido de guarda preadoptiva cuando un niño ha sido entregado voluntariamente por sus padres a los pretensos guardadores, desplazándolos derechamente y por esta sola circunstancia de la guarda, sin investigar en primer lugar los motivos que han determinado tal decisión y, en segundo lugar, si los peticionantes reúnen las condiciones exigidas por la ley para asumirla, ordenando la institucionalización del niño para luego entregarlo a terceros desconocidos, sin atender a su superior interés (4). Pero ésta no ha sido la idea del legislador; no hay norma que prohíba que los progenitores puedan en vida designar a quienes deseen que se hagan cargo de sus hijos para una futura adopción. En estas circunstancias, los guardadores de hecho deberán peticionar judicialmente la guarda, es decir, la confirmación judicial de la entrega (5). Si cumplen las condiciones exigidas por la ley y el interés del menor lo aconseja, el juez otorgará la guarda requerida. No podrá desplazarse de la guarda –dice la Dra. Nora Lloveras– a quien

cumpla las condiciones para ello, invocando el orden del Registro de Adoptantes que en modo contrario a derecho se pretende implementar (6). Y agrego que la inscripción no está enumerada entre los requisitos necesarios para su otorgamiento, bajo pena de nulidad (art. 317 Código Civil).

El artículo 316 en su párrafo tercero del Código Civil dice con voz fuerte que la guarda con fines adoptivos debe ser judicial; lo que quiere la ley es que un acto que implica una renuncia o abdicación de la patria potestad, o la conformidad expresa con la adopción, sea dado ante el juez, pero en modo alguno podemos interpretar que esa norma prohíba la guarda de hecho. Lo que el artículo 318 del código citado prohíbe, es la posibilidad que confería el artículo 11 inciso "c" de la ley 19.134 (A.L.J.A. 1971-B-988) de que los padres consintieran la adopción administrativamente o por instrumento público; norma que resulta superflua ya que establecida la regla general de la judicialidad de la guarda, no es necesario ejemplificar las formas por las cuales no puede ser conferida (ni por escritura pública ni por acto administrativo).

Lo que el legislador ha querido es que el proceso de adopción sea seguro, que proteja los intereses del menor; por eso, la intervención judicial en todas las etapas, desde el mismo momento de la guarda del menor, son dos los momentos que atento su importancia han de estar indefectiblemente en manos de quien ostenta poder jurisdiccional: el otorgamiento de la guarda y la decisión final (7).

Así como los padres no pueden sin intervención judicial realizar ciertos actos respecto de los bienes de sus hijos (enajenar, constituir o transferir derechos reales, arts. 297 y 298 Código Civil), no pueden sin intervención judicial desprenderse de la patria potestad (art. 306 inc. 5º Código Civil).

El Proyecto de Ley de Sanción del Código Civil al regular la adopción plena mantiene el requisito de la guarda judicial previa (art. 648), pero a renglón seguido legisla aceptando expresamente la guarda de hecho como una forma de dar por cumplimentada la

judicial, si se acredita sumariamente que existió durante igual período, con intervención del Ministerio Público y de los equipos técnicos que correspondan, solución que comparto.

El imperativo legal de la judicialidad de la guarda no significa que deba ser el juez el que elija -siempre y en toda circunstancia- a los guardadores, estándole vedado a los padres hacerlo en determinadas y excepcionales circunstancias, debemos brindar una solución razonable y adecuada a este trozo de la realidad que se da con alguna frecuencia y que debe contemplar los vínculos afectivos existentes y por sobre todo el interés del menor.

El guardador asume las mismas responsabilidades que los padres, tanto respecto a la persona del menor, como frente a la sociedad, a los terceros y al Estado, con la única diferencia que no es su representante legal. De ahí que la guarda, al no brindar una solución definitiva e integral al problema del menor, sea de vigencia transitoria; es una típica medida tutelar, al decir de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (8), siéndole aplicables las disposiciones adjetivas de los artículos 234 y 235.

