

# LA PROHIBICIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Por Fabian Eduardo Faraoni<sup>1</sup>

## Sumario:

- 1. La remozada prohibición de la guardas de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.**
- 2. Conceptualizando la guarda de hecho**
- 3. La guarda de hecho en el Código Civil y su realidad**
- 4. Las señales de los Tribunales Nacionales e Internacionales**
  - 4.1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación: La incidencia del factor tiempo**
  - 4.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso Fornerón e hija vs. Argentina. Un precedente indubitado de la prohibición de la guarda de hecho**
  - 4.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El respeto por la vida familiar**
- 5. Los proyectos de Ley de Adopción: Algunos esbozos de la entrega directa**
- 6. Los alcances del artículo 611 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**
- 7. Acotación final**

## **1. La remozada prohibición de la guarda de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.**

El art. 611 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, expresa: “*Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción*”.

Se afirma en los fundamentos de la Comisión Redactora del Proyecto que la norma analizada se enrola en la postura legislativa ya adoptada por la ley 24779<sup>2</sup> de prohibir

---

<sup>1</sup> Abogado y Procurador egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor por concurso de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones) y Docente a cargo de la asignatura opcional “Derecho Procesal de Familia”, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente Investigador categorizado en la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Cámara de Familia del Poder Judicial de la Ciudad de Córdoba.

expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, y la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

De este modo se reitera en la norma examinada la proscripción de las guardas de hecho con fines adoptivos, a la vez que se remarca con mayor precisión las facultades otorgadas al juez -en caso de transgresión a dicha prohibición- para separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho.

Conjuntamente, se contemplan las excepciones a este umbral general, posibilitando la demostración judicial en relación a que la elección de los progenitores biológicos se asienta en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo entre ellos y el o los guardadores del niño.

En cualquiera de los supuestos, el valladar sólo puede ser superado mediante la correspondiente declaración de situación de adoptabilidad, y la obligatoria inscripción de los interesados en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos pertinente, bajo sanción de nulidad absoluta.

En el marco de la norma proyectada, la guarda con fines adoptivos -al igual que en el régimen de la ley 24779-, es una competencia exclusiva de la esfera judicial, pero se fortalece la previsión normativa con un concreto rechazo de la práctica conocida como “pacto de entrega directa” o “guarda puesta”, materializada fuera de todo control del ámbito institucional, administrativo o judicial.

Ello involucra la obligación para los guardadores o pretendientes adoptantes de estar inscriptos en el registro respectivo y de haber sido evaluados a esos efectos por los equipos técnicos de los organismos de protección, procurando de ese modo evitar que los niños y niñas sean objeto de un convenio oneroso o gratuito a través de mecanismos irregulares o ilegales para llegar a la adopción.

## **2. Conceptualizando la guarda de hecho**

La guarda de hecho hace referencia a la situación por la cual un niño, niña o adolescente se encuentra a cargo de otra u otras personas, a quien cualquiera de los progenitores u otros familiares confían su custodia y cuidado.

---

<sup>2</sup> Ley 24779. Sancionada: 28/02/1997. Promulgada: 26/03/1997. Publicada en Boletín Oficial: 01/04/1997.

Con este alcance la doctrina sostiene que la expresión guarda de un hijo identifica la situación por la cual una persona menor de edad está bajo el cuidado de otra u otras<sup>3</sup>.

Asimismo, se sostiene que la guarda de hecho 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<sup>4</sup>; o que es aquella que tiene lugar cuando una persona, sin atribución de ley o delegación del juez, en los hechos y por propia autoridad, toma a un menor a su cargo<sup>5</sup>.

Por otra parte, se expresa que la característica relevante que define a la guarda de hecho es la ausencia de atribución de la ley, ni del juez; dejando así concretamente subrayada la existencia de una diferencia con las guardas de derecho<sup>6</sup>.

En definitiva, la entrega directa en guarda de hecho se conforma cuando el niño o niña es entregado por ambos progenitores biológicos, o sólo por uno de ellos, a otra persona ya sea un familiar, amigo, vecino o tercero que asume la calidad de guardador, sin ningún tipo de formalidad, ni intervención de autoridad administrativa o judicial, ni de un proceso previo a los fines de su configuración.

En Argentina las guardas de hecho son una realidad en la que estamos inmersos, por la cual los padres, por distintas razones, entregan su hijo a un matrimonio, a una persona sola, o a parejas convivientes, para que se hagan cargo de él con miras a una posible adopción en la generalidad de los casos.

El examen de las causas que configuran este suceso, excede los términos de este comentario, siendo viable señalar sólo a título meramente ejemplificativo y globalizador la carencia de posibilidades económicas de los progenitores para asumir la crianza de su hijo, y la dimisión de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental.

### **3. La guarda de hecho en el Código Civil y su realidad**

La ley 24779 priva de toda eficacia jurídica a la entrega de un niño, niña o adolescente en guarda de hecho, la cual necesariamente deberá ser confirmada judicialmente<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> MEDINA, Graciela. La guarda de hecho y la adopción. JA 1998-III-959. Abeledo Perrot N°: 0003/000492. Agrega la autora que jurídicamente la palabra "guarda" tiene significados diferentes. En un primer sentido, "guarda" es el acto jurídico por el cual se le entrega a una persona la custodia de un niño; en un segundo, es el estado que para las partes deriva de este acto; finalmente, puede entenderse a la guarda como un proceso.

<sup>4</sup> LUDUEÑA, Liliana G. La guarda de hecho en las VI Jornadas de derecho de familia, menores y sucesiones. JA 2000-II-910. Abeledo Perrot N°: 0003/007545.

<sup>5</sup> CAFFERATA, José Ignacio. La guarda de menores, Ed. Astrea. Buenos Aires. 1978. pág. 55.

<sup>6</sup> ARIZA, Cecilia del Valle. La guarda. Ed. Alveroni. Córdoba. 2007. pág. 80.

Es decir, que en los supuestos fácticos en que se entrega a un hijo directamente a los pretendidos adoptantes