

La guarda de hecho. La rigidez normativa frente a una realidad insoslayable

Por

María Victoria Santangelo

Es nuestro propósito analizar la guarda de hecho a partir de la sanción de la ley 24.779, que modificó el articulado del Código Civil en lo referente a la adopción. Nos planteamos si la modificación implica una prohibición de la guarda de hecho o bien por tratarse de una situación no contemplada por la normativa vigente debe implementarse una solución que considere las variadas aristas que estos casos presentan, atendiendo primeramente al interés superior del menor, que debe primar en todo momento.

En un primer punto no referimos concretamente a cómo la doctrina ha definido la guarda y al concepto de la guarda de hecho.

La guarda de hecho. Su definición

Diversos autores han definido el concepto de guarda; veamos enton-

ces algunas de estas definiciones:

Para Belluscio la guarda es el derecho a tener los hijos consigo¹. Zannoni, por su parte, define a la guarda como un 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 la obligación de éstos de habitar con sus padres².

D'Antonio entiende que la guarda es para los padres un medio integrante de la protección del menor. Ahora bien, siguiendo a este autor, en el caso que los padres por alguna razón no pueden ejercer este derecho, siendo otorgada a terceros o institutos tutelares, la guarda presupone una actividad de custodia, defensa o conservación de la persona del menor³.

¹ Belluscio, Augusto C., "Manual de Derecho Familia", 1991, Ed. De Palma, pág. 300.

² Zannoni, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, T.II, Edit. Astrea, 1989, pág. 711.

³ D'Antonio, Daniel H., "Régimen legal de la Adopción", Edit. Rubinzal-Culzoni, 1997, pág. 69.

La doctrina distingue entre cuatro clases de guarda⁴:

a. Guarda originaria: que es la que corresponde a los padres.

b. Guarda derivada: que es la que ejerce el tutor.

c. Guarda delegada: tiene característica de aparecer desmembrada de la patria potestad se encuentra desvinculada de ella ya que la ejerce el designado por el padre tutor o quien ejerce el patronato, y es delegada porque se le otorga al guardador una función que corresponde a los padres o al patronato.

Dentro de ésta se clasifica por su forma de otorgamiento:

- La efectuada por delegación judicial.
- La efectuada por delegación administrativa.
- La de delegación directa paterna o notarial.

Según su finalidad puede ser:

- Meramente tuitiva
- Con fines de adopción.

La guarda con fines de adopción aparece como una guarda delegada que se establece con una finalidad específica en un doble sentido: cumple con una función tutelar de protección al menor y por otro lado es un requisito sustancial para el otorgamiento de la adopción del menor⁵.

d. Y por último la guarda de hecho:

La guarda de hecho se da cuando una persona, sin atribución de la ley o delegación del juez, por propia decisión, toma un menor a su cargo⁶.

Esta guarda fáctica es una guarda que aparece desmembrada de la patria potestad pero no es delegada legítimamente, se constituye sin intervención de autoridad alguna, ya sea administrativa o judicial y por lo tanto no existe evaluación alguna de la idoneidad del guardador ni del interés del menor⁷.

Sin embargo, quien ejerce la guarda de hecho asume una de las formas

⁴ Pitrau, Osvaldo F., "La guarda de menores", en Derecho de Familia Edit. Abeledo Perrot, 1990, n 4, pág. 50.

⁵ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, "La guarda con fines de adopción", JA 23-9-98, pág. 7.

⁶ Cafferata, José I., "La guarda de menores", Cuadernos de Familia, Abeledo Perrot, Bs. As., 1988, vol 5, N° 2, pág. 35.

⁷ Wagmaister Adriana "Adopción y mejor interés del niño", Rev. de Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n. 16, 2000, Ed. Abeledo Perrot, pág. 249.

protectoras de la minoridad y, si bien se desarrolla en un marco de precariedad, no puede negarse la producción de consecuencias jurídicas ni la existencia de deberes y derechos inherentes a la tarea que se lleva a cabo⁸.

