

Entregas Extrajudiciales de Menores en Guarda

Por

María Victoria Pellegrini. Carolina Duprat

I. Introducción

La ley 24.779, incorporada al Código Civil, ha modificado la regulación de la adopción, fundamentalmente en tres cuestiones: a. el reconocimiento del derecho de identidad, b. la citación de los padres de sangre y c. la Guarda judicial preadoptiva.

El derecho del adoptado a conocer su realidad biológica es reconocido expresamente en el art. 321 inc. h de la ley, como resultado de la necesidad de adecuar la legislación interna a los derechos consagrados por los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional a través del art. 75 inc. 22, como la Convención de los Derechos del Niño.

También la citación de los padres biológicos al proceso de adopción es una forma de efectivizar lo dispuesto por el art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño - el cual dispone que el niño no sea separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos -, además de haber sido un reclamo constante de la mayoría de la doctrina nacional, entendiendo que sólo con tal citación se garantiza el derecho de defensa.

Aquello realmente novedoso es el desdoblamiento del tradicional juicio de adopción en dos etapas absolutamente definidas y diferenciadas: el otorgamiento de la guarda judicial (art. 317); y el proceso de adopción propiamente dicho (art. 321).

Ahora bien, el actual art. 318 C.Civil expresamente prohíbe la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

Este artículo ha llevado aparte de la doctrina a interpretar que las escrituras públicas que den cuenta de la entrega de un menor se encuentran fulminadas por tal prohibición. Por lo tanto, sería jurídicamente ineficaz (ello implica técnicamente una prohibición) que una madre biológica exprese su decisión de entregar a su hijo a determinadas personas, eligiendo a los futuros padres adoptivos del niño.

Desde esta interpretación, entendemos, se desconoce la realidad social de la existencia de las entregas en guarda de hecho, produciendo una gran incertidumbre acerca del destino e integridad de los niños entregados en los hechos a terceras personas.

La intención de este trabajo es proponer el reconocimiento de la validez de las guardas de hecho para el otorgamiento de las guardas judiciales preadoptivas, siempre con el debido control judicial a los fines de verificar que tal situación de hecho no sea perjudicial para el niño ni, claro está, que se haya cometido un ilícito en la entrega.

Ello, en respeto al superior interés del niño, quien habitualmente ha establecido un vínculo afectivo con quien lo cría y educa desde su nacimiento, y a la decisión de los padres biológicos sobre el destino de su hijo.

II. Guarda

a. Concepto

En principio, guarda es la situación por la cual una persona tiene a su cuidado a otra persona menor de edad. Para Graciela Medina¹ la palabra "guarda" tiene significados diferentes, pero nos detenemos en su condición de acto jurídico o fuente de derechos y obligaciones, derivado de la entrega en custodia de un niño a una persona. Osvaldo Pitrau² diferencia en guarda integrada a la patria potestad y aquella que no lo está. En el primer supuesto, entiende que la guarda surge como un derecho-deber natural y originario

de los padres, consistente en la convivencia con sus hijos y que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación. O sea, excede el mero concepto de proximidad física o tenencia, ya que incluye la noción de afecto y formación espiritual.

Así, la guarda no es sólo un derecho de los padres sobre los hijos, sino que también es un derecho subjetivo de los hijos de estar con sus padres. En forma natural, la poseen los padres, y el ordenamiento jurídico reconoce este derecho preexistente y organiza su ejercicio. Es el presupuesto, el medio que permite realizar concretamente los derechos y obligaciones de la patria potestad³.

La guarda desmembrada de la patria potestad y delegada por intervención del Estado es aquella tenencia de un menor por un tercero que no es su representante legal, o por un órgano ejecutivo de protección, para darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad. Implica la función de asistencia material y espiritual, educación y formación del menor, otorgándole el mismo trato paterno.

Se caracteriza por ser un medio de protección hacia menores en riesgo,

¹ MEDINA Graciela, "La adopción", T. I, pag. 122, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998.

² PITRAU Osvaldo "La guarda de menores", Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, nro. 4, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1990, pag- 48 y ss.