El tiempo de los menores, sobre todo a esta temprana edad y para resolver cuestiones existenciales, no es el tiempo de la justicia, de ahí que sea loable la implementación en el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires elaborado por los Dres. Isidoro Eisner, Augusto M. Morello, Roland Arazi y Mario Kaminker **de la justicia de acompañamiento o de protección**. Con ella se implementan reglas especiales cuando se debatan cuestiones relativas a los menores, tratando de resolver los conflictos de manera rápida y provisoria, conforme a las leyes constitucionales y a las leyes de fondo, siendo deber de los jueces, velar porque ninguna exigencia administrativa, o formal frustre la tutela efectiva de los derechos en juego, pudiendo adaptar los procesos para que esa finalidad se materialice, siempre respetando el debido proceso (arts. 486 a 491).

El artículo 317 Código Civil al establecer los requisitos para el otorgamiento de la guarda preadoptiva es acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 9, 20 y 21) al garantizar a sus protagonistas la forma adjetiva de más amplio debate. Esto es: *citación de los padres biológicos (inc. "a"), conocimiento personal del adoptado (inc. "b"), evaluación de las condiciones personales y aptitudes de los adoptantes (inc. "c")*, todo ello bajo pena de nulidad, con la intervención de los organismos técnicos, sin perjuicio de la del Ministerio Público (arts. 59, 494 Código Civil y 80 ley 5827) (A.L.J.A. 1853-1958-2-156), elementos todos relevantes para garantizar la defensa en juicio, que es inviolable al leer del artículo 18 de la Constitución Nacional.

El juez valorará todos estos elementos, pero ponderando el superior interés del menor que atiende a su reconocimiento como persona, aceptando sus necesidades y defendiendo los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. El niño es un sujeto de protección y no un objeto de amparo (9).

La guarda ha de privilegiar siempre el derecho del niño, debe encontrar en la tutela de los intereses fundamentales del menor su propio centro de gravedad, aplicando el principio de la equidad, que es la justicia aplicada al caso particular por sobre otra circunstancia; de ahí que sostenga que no puede, desconocérsele efectos jurídicos a la guarda de hecho y que la misma no ha sido prohibida al sancionarse la ley 24.779.

III- El haber incluido a la adopción como uno de los supuestos en que la patria potestad se acaba, clarifica su naturaleza jurídica. Aquella tiene lugar por sentencia judicial, a instancia del adoptante, confirmando al adoptado una filiación que sustituye a la de origen (arts. 240, 306 inc. 5 y 311 Código Civil).

Regula el art. 317 inc. "a" lera. parte como uno de los requisitos para otorgar la guarda preadoptiva la manifestación judicial de la expresa voluntad de los progenitores para entregarlo, citándolo a dicho procedimiento bajo pena de nulidad.

Citar a los padres biológicos en el procedimiento dirigido a otorgar la guarda preadoptiva, es un imperativo que no puede ser incumplido; está en juego la posibilidad de extinguir los vínculos

del menor con los padres (art. 323) o de transferencia de la patria potestad (art. 329); es la oportunidad, de resguardar los derechos fundamentales de éstos como la defensa en juicio, y el debido proceso no autoriza su exclusión del procedimiento, ni aún en los supuestos en que, vigente la ley 19.134, los padres hubiesen otorgado al menor con miras a una futura adopción por escritura pública, tal como la Suprema Corte Provincial lo ha resuelto por mayoría (10).

La ley lo ha establecido expresamente, haciéndose eco de lo dispuesto en la Convención Sobre los Derechos del Niño: *el niño no será separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que la misma sea necesaria en interés superior del niño, debiéndose ofrecer a las partes interesadas la oportunidad de participar en el proceso y dar a conocer sus opiniones* (arts. 9, apartado 1 y 2, 3 apartado 2 y 5).

Dicho ordenamiento, al referirse a la adopción, prescribe que los padres hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario (art. 21 inc. "a"); es un consentir en el sentido de permitir una cosa o condescender en que se haga, pero un consentir informado, asesorado, no se trata de un "acuerdo" con la adopción.

La ley no ha previsto ningún apercibimiento para el caso de que los padres o uno de ellos, debidamente citados, no se presentaran, o no expresaran su consentimiento, o que ambos o alguno se opusiera.