La guarda de hecho y la ley 24.779

Con anterioridad a la sanción de la ley 24.779, la ley –ya sea que aludamos a la 13.252 o a la 19.134– consideraba suficiente que la guarda previa del menor se acreditara al momento de solicitar la adopción. La guarda previa era para estas leyes una situación fáctica que no necesitaba aprobación del juez.

Asimismo, de la redacción del art. 11 de la ley 19.134 se deducía la posibilidad de que el niño fuera entregado en guarda por ante órgano administrativo o bien por instrumento público. En el orden nacional, la Secretaría del Menor y la Familia tenía a su cargo la entrega de menores para una futura adopción.

Esta práctica mereció numerosas críticas de la doctrina, ya que excluía del ámbito judicial las guardas pre-adoptivas y por lo tanto se hallaban excluidas de todo control generándose un sinnúmero de situaciones irregulares.

A fin de terminar con estas deficiencias que presentaba el régimen legal, la ley 24.779 establece por primera vez un proceso judicial previo a la adopción propiamente dicha, en el cual el juez deberá discernir la guarda de quien o quienes pretenden adoptar al niño en el futuro⁹.

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 el poder jurisdiccional: el otorgamiento de la guarda y la decisión final¹⁰.

Así lo establece el art. 316 del Código Civil que reza: “el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor a seis meses ni mayor a un año el que será fijado por el juez”. Se deja entonces a discreción de juez, contrariamente a lo que establecían las legislaciones anteriores, el plazo que el niño debe estar bajo guarda de los futuros adoptantes, plazo que debe encontrarse entre el mínimo y el máximo estipulado legalmente.

Como corolario en el art. 318 se prohíbe expresamente la entrega en guar-

⁸ D'Antonio, Daniel H., “Derecho de menores”, Editorial Astrea, pág. 416.

⁹ Zannoni, “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Astrea, T II, pág. 639

¹⁰ Cámara de Senadores, Orden del día 1329, 27/11/1996, pág.254.

da de menores por escritura pública o acto administrativo.

Frente a este marco normativo nos preguntamos qué sucede con la guarda de hecho.

La ley nos otorga una solución para el caso de las guardas de hecho que se ejercen con anterioridad a la sanción de la ley. La disposición transitoria en su art. 3° faculta al juez a computar el tiempo transcurrido en guarda conforme al art. 316 del Código Civil para los casos de guarda extrajudicial anteriores a la entrada en vigencia de la ley 24.779.

Con respecto a las guardas de hecho posteriores a la ley 24.779, la reforma no se ha ocupado del tema y no existe disposición alguna en este sentido.

¿Podría entenderse entonces que las guardas de hecho posteriores a la vigencia de la ley carecen de virtualidad jurídica en miras a la adopción del niño o incluso se encuentran prohibidas?

La doctrina es conteste en afirmar que la guarda de hecho no se encuentra prohibida por la ley 24.779 y que debe ser respetada en los casos en los que el interés del menor así lo requiera¹¹.

A las consideraciones vertidas respecto de ello en la doctrina y la jurisprudencia nos referiremos en el próximo punto de nuestro trabajo.

La guarda de hecho en la doctrina y la jurisprudencia

La doctrina mayoritaria entiende que la guarda extrajudicial o guarda de hecho, si bien resulta insuficiente para habilitar el juicio de adopción –puesto que no ha sido discernida por el juez del domicilio del menor o del lugar del abandono– puede en caso de presentarse los guardadores de hecho ante el juez acreditando la guarda que ejercen, ser convalidada por el magistrado en cuanto al tiempo ya cumplido como, por lo menos permitir que el término de seis meses a un año se compute a partir de ese momento¹².

Así se decidió en las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones de Morón en octubre de 1999, donde se determinó que “La guarda de hecho no está prohibida por la ley 24.779. La guarda de hecho debe ser respetada en circunstancias excepcionales tales como la relación afectiva familiar, ponderándose siempre el interés superior del niño”.