³ SIMLER Phillipe, "La notion de garde de l'enfant" en la Revue Trimestrielle de Droit Civil, oct/dic. 1972, nro. 4, citado por Pitrau en obra indicada anteriormente, pág. 48.

abandonados o que carecen de representante legal o familia que los contenga, proporcionándoles una familia sustituta. Incluye todas las funciones paternas de educación, vigilancia, corrección y asistencia, brindando un verdadero trato paterno al niño. Es gratuita, pues no implica remuneración económica alguna y precaria, porque admite ser modificada, sólo cuando ello beneficie al menor.

b. Fines

La finalidad de la guarda es evidentemente tuitiva, es un instituto creado en protección de los niños abandonados o que estén en situación de riesgo, y el eje orientador es, en todos los casos, asegurar el superior interés del niño (art. 3 Convención Derechos del Niño).

c. Clases

Existen distintos tipos de guarda, pudiendo ser clasificada desde distintos parámetros⁴:

a) según su finalidad:

. **Guarda simple**: como forma de proteger a menores en situación de peligro o abandono, que puede darse de hecho, cuando una persona acoge a un niño abandonado, o cuando el menor es entregado por sus padres, o judicialmente, cuando se busca proteger a la niñez abandonada. Puede derivar en guarda preadoptiva⁵.

. **Guarda con fines de adopción**: tiene por finalidad obtener la filiación adoptiva.
b) según su otorgamiento:

. **Guarda originaria**: se origina en la relación paterno-filial ya que es la que corresponde a los padres.

. **Guarda administrativa**: otorgada por el órgano administrativo que integra el patronato de menores.

. **Guarda notarial**: quien ejerce la patria potestad, los padres biológicos, deciden delegar la guarda de su hijo un tercero, instrumentando tal decisión a través de una escritura pública, que confiere certeza a dicha decisión.

Ambos tipos de guarda están expresamente prohibidas por el art. 318 del C.Civil como guarda preadoptiva.

. **Guarda judicial**: es el juez quien delega la guarda de un menor. La nueva ley otorga sólo a este tipo de guarda la posibilidad de convertirse en una guarda preadoptiva, es decir, válida para efectuar el cómputo del plazo legal establecido como requisito ineludible para obtener el dictado de la sentencia de adopción.

. **Guarda de hecho**: su característica es que se constituye sin ningún tipo de formalidad ni intervención de autoridad alguna, y sucede cuando una persona sin ningún tipo de atribuciones ejerce

⁴ MEDINA Graciela, op. cit.

⁵ PITRAU Osvaldo, op. cit.

sobre un menor las funciones propias de las instituciones tutelares o se hubiese encargado de su custodia y protección, o cuando los padres biológicos consienten extrajudicialmente que un tercero ejerza alguna o todas las funciones propias de la patria potestad.

Nos concentraremos entonces, en los efectos legales de las guardas de hecho a los fines de una adopción.

III. Guarda de hecho

a. Concepto

Tal como lo manifestáramos, la guarda de hecho se caracteriza por la falta de intervención de alguna autoridad en la entrega de un menor a personas ajenas a él. *“Es aquella institución del derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor”*⁶.

b. Efectos

b.2. Dispositivo legal: art. 318 C. Civil

El art. 318 del Código Civil dispone: *“Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo”*.

La ley ha establecido que la guarda con fines de adopción debe ser judicial y ha prohibido –privado de eficacia- que las entregas mediante escritura pública, habituales con la ley anterior, sirvan como guarda a los fines de la adopción.

Se ha pretendido que todas las guardas sean discernidas por el Estado, dando prioridad a las personas inscriptas en el Registro único de adoptantes, intentando evitar de este modo el tráfico y compraventa de niños, procurando que el único intermediario en las adopciones sea el poder judicial.

La reforma recogió el reclamo de quienes destacaban las consecuencias negativas que en muchos casos se derivaban de las entregas de menores mediante instrumento público. Sabido es que se han cometido abusos, tales como requerir el consentimiento de entrega en adopción a la parturienta. Y este consentimiento, vigente la anterior ley, resultaba suficiente a los fines de la adopción. Que habitualmente los jueces no volvían a citar a la madre biológica para que ratifique o rectifique su voluntad de entrega. Que el notario interviniente no podía chequear si este acuerdo entre los padres biológicos y los adoptantes había sido fruto de una decisión tomada en libertad o si se había pagado algún precio por ello.

La actual legislación ha pretendido garantizar la transparencia de las adopciones, en procura de la defensa de los

⁶ PEREZ MARTIN, Antonio, “Derecho de Familia, Adopción, acogimiento, tutela e instituciones de protección de menores”, Ed. Lex Nova, España, p.61, citado por Medina Graciela en op. cit.

derechos de los menores en juego. Y, ciertamente, ha mejorado notablemente la regulación.

No obstante, no ha sancionado expresamente con la nulidad el acto privado de la entrega. Es decir, si la madre biológica decide entregar en guarda a su hijo y acuerda extrajudicialmente tal entrega, para que luego sea requerida judicialmente la adopción, nos encontraríamos ante un acto que la ley no ha cuestionado.

b.1. Interpretación de la ley:

Una de las finalidades principales del legislador al dictar normas jurídicas es motivar determinadas conductas sociales.