Entonces si el silencio, si la incomparecencia, si la conformidad de uno y la oposición del otro, si la oposición de ambos no son decisivas, ya que ello ha de ser resuelto indelegablemente por el juez, forzoso es concluir que el requisito ineludible de legalidad del procedimiento es la citación y no el consentimiento, cuya omisión la ley sanciona con pena de nulidad, mas no así la falta de consentimiento.

Los padres de sangre actúan en el procedimiento en ejercicio de un derecho propio, a la vez que en interés del menor, pudiendo oponerse al progreso de lo peticionado, oposición que cumple una función delimitadora, esto es, que establece los límites dentro de

los cuales la pretensión procesal ha de ser correctamente manejada, lo que vincula al juez, que no podrá desconocerlo, positiva o negativamente, sin incurrir en incongruencia, es decir que integra la materia propia de juzgamiento (arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6 C.P.C.C.) (11). Pero la simple oposición no obliga sin más a denegar el pedido, sino que merece una consciente apreciación judicial, ya que no es vinculante (12).

De ahí que proponga que en todos los supuestos de pedido de guarda preadoptiva se cite, bajo pena de nulidad, a los padres biológicos y que, en caso de desconocimiento de domicilio u otras circunstancias, se agote la forma prevista por la ley adjetiva para hacerlo (argumento artículo 145 y siguientes del C.P.C.C.), en defensa de derechos de rango constitucional; pero la oposición, el silencio o la incomparecencia no impedirán su procedencia, sino que será evaluada por el juez, teniendo siempre en consideración el superior interés del menor, que es la clave de bóveda de todo este instituto (13).

IV- Modificó la ley 11.453 (L.A. 1993-C-3722) la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires (ley 5827), creando el Fuero de Familia, incorporándolo como capítulo VI bis del Título II. Al mismo tiempo agregó a continuación del art. 826 del decreto ley 7425/1968 (A.L.J.A. 1968-B-1446) el Libro VIII, referido al "Proceso ante los Tribunales Colegiados de Instancia Única del Fuero de Familia".

Reza el artículo 827 C.P.C.C. que dichos tribunales tendrán **competencia exclusiva**, con excepción de la atribuida a los Tribunales de Menores, en materia de *adopción, nulidad y revocación de ella* (inc. "h") y *guarda* (inc. "ñ").

La función de Patronato que asume el Estado es ejercida en la Provincia de Buenos Aires por los Jueces de Menores (arts. 4 ley 10.903, 1º ley 10.067 decreto 1304/1995), quienes tendrán **competencia exclusiva** para decidir sobre la situación del menor en estado de abandono o peligro moral o material (art. 2 inc. "a"), correspondiéndole intervenir en materia de guarda (art. 10 inc. "c").

Pero no todo asunto en que pueda estar interesada la persona del menor -en el caso, la guarda-, provoca sin más la intervención del juez de menores, sino que la misma norma pone un límite a la intervención judicial en las relaciones de familia; para no debilitarla, debe tratarse de un menor privado de la necesaria asistencia moral o material y esto es la clave para la intervención de este fuero especial.

Al conferírsele poderes tan amplios de disposición, el ejercicio del Patronato debe estar claramente delimitado para que el Estado no se inmiscuya en las relaciones de familia, cuya protección integral edita el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y 36-1 Constitución Provincial (L.A. 1994-C-3809); se confiere para afianzar y no para suplantar los vínculos que impone la natural dependencia de los hijos respecto de sus padres (arts. 5 y 18 Constitución Nacional (14)).

La necesidad de asistencia no es más que la exteriorización del sentido eminentemente tuitivo que caracteriza al fuero de menores, que instituye en la Provincia de Buenos Aires un procedimiento propio en que la calidad del sujeto constituye el elemento básico y único en torno al cual gira la disciplina (15).

De modo tal que el deslinde entre la competencia del tribunal de familia y la civil atribuida al tribunal de menores, se logra captando el carácter excepcional de esta última; sólo limitada a los menores privados de la necesaria asistencia moral o material (16). Como reviste carácter excepcional, sólo puede surgir ante una norma legal expresa, siendo de interpretación restrictiva (17).