¹¹ Ludueña, Liliana G., “La guarda de hecho en las IV Jornadas de Derecho de Familia Menores y Sucesiones”, JA 1/5/00, pág. 20, Levy, Lea, “Régimen de adopción”, Ed. Astrea pág. 63; Medina, Graciela, “La guarda de hecho y la adopción”, JA 98-III-959, CNaC.Civ., sala F, 10/9/98 comentado por Osvaldo Alvarez, ED183-202, C. Civ y Com de Morón, sala 1°, LL Bs. As., Año 5, n.6 7/98, pág. 334.

¹² Zannoni, obra citada, pág. 642, Levy, Lea, obra citada, pág. 64.

A ello agregan que parece elemental que la integración familiar y afectiva del menor consolidada durante el período de guarda de hecho, difícilmente podrá ser revertida, salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no consulta el interés del menor, lo cual ciertamente ha de ser excepcional¹³.

El juez no se encuentra obligado en todos los casos a convalidar estas guardas de hecho.

En este proceso el juez actúa como garante del interés superior de niño ponderando en todo momento su estabilidad psicofísica, teniendo en cuenta si los peticionantes reúnen las condiciones mínimas adecuadas para que en la oportunidad pertinente se les otorgue la adopción.

La Dra. Ludueña en un excelente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, al referirse al tema señaló que: "En materia de guarda hay que aplicar el principio de

equidad, que es la justicia aplicada al caso particular por sobre toda normativa legal, hay que valorar las circunstancias del caso que, como decía Orgaz, "hace del derecho precisamente no una ciencia formal y abstracta, sino una disciplina para la vida"¹⁴.

El imperativo legal de la guarda judicial no significa que deba ser el juez el que elija –siempre y en todas las circunstancias– a los guardadores, estándole vedado a los padres hacerlo en determinadas y excepcionales circunstancias¹⁵.

El derecho de los padres biológicos a designar a los padres adoptivos ha sido un tema tratado ampliamente por nuestra doctrina¹⁶.

El art. 383 Código Civil dispone que los padres pueden nombrar por testamento tutor a los hijos que están bajo su patria potestad y el art. 274 del Código que establece que los hijos pueden vivir en la casa de sus padres o en aquella que éstos le hubieren designado, nada impide que –ninguna norma

¹³ Zannoni, obra citada, pág. 642.

¹⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Provincia de Buenos Aires, sala I 23/9/99, E. J. y otros s/art. 10, ley 10.067.

¹⁵ Sala II de la Cámara Primera Civil y Comercial de Bahía Blanca, el 3/11/98, "G. J. G. s/ guarda".

¹⁶ Ludueña, Liliana G., "La guarda de hecho en las IV Jornadas de Derecho de Familia Menores y Sucesiones", JA 1/5/00, pág. 20; Levy, Lea, "Régimen de adopción", Ed. Astrea, pág. 63; Medina Graciela, "La guarda de hecho y la adopción", JA 98-III-959 CNAC.Civ sala F, 10/9/98 comentado por Osvaldo Alvarez. ED183-202. C.Civ y Com de Morón sala 1° LL Bs. As., Año 5 n.6 7/98, pág. 334; Angeles Baliero Burundarena, Carlos A. Carranza Casares y Marisa Herrera, "La elección por la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño", La Ley, 19/10/2001, pag.1.

lo prohíbe— que los padres designen guardadores a sus hijos para que sean sus futuros padres adoptivos.

Existen diferentes motivos y circunstancias que así pueden determinarlo: una enfermedad terminal, imposibilidad de asistirlo por impedimentos físicos o psíquicos, cuestiones económicas graves, etc.

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 petitionar judicialmente la guarda; es decir, la confirmación judicial de la entrega.