Indudablemente (y en forma expresa así ha sido reconocido en la exposición de motivos de la ley 24.779) la supresión de las entregas en guarda mediante escritura pública tiene como finalidad terminar con el tráfico y comercio de niños. Para ello, se elige dotar al Poder Judicial de capacidad suficiente para hegemonizar el control sobre el destino de los niños que vayan a ser entregados en adopción.

Pero ello nos plantea los siguientes interrogantes: ¿qué sucede con aquellas personas que sin dar intervención al Poder Judicial entregan a sus hijos en forma privada? Siendo que no ha sido previsto por la ley, no resultaría ilegal. ¿No es extremadamente grave que por el sólo hecho de haber sido entregado privadamente, el juez ordene la separación del niño de aquellas personas

que lo están criando? Sabido es que ello provoca un daño psíquico en el menor, de características irreparables. ¿Es posible –dentro del actual marco legal- evitar la separación del niño de sus guardadores si ello es lo mejor para el niño?

¿Qué sucede si los guardadores se presentan ante el juzgado habiendo ya transcurrido varios meses desde que detentan la guarda de hecho? ¿Cómo aplica el juzgador la directiva de preservar el “mejor interés del menor”? ¿Qué se debe hacer frente a la expresa voluntad de la madre de entregar a su hijo a determinada persona y no a otra?

La redacción del art. 318 ha provocado un vacío legal el cual, entendemos, ha originado dos interpretaciones posibles.

b.2.1. Interpretación restrictiva del art. 318 C. Civil:

Esta postura entiende que la ley ha impuesto las guardas judiciales, por lo que es el juez competente quien deberá decidir quién o quiénes van a ser los guardadores del niño y en consecuencia los padres biológicos no pueden, en modo alguno, elegir a los guardadores de sus hijos. Ello por los siguientes motivos:

Finalidad de la ley 24.779:

La finalidad de la ley es clara: terminar con las entregas extrajudiciales ya que en ellas no puede ejercerse el control

que el Estado debe tener en todas las entregas de niños para ser adoptados.⁷

La ley pretende que los futuros adoptantes se presenten ante los tribunales para ser evaluados y si reúnen las condiciones, ser inscriptos en el registro de adoptantes. Así ante un menor en condiciones de ser adoptado, el Estado le garantizará que quien va a ser su guardador aspirante a adoptarlo exhiba, ya al inicio de la guarda (provisoria pero trascendente), un conjunto de aptitudes que lo califiquen positivamente para desempeñarse en el rol paterno/materno.

Abdicación de la patria potestad por parte de los padres biológicos:

Quienes sustentan esta posición entienden que la madre que entrega al niño en guarda con fines de adopción está abdicando de la patria potestad, por lo que nos encontramos frente a un supuesto de abandono. Es por ello que cualquier niño que va a ser entregado en adopción se encuentra bajo la tutela y protección de la justicia, erigiéndose así en el único órgano legalmente autorizado para la entrega de menores, desplazando por tanto a la

madre biológica en la elección.

Este es el criterio que ha seguido la Suprema Corte de Justicia de Bs.As.⁸, con los siguientes: considerando a los niños sujetos de derecho, la situación de desamparo que comporta la abdicación "motu proprio" de la madre de los deberes emergentes de la patria potestad, encuadra en la competencia establecida en el inc. b) de la ley 10.067. Agrega que el instituto de la guarda de menores, consistente en la entrega de un menor de edad a quien no es su representante legal, a fin que se le brinde el necesario amparo material y espiritual constituye una medida típicamente asistencial tendiente a la superación de dicha situación de abandono una vez comprobado.

El ejercicio de la patria potestad sólo es reconocido legal y naturalmente a los padres, no admitiéndose su delegación a terceros. En caso de abdicación expresa por parte de los progenitores al estado de familia, teniendo en cuenta su irrenunciabilidad e indelegabilidad, resulta lógico que ceda la natural presunción de idoneidad que la ley reconoce a todos los padres, y por ello se justifica la intervención del Estado, que a través de los jueces, deberá

⁷ Las Comisiones de Legislación General y de Familia y Minoridad de la Cámara de Senadores, en dictamen mayoritario han expresado: "A partir de la sanción de esta ley será únicamente el juez o el tribunal quien disponga la entrega de menores en guarda. Esta nueva disposición tiene como principal objeto el desalentar e impedir la entrega de menores, que en forma absolutamente fraudulenta y en infracción a normas legales se lleva a cabo en nuestro país. Esta modificación tiene como principal fundamento evitar el tráfico de niños" Orden del día nro. 389 del 23 de octubre de 1996, pág. 4713, publicado en LL 1997-D-994.