Así, el fuero de familia conocerá en materia de guarda de hecho de menores que fueran entregados voluntariamente por sus padres biológicos a un matrimonio, puesto que el niño no se encuentra privado de la necesaria asistencia moral o material. Sólo entenderá el fuero de menores cuando se trate de menores abandonados o en peligro moral o material, en cuyo caso la competencia es excluyente.

- (1) Zannoni, "Tratado de Derecho de Familia", T.II, pág.711.
- (2) Cafferata, "La guarda de menores", pág.55
- (3) Cs. 22.584, 13/9/1973, "T.M.A.", comentado por Bidart Campos, "La adopción y la patria potestad...", E.D. 48-582, J.A. 19-1973-541; Cs. "F.M.J.", 22/12/1993, E.D. 157-233, J.A. 1994-III-479.
- (4) Cám. Nac. Civ., sala B, J.A. 1995-111-30, comentado por Claudia Mainard, "El otorgamiento de la guarda judicial con fines de adopción" y en E.D. 162-472, con nota de Oppenheim, "La guarda de menores"; Nieto, Roberto, "El registro único de aspirantes...", E.D. 77-878; Gutiérrez, Delia y Del Frade, Silvia, "La nueva ley de adopción...", D.J. 1997-2-575, Delia Gutiérrez y María Braña, "Ley de adopción: necesidad de su reforma", J.A. 1999-IV-872.
- (5) Levy, Lea, "Régimen de adopción", Ed. Astrea, pág. 63; J.A. 1998-III-1034; Dutto, Ricardo, "Comentarios a la ley de adopción", Ed. Fas, pág. 102; Medina, Graciela, "La guarda de hecho y la adopción", J.A. 1998-III-959; Cám. Nac. Civil, sala F, 10/9/1998, comentado por Osvaldo Alvarez, E.D. 183-202; Bísvaro, Beatriz, "Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción", J.A. 1998-III-993; Cám. Civ. y Com. Morón, sala 1º, L.L. Bs. As. 1998, pág.774.
- (6) "La adopción", pág. 142; Augusto Belluscio citado por la autora.
- (7) Cámara de Senadores, Orden del Día 1389, 27/11/1996, pág 254.
- (8) Ac.y Sent. 1987-V-69.
- (9) Grosman, "Significado de la C.D.N. en las relaciones de familia", L.L. 1993 B-Doct.-1089.
- (10) Sup. Corte Bs. As., Ac. 63.129, 31/3/1998, J.A. 1998-1V-29, Cám. Civ. y Com. Morón, sala I, cs. 42.382, R.S. 125/1999.
- (11) Guasp, "Derecho Procesal Civil". T.I, pág.241
- (12) Sup. Corte Bs. As., Ac y Sent. 1977-II-825
- (13) Ferrer, Francisco, "Citación de los padres biológicos al juicio de adopción", J.A. 1998-III-1034; D'Antonio, Daniel, "Régimen legal de la adopción", pág. 99; Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "La guarda con fines de adopción", J.A. 1998-III-

1082; Lloveras, Nora, ob. cit., p. 156; Medina, Graciela, "La adopción", T.I, pág 188; Dutto, Ricardo, "Comentarios a la ley de adopción", Ed. Fas, pág.90; Levy, Lea, "Régimen de adopción", Ed. Astrea, pág. 71; Bíscharo, Beatriz, "Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción", J.A. 1998-III-993.

(14) Corte Suprema, L.L. 58-62; J.A. 1950-I-235.

(15) Sup. Corte Bs. As., Ac. 41.811, 10/10/1989, Ac. Y Sent. 1989-III-647; Ac. 56.195, 17/10/1995.

(16) Toman Pérez, Raquel, "Tutela administrativa de menores en situación de desamparo en el Código Civil Español", J.A. 1999-I-788.

(17) Sup. Corte Bs. As., Ac. 66.038, 25/2/1997; Cám. Civ. y Com. Morón, sala 1, cs. 18.786, R.I. 468/1986.