Lo que el art. 318 prohíbe es el otorgamiento de guarda con fines de adopción por intermedio de escritura pública. No obstante lo mencionado no constituye una prohibición para el otorgamiento de la guarda de hecho, ni imposibilita a los progenitores elegir quiénes van a ser los guardadores de sus hijos ya que todo lo que no está prohibido está permitido¹⁷.

Una de las formas de probar fehacientemente la guarda de hecho —como sostiene la Dra. Graciela Medina— es mediante un acta notarial. Desde ya que el acta constata el hecho de la guarda extrajudicial, pero no será válida como otorgamiento expreso de la guarda con fines de adopción, de acuerdo a la

prohibición del art. 318 C.C.

Asimismo, la Dra. Medina agrega que considera conveniente que el escribano deje constancia que para obtener la guarda con fines de adopción las partes deben presentarse ante el juez.

La cuestión del registro único de aspirantes a la adopción

El art. 2° de la ley 24.779 establece que: *“las autoridades de aplicación organizarán en el orden nacional y provincial un Registro Único de Aspirantes a la Adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios”*.

Más allá de cualquier discusión respecto de la constitucionalidad de dicho registro, la idea de su creación es que el organismo garantice una adecuada selección a través de los estudios ambientales y psicológicos previos que permitan discernir una guarda con fines a una futura adopción.

Algunos fallos de primera instancia otorgaron prioridad a este requisito reglamentario, disponiendo el rechazo del pedido de guarda preadoptiva con fundamento en que los solicitantes no se hallaban inscriptos en el Registro.

Sin embargo, en su mayoría dichas decisiones fueron revocadas en segunda instancia, con sustento en la opinión de la doctrina mayoritaria¹⁸.

¹⁷ Así lo afirma la Dra. Graciela Medina, obra citada, pág. 12.

¹⁸ Ver CNCiv. Sala A, 1998/05/12, “R.Y.” L LEY 2000-D-350.

Así se afirma que “no podrá desplazarse de la guarda a quien cumpla las condiciones para ello, invocando el orden del Registro de Adoptantes que en modo contrario a derecho se pretende implementar”¹⁹. Incluso se argumenta que dicha inscripción no se encuentre enumerada entre los requisitos que estipula la ley como necesarios para su otorgamiento, bajo pena de nulidad (art. 317)²⁰.

De esa manera, si la inscripción en el registro es considerada como un requisito necesario para el otorgamiento de la guarda, aquellos padres que desean elegir los guardadores de sus hijos, ya sea por afecto, confianza o respeto, se verían constreñidos a hacerlo solamente entre aquellos que se encuentren inscriptos. Ello implicaría desvirtuar cualquier elección que ellos pudieran hacer.

El juez para otorgar la guarda debe tener en cuenta las pautas que marcan el art. 317 del Civil, la inscripción en el Registro constituye un elemento que contribuye a los fines del otorgamiento. Pero en todos los casos el fin perseguido por la norma es establecer mecanismos que permitan al juez evaluar la idoneidad de los guardadores.

Creemos que lo determinante para el otorgamiento de la guarda es establecer la idoneidad de los adoptantes que –siguiendo las palabras de las Dra. Levy y Wagmaister– debe ser juzgada en cada caso en particular respecto de “quiénes adoptan” y “a quién se adopta”. Ello significa que en el caso de la guarda de hecho, en los supuestos en que existen lazos paterno filiales entre los guardadores y el niño, la evaluación de esta relación debe primar por sobre el cumplimiento de la reglamentación de la inscripción en el Registro²¹.

El beneficio de no innovar en materia de guarda

Existe además otra cuestión a considerar, que entendemos es la más importante en los casos en que se ejerce la guarda de hecho de un niño y que se desprende del principio rector de este instituto que es el interés superior del menor: *el beneficio de no innovar en materia de la guarda con la consiguiente valoración de la situación de guarda existente*.

Al respecto resulta interesante mencionar lo resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 2° en fecha

¹⁹ “La Adopción”, pág. 142, Belluscio, citado por Nora Lloveras.

²⁰ Lilitiana Ludueña, obra citada.