⁸ "C., G.B, C. P.E. s/ Guarda" (causa N. 67.403 del 12/8/97).

resolver la situación del menor.

Registro Único de Adoptantes - Interés del menor.

De allí que sólo resultará válida la entrega de un menor decidida por el juez, quien a través de su equipo interdisciplinario, elegirá a los guardadores entre los postulantes inscriptos en el Registro Único de Adoptantes.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, antes del dictado de la ley de adopción, mediante la Acordada 2.269/88 de la Suprema Corte de Justicia de Bs. As. (luego perfeccionado por Ac. 2.707/96), se dispuso la creación de un registro de familias postulantes a guarda con fines de adopción en cada uno de los juzgados del fuero de menores y un registro central. El registro se integra con la nómina de los menores tutelados que se encuentran en situación de ser entregados en guarda con fines de adopción.

Toda guarda concedida con fines de adopción debe ser comunicada al registro central y los guardadores deberán estar inscriptos en el libro de aspirantes del Tribunal.

Así, en función de esta organización administrativa, se pretende que toda entrega de un niño por parte de sus padres con fines de adopción sea efectivizada ante la autoridad pertinente, quien decidirá con intervención del Asesor de Menores, lo que mejor considere en el interés superior de éste (art. 75 inc. 22 C.N.; Convención so-

bre los Derechos del Niño, arts. 3 inc. 1 y art. 59 del Cód. Civil).

Quienes rechazan la guarda de hecho como antecedente válido de la guarda preadoptiva, entienden que ante el supuesto de entrega de un menor en guarda de hecho y promovida la intervención del órgano jurisdiccional competente, deben considerarse en principio los motivos de la “renuncia” efectuada por los progenitores, el menor ingresará a la calidad de tutelado por el patronato de estado provincial, decidiendo el juez de menores la medida que mejor observe el interés del mismo.

Sostienen que el superior interés del niño se traduce en que el niño pueda estar con su familia de sangre y “subsidiariamente” ser dado en adopción a una pareja previamente inscripta en el Registro. En ningún caso el interés del menor puede resultar de un acuerdo previo realizado por adultos, sin intervención del órgano competente, ya que de esta forma están desconociendo al niño como sujeto de derechos. Por ese motivo no puede el juez avalar las entregas extrajudiciales por contravenir la ley (arts. 2 de la ley 24.779, arts. 316, 317 y 318 inc.i) del Código Civil y arts. 1; 2; 3 inc. 1), 4, 21 de la Convención de los Derechos del Niño).

• El carácter “subsidiario” de la adopción

En esta línea, entonces, luego de ser evaluada la decisión materna y paterna de entrega del menor, acreditada la

imposibilidad de que otros familiares se hagan cargo del niño, recién se procederá a la declaración judicial de adoptabilidad. Agotadas todas las posibilidades que el menor permanezca con su familia de sangre, deviene procedente la posibilidad de la adopción, remarcando el carácter “subsidiario” de la medida.

¿Que sucede entonces con quienes se presentan en un juzgado con una guarda de hecho a solicitar la guarda judicial? Para quienes sostienen esta postura, el juez deberá retirar inmediatamente al niño y trasladarlo a un hogar sustituto, citar a los padres biológicos y en su caso a los demás familiares, y luego de descartar que algún miembro de la familia de sangre pueda hacerse cargo del niño, destinarlo a una pareja o persona del Registro Único de Adoptantes.

b.2. 2 Interpretación amplia del art. 318 C. Civil:

La realidad nos muestra que en muchos casos se presentan ante los tribunales personas que tienen un niño bajo su guarda, solicitando el otorgamiento de la guarda preadoptiva a los fines de obtener la adopción del menor.

Esta situación, como ya lo manifestamos, no está expresamente prohibida por el art. 318 del C.Civil, ni está prevista una solución legal.

Basándose en ello, parte de la doctrina entiende que debe otorgarse validez a las guardas de hecho por los siguientes argumentos:

Derecho de la mamá biológica a elegir

Graciela Medina⁹ afirma que no puede negarse a los padres la posibilidad de elegir al guardador de sus hijos, en primer lugar porque todo lo que no está prohibido está permitido y en segundo lugar porque existen normas que expresamente lo permiten, tales el art. 382 del C.Civil que admite que un padre designe tutor para sus hijos menores en caso de fallecimiento, y también el art. 274 del C.Civil que establece que los hijos pueden vivir en la casa de sus padres o en aquella que éstos le hubieren asignado.

Continuando con este razonamiento afirma contundentemente que *“En función de ello, decimos que no puede negarse a los padres el derecho a elegir el guardador de sus hijos....Y una de las formas en que puede hacerlo es entregando al menor en guarda de hecho a quienes serán luego los padres adoptivos de su hijo. Cualquier juez, ante una guarda de hecho donde se halle consolidada una relación paterno filial con un menor, por corta dura que esta tenga, no puede negar la situación: por el bien del menor, por respeto a los derechos de la familia*

⁹ MEDINA GRACIELA, op. cit.

guardadora y de los padres biológicos, que pueden querer y tener razones fundadas para escoger a determinados guardadores”.

En un trabajo posterior, la misma autora reafirma y amplía sus conceptos¹⁰: *“El legislador, al otorgarle al juez la facultad de elegir al guardador, ha tratado de garantizar que el proceso de adopción sea seguro y ventajoso para el menor y sus futuros adoptantes, pero lógicamente el magistrado no puede desatender la realidad fáctica en la que el adoptando se encuentra insito y si éste se encuentra bajo la guarda de hecho de quienes pretenden adoptarlo es innegable que los guardadores de hecho que reúnan las condiciones exigidas por la ley deben ser siempre preferidos a quienes son extraños al menor”.*

La madre biológica no quiere entregar a su hijo en adopción al primero de la lista del Registro de Aspirantes, que son desconocidos para ella, sino que quiere que los futuros padres de su hijo sean determinadas personas. ¿Cuál es el motivo para negar este derecho? Si el art. 383 del C.Civil autoriza a los padres designar tutor a los hijos para el caso de fallecimiento, no vemos la diferencia de designar una persona para que cuide de los hijos en caso de

no poder criarlos y educarlos.

No admitir la existencia de las guardas de hecho es negarse a la realidad. Existen múltiples y variados motivos para que una madre no quiera dar intervención a un Juzgado de Menores para efectuar la entrega de su hijo. ¿Modifica la actual legislación esta realidad?

A su vez, Francisco Ferrer¹¹ desarrolla: *“Finalmente, entendemos que los progenitores pueden manifestar judicialmente su voluntad de dar el hijo en adopción a determinadas personas, pues no se les puede negar el derecho a elegir las personas que van a hacerse cargo de sus hijos. La ley no lo prohíbe, y además esta solución parece preferible a dejar al niño bajo el Patronato del Estado para luego ser adjudicado al primer postulante. Y además es coherente con el art. 383 C.C. que autoriza a los padres a designar tutor por testamento a su hijo menor, por lo que no podría negárseles el derecho a designar en vida un guardador de su hijo. Esto sin perjuicio, desde luego, de la potestad del Juez de verificar si se cumplen los requisitos legales y si es conveniente la adopción al interés del menor”.*

Reconocer la existencia de una guarda

¹⁰ MEDINA Graciela, “La guarda de hecho y la adopción”, Jurisprudencia Argentina, nro. especial del 16-9-98, pag- 11/14.

¹¹ FERRER Francisco, “Citación de los padres biológicos al juicio de adopción”, Jurisprudencia Argentina, nro. especial del 16-9-98, pág. 68.

de hecho no implica oponerse a la guarda judicial o pretender burlar el sistema legal o actuar en fraude a la ley. La guarda judicial es el único camino legal posible para obtener en definitiva la adopción, pero ello no contradice a utilizar como antecedente una guarda de hecho.

Es necesario revisar algunos conceptos con relación a la entrega extrajudicial de niños.

¿Por qué una mamá entrega a un niño en adopción?

Hasta no hace mucho tiempo, nadie al hablar de adopción se refería a por qué una madre entregaba a su hijo, procurando que la vida del niño comenzaba a partir de la adopción y de esta manera se sostenía que el menor "estaba a salvo".

Al profundizar en los relatos de vida de las madres que entregan a sus hijos, advertimos que no se trata de personas con "valores especiales", que existe una amplia diversidad de historias, cuya característica común es el dramatismo de las situaciones que les han tocado vivir.

Si consideramos el derecho a la identidad como un presupuesto básico de los individuos, tendremos que detenernos en las historias de quienes dieron vida a ese niño que fue entregado en adopción.

Del universo de estas mujeres, habrá muchas que por graves problemas

económicos y sociales no se encuentran en condiciones de criar a su bebé. Pero también existen muchas de ellas que no quieren quedarse con sus hijos, no han elaborado psíquicamente el deseo de tener al hijo aunque lo hayan engendrado biológicamente.

Consideramos que debemos ser respetuosos de este deseo, aunque esto conculsióne algunos estereotipos socioculturales fuertemente arraigados.

Deberíamos diferenciar *el no poder* quedarse con el hijo, *del no querer* quedarse con él.

Pareciera existir una suerte de condena hacia aquella mujer que "es capaz" de "abandonar" a un hijo.

En primer lugar coincidimos con diversos doctrinarios en la necesidad de dejar de lado el término "abandono": calificativo peyorativo no sólo para la madre biológica sino estigmatizante para el niño entregado. La mamá que realiza una entrega extrajudicial no está abandonando a su suerte a su hijo, no lo está exponiendo a riesgo alguno o peligro físico o moral. En un acto de amor, preocupada por el destino que le depara a su hijo lo entrega a terceras personas para que se encarguen de él. Si hubiese querido abandonarlo, lo hubiera podido hacer.

En segundo término, y recogiendo in-

terésantes conceptos de Eva Giberti¹², existe a nivel socio cultural la idea predominante de una presencia biológica del instinto materno en las mujeres, sólo por su condición de tales.

Esto es, que las mujeres, por el sólo hecho de serlo, poseen natural y biológicamente un "instinto materno" que garantiza la efectividad en el ejercicio del rol materno. Sobre esta base, quienes no quieran o no puedan ejercer tal rol, se convierten en "anormales", en "no mujeres" pues contradicen un dato biológico propio de las mujeres.

Puntualmente, con relación a las mujeres que entregan sus niños en adopción, Giberti precisa: *"...También cabe interrogarse acerca de la pléyade de mujeres que entregan a sus hijos en adopción, fenómeno característico en América Latina: ¿les faltaría tal instinto?... No es posible sostener que quienes se deshacen de sus hijos carecen de amor maternal: es preciso estudiar cuidadosamente las situaciones en las que una mujer resuelve proceder de ese modo y evaluar las circunstancias en que vive. **"Menos aún es posible argumentar en función de un supuesto instinto cuya existencia no ha sido posible demostrar..."*** (el resaltado nos pertenece).

Mantener una postura rígida implica impedir que una mamá biológica (y determinamos mamá ya que en la inmensa mayoría de los casos de niños

entregados es la mujer quien se encarga de realizar todos los trámites necesarios, manteniendo oculto el nombre del progenitor quien se desentiende en forma absoluta del "asunto") pueda elegir a los futuros padres de su hijo.

En muchos casos, la elección que realiza la madre no es directa. Esto es, interviene alguna persona que conoce a una mamá que quiere entregar a su hijo y, generalmente, a un matrimonio que quiere adoptar un niño. Y realiza la intermediación.

No se puede ser tan ingenuo como para desconocer que aquí reside el meollo del problema. ¿Cómo asegurar que no existe dinero o algún otro interés, organizaciones de profesionales, de por medio? Esta será función del Poder Judicial cuando tome intervención en el asunto: indagar la real voluntad de la madre y las circunstancias que rodearon la entrega, tarea que seguramente no será nada sencilla. Máxime, en la actual situación de desamparo asistencial en la que se encuentra inmersa la población general y aquella en riesgo en particular.

Pero esta realidad nos lleva a cuestionar porqué una mamá confía más en las personas que actúan como intermediarios en la elección de los futuros padres de su hijo que en el Poder Judicial.

Puede ser la distancia, en muchos pueblos es muy difícil acceder al sistema

¹² GIBERTI Eva, "Lo familia' y los modelos empíricos", en Vivir en Familia, Ed. Losada. Unicef.

de justicia; respeto y confianza en la persona que intermedia (cura del pueblo, integrante de alguna institución benéfica). O también puede ser por la forma en que interviene el Poder Judicial: funcionarios que juzgan y condenan la decisión de entrega, ya desde el rótulo "abandono", trato despersonalizado o invasor de la esfera íntima de las personas, etc.

Entendemos que resulta necesario un serio replanteo sobre la intervención del Poder Judicial. Si una reforma legislativa de la cuestión de fondo no es acompañada con un cambio profundo en el modo de operar ante el caso concreto, estamos perdidos.

Interés del menor

Ante una entrega extrajudicial, es imprescindible la intervención del Poder Judicial con la finalidad de verificar que la situación fáctica no sea perjudicial para el menor, tomar conocimiento de la voluntad de la madre biológica, controlar las condiciones personales de los guardadores, vínculo afectivo creado entre el niño y sus guardadores, etc.