²¹ Adriana M. Wagmaister y Lea M. Levy, “Interés del niño, adopción y guarda de hecho”, ponencia presentada en la XIII Conferencia Nacional de Abogados, Jujuy, abril 2000, Libro de Ponencias, pág. 200.

23/9/99 en la autos "M.M.B." ²², donde la madre entregó en guarda a su hija recién nacida a un matrimonio de su confianza, al que conocía desde hacía más de diez años, en razón de no poder hacer cargo de la niña, labrándose un acta ante la Defensoría Judicial. Posteriormente, con la conformidad de la madre, los guardadores iniciaron los trámites de adopción. El Juez de Menores al tomar conocimiento de la causa declara la nulidad del acta y de la delegación de guarda, ordenando que la niña fuera puesta a su disposición para darle otro destino. La niña, de un año y ocho meses, se encontraba desde su nacimiento con el matrimonio al cual su madre designó como guardador.

El fallo de Cámara con el voto de la Dra. Zampini, que revoca la desición del Juez de Menores, aborda de manera muy completa el tema de la guarda de hecho estableciendo que ella no se encuentra prohibida, el derecho de la madre a designar los guardadores de la niña y por último –aspecto que destacamos–, la incidencia de la modificación de la guarda en la niña.

Así destaca que "se ha de aplicar a casos de guarda preexistente el beneficio de no innovar en materia de guarda con la consiguiente valoración de la situación de la guarda existente, teniéndose en cuenta el interés supe-

rior de la menor, la idoneidad de los guardadores y el ambiente en que se desarrolla su personalidad".

Creemos, como lo expresa la Dra. Zampini en su fallo y la doctrina, especializada que deben tenerse en cuenta diferentes factores que hacen a la estabilidad del menor, a su salud psicofísica como lo son el factor tiempo, la relación paterno filial originada que crea vínculos que se encuentran íntimamente ligados al principio de identidad del niño.

Cuando nos referimos al factor temporal debemos considerar la edad de los niños a los que aludimos. En el caso que reseñamos el período que la niña estuvo bajo guarda del matrimonio representa todo el tiempo vivido por ella. Esto no resulta un detalle menor.

Siguiendo las palabras de la Dra. Zampini, la pérdida para los niños que han logrado una integración familiar y afectiva con sus guardadores sería someter a estos niños a una segunda pérdida, lo que llevaría a profundos y complejos sometimientos de la menor en el plano afectivo y psicológico.

Significaría, entonces, someter a estos niños a la violación de los derechos fundamentales, al desarraigo, a la pérdida de vínculos, de los afectos, de los lugares, colores, olores, al hábitat y costumbres

²² Rev. de Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia n. 16, 2000, Ed. Abeledo Perrot, pág. 249. En similar sentido, C. Civ y Com Morón, sala 1° 9/10/1997, LL Bs. As., 1998-774.

familiares; en definitiva, de la cotidianidad de la familia guardadora.

En el mismo sentido se pronunció el Dr. Lazzari en un Fallo de la Suprema Corte de la de la Provincia de Buenos Aires: "A los veinte días de nacer pasó a convivir –la guardadora– con la niña, a la que atendió como si fuera su madre. La alimentó, la abrigó, resguardó su salud, calmó sus angustias, afrontó su intrínseca vulnerabilidad y natural indefensión; tomó a su cargo cada una de sus necesidades y suministró el clima emocional y afectivo imprescindible para vivir... Han transcurrido casi cinco años y en cada una de las horas sucedidas y en cada una de las experiencias vividas el referente, el eje, la plataforma vital ha sido la adoptante. En esas condiciones, separarla de la guardadora equivale aniquilar todo ese andamiaje, que ha constituido la base organizadora del psiquismo de la niña, comprometiéndola seriamente su personalidad y su conformación como ser humano... A la pérdida inicial de su madre de sangre, acaecida por la desgraciada conjunción de factores socioeconómicos, se sumaría otra pérdida, la de la otra madre que la acogió y la condujo hasta ahora"²³.