Pero si los resultados de todos éstos controles son favorables al mantenimiento de la situación de hecho, ¿se protege el interés del menor ordenando el retiro del niño de sus guardadores y su entrega al postulante (matrimonio o no) correspondiente del Registro de Adoptantes?

Por mandato constitucional el juzgador debe tener primordialmente en cuenta el interés superior del menor (art. 3 Convención de los Derechos del Niño). El "interés superior del niño" o su mejor interés es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido es necesario precisar en cada caso concreto. O sea, las posiciones ideológicas apriorísticas con relación a qué es lo mejor para cada niño ceden ante la historia personal y la comprobación de elementos fácticos que brindan, con mayor precisión, qué es lo que protege mejor y facilita a un niño su "desarrollo integral".

Habría que analizar cada caso. No puede sostenerse en forma absoluta que el mejor interés del niño se encuentra garantizado con su familia biológica. Habitualmente, la búsqueda de familiares para hacerse cargo del menor, provoca graves dilaciones en el proceso, en desmedro del menor.

Un niño entregado extrajudicialmente en guarda ya ha sufrido una pérdida al abandonar el útero materno y desprenderse de su mamá biológica. ¿Se protege su "superior interés" si desde el Poder Judicial se ordena una nueva pérdida a través de su entrega a desconocidos, obligando a un niño a establecer nuevos lazos afectivos con personas que no conoce?

Por otra parte, Eduardo Zannoni¹³

¹³ ZANNONI Eduardo "Derecho Civil - Derecho de Familia", T.2, 3° ed., Ed. Astrea, 1998, pág. 642.

sostiene: "... Desde luego, parece incontestable que esa guarda extrajudicial será insuficiente para habilitar el juicio de adopción, pues ella no ha sido discernida por el juez del domicilio del menor o el del lugar donde se comprobó su abandono, pero creemos que los guardadores de hecho pueden presentarse a dicho juez acreditando la guarda que ejercen y el magistrado podrá convalidarla tanto en lo relativo al tiempo ya cumplido como, por lo menos, permitir que el tiempo que se fije -de seis meses a un año - se compute a partir de ese momento. Parece elemental que la integración familiar y afectiva del menor consolidada durante el período de la 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 excepcional".

Uno de los principios a tener en cuenta en relación al otorgamiento de las guardas judiciales es el principio de no innovar.

Oswaldo Pitrau¹⁴ sostiene: "Este principio tiene aplicación en el caso en que ya se ha provisto la guarda del menor y se pretende cambiar al guardador. Puede ser enunciado del siguiente modo: "establecida una guarda, se presume disvalioso para el menor el cambio de la misma" o, dicho de otra manera:

"se presume beneficioso para el menor mantener la situación de guarda existente, ante la posibilidad de un cambio"... "En forma subyacente se valora el tiempo transcurrido de guarda efectiva y su consecuencia: la relación afectiva psicológica familiar paternal o maternal, que es irreversible y que un posterior cambio de guarda afectaría con evidente perjuicio para el menor... Esto no significa dejar de lado el carácter esencialmente precario de toda guarda, pero obliga a considerar siempre las consecuencias que su cambio puede acarrear al niño".

Entendemos que estos conceptos son aplicables, aunque son previos a la promulgación de la actual ley de adopción y no se refieren directamente a las guardas de hecho en el marco de ella.

En definitiva, entendemos que en cada caso en concreto se deberá analizar si la situación de hecho es beneficiosa o perjudicial para el menor y de allí decidir si se mantiene o no la misma.

IV. Interpretación propuesta

Adherimos a la que hemos denominado interpretación amplia del art. 318 de la ley 24.779, por las consideraciones ya analizadas.

A modo de conclusión, entendemos:

¹⁴ PITRAU Oswaldo, "La guarda de menores", Revista interdisciplinaria de Derecho de Familia, nro. 4, Ed. Abeledo-Perrot, 1990, pág. 63.

a) El espíritu de la ley vigente es muy loable, ya que procura que el Estado sea el administrador de todas las adopciones. La ley ha intentado de esta forma evitar los ilícitos que pudieran generarse en los casos de entregas privadas, y se garantiza al menor la calidad y condiciones personales de los guardadores desde el inicio de la convivencia.

No obstante, las alternativas delictivas no se han acabado: es posible realizar suposiciones de estado civil, ya sea del padre guardador que inscribe como propio el hijo de la madre biológica que no tiene filiación paterna, o médicos que expiden certificados de nacimiento falsos haciendo constar el nombre de los pretensos padres adoptivos como si fueran los biológicos.

De allí que cabe preguntarse si la actual legislación ha provocado como efecto no deseado una fuga a este tipo de conductas, ya que resulta llamativa la disminución de las adopciones.

b) El divorcio entre lo que ha pretendido la ley y la realidad social sobre las entregas de hecho de los menores para ser adoptados nos hace reflexionar sobre la actitud de las personas frente a la ley: *“El hecho de que la observancia de una norma haga a la acción colectiva más eficiente que la acción que podría darse en la misma situación que no observa ninguna norma no*

*quiere decir que la primera acción sea preferible a la segunda tout court: si bien la eficiencia es un valor, como dije, es inferior al valor justicia, y la acción colectiva anómica puede ser más justa o menos injusta que la que responde a ciertas reglas”*¹⁵

c) La ley 24.779 ha desconocido que existen madres biológicas que no llegan a los tribunales para entregar a sus hijos y que, en muchos casos, quieren entregarlo a una persona o pareja determinada.

d) Resulta necesario un replanteo de la forma de intervención del Tribunal que provoque en aquellas madres biológicas que pretendan entregar a sus niños la confianza necesaria para recurrir directamente al poder judicial. Es imprescindible analizar cómo son entrevistadas las madres biológicas, qué actitud se asume frente a ellas, ya que presionarlas para que retengan al bebé es tan contraproducente para el niño como presionarlas para que los entreguen. Se deben abandonar prejuicios que impliquen una falta de respeto a la decisión materna.

e) Aquello prohibido por el art. 318 del Código Civil es la entrega de un menor en guarda mediante escritura pública o acto administrativo, a los efectos de solicitar la adopción del menor. Es decir, está prohibido –privado de efectos jurídicos– el otorgamiento

¹⁴ PITRAU Osvaldo, “La guarda de menores”, Revista interdisciplinaria de Derecho de Familia, nro. 4, Ed. Abeledo-Perrot, 1990, pág. 63.

privado de una guarda preadoptiva con fines de adopción.

Por lo tanto, ineludiblemente deberá ser el juez quien otorgue la guarda preadoptiva, tal como lo dispone el art. 317 y por el plazo indicado por el art. 316, para luego recién poder solicitar la adopción del menor.

No obstante, la entrega en forma privada no está prohibida por la ley: cualquier instrumento (escritura pública o no) es demostrativa de una situación de hecho y podrá ser utilizado como prueba de ello.

f) El juez deberá indagar exhaustivamente la voluntad de la madre biológica del menor a los fines de aventar cualquier sospecha de ilícito y confirmar su voluntad de entrega. Los padres biológicos tienen el derecho a ser asesorados y su consentimiento debe ser informado.

Ello, en virtud del art. 317 del C.Civil que fulmina con la nulidad la inobservancia de la citación de los padres biológicos al proceso de guarda.

Se debe ser respetuoso de la voluntad de entrega de los padres biológicos, procurando que la intervención del tribunal no genere nuevos problemas familiares, intentando no traumatizar a los padres, haciéndoles repetir su dolorosa historia frente a todos los funcionarios judiciales y en reiteradas oportunidades.

g) Ante una guarda de hecho el juez (con la colaboración de su equipo inter-

disciplinario) controlará las condiciones personales de los guardadores del niño, en garantía de su protección integral. Pero deberá hacerlo en forma urgente y en un mínimo plazo de tiempo, ya que de lo contrario, mantener al niño bajo su custodia implicaría aumentar el daño psicológico en el menor en caso de ser necesaria su separación.

h) Entendemos que es altamente perjudicial para el niño ser separado de sus guardadores si no existen motivos fundados para ello, es decir, si los guardadores son aptos para ejercer los roles paterno y materno al que han sido asignados.

i) La condición de sujetos de derecho de los menores, y la protección a su superior interés impone la necesidad de abandonar posturas apriorísticas que impliquen un menoscabo a su integridad psíquica, resultando necesario el análisis pormenorizado de cada caso en particular, siendo perjudicial asumir una posición rígida que impida el cumplimiento del principal objetivo del instituto de la adopción: dotar a un niño de una familia que le brinde asistencia material y espiritual, colocándolo en el lugar de hijo biológico.

j) El desafío pendiente es lograr el mejor diseño asistencial, legal y judicial que logre asegurar el destierro de prácticas delictivas, como el tráfico de niños, sustitución de estado civil u otros, con la convicción que el desconocimiento de la realidad de las guardas de hecho no resulta eficiente para ello.