Creemos que el respeto a aquellos vínculos paterno filiales formados en el ejercicio de una guarda de hecho –que encierra los afectos, la identidad

del niño, la identificación de los guardadores como sus padres, su entorno– implica la materialización del principio de preservación del interés superior del niño que debe regir en este tipo de procesos.

Este principio, preservación del interés superior del niño, contenido en el art. 3 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, y que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma a la Constitución Nacional de 1994, puede servir para suplir la rígida disposición legal, frente a casos de adopción puntuales que exigen la consideración del sujeto de derecho protegido"²⁴.

Conclusión

En los distintos aspectos que hemos abordado en este trabajo, encontramos en todos los casos que se presenta la misma disyuntiva para el juez frente a una guarda de hecho: la rigidez de algunas normas y una situación fáctica en la cual el niño se encuentra inmerso, su equilibrio psíquico y emocional.

De ninguna manera creemos que sea conveniente para el niño este tipo de situaciones de hecho que se caracterizan por su gran inestabilidad. Pero ello no significa que no veamos que ellas existen y que no pueden ser soslayadas.

²³ SCBA, 29/9/1998, LL 1999-C, 238.

²⁴ Hernández, Lidia B., "Juicio de Adopción", pág. 92, Edit. Hamurabi, Bs. As., 1998.

Así lo mencionó la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci: "es verdad que el juez no debe ceder a la política de los hechos consumados, pero a veces los hechos hablan con tanta crudeza que no hay modo de cerrar los ojos cuando la solución contraria daña gravemente a un niño"²⁵.

Algunas de estas guardas tienen origen en la firme decisión de los padres de elegir a quienes se harán cargo de sus hijos, por el afecto que los une, por respeto, confianza etc. En otros casos quizás el origen de la guarda no sea tan claro.

Pero es al juez a quien cabe evaluar el otorgamiento de esa guarda. En esa evaluación el juez debe tener en cuenta que su principio guía debe ser en todo momento "el interés superior del menor".

La gran importancia del otorgamiento de la guarda de un niño, las implicancias que ella tiene para su presente y su futuro, deben despojar a quien debe evaluarlas de toda rigidez normativa que implique la toma de una decisión que podría afectar gravemente el aspecto psicoafectivo de la vida del niño.

Además consideramos como ya lo ha expresado la Dra. Ludueña que "no se debe confundir el mejor interés del niño con la conducta reprochable o no

de los mayores –si corresponde y por el cauce adecuado".

En materia de guarda, como lo ha expresado la jurisprudencia, hay que aplicar el principio de equidad, que es la justicia aplicada al caso particular, por sobre toda normativa legal, hay que valorar las circunstancias del caso –que como decía Orgaz "hace del derecho precisamente no una ciencia formal y abstracta, sino una disciplina para la vida"²⁶.

Debe entonces el juez tomar en cuenta por sobre todo las reales necesidades del niño, la relación entablada los guardadores, los fundamentos de la elección de los padres del niño, el tiempo transcurrido entre la entrega del niño y el momento de analizar el otorgamiento judicial de la guarda. Resultan estos parámetros ineludibles a tener en cuenta y que cristalizan la aplicación del principio "interés superior del niño".

"Lo principal es el ser humano y sus necesidades; eso es lo que debe proteger y amparar la ley, en vez de poner al hombre en situación de rendirse incondicionalmente ante normas que, a través de una lectura desajustada a su finalidad, puedan no ser las idóneas para solucionar un caso o no ser aplicables debidamente al caso"²⁷.

²⁵ Aída Kemelmajer de Carlucci, "Los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo a la jurisprudencia italiana y argentina", JA 16-09-1998, pág. 28.

²⁶ C.Civ y Com de Morón, sala 1° LL Bs. As., Año 5, n.6 7/98.

²⁷ Lafianandra "El espíritu de la ley de adopción", ED 22 VI-1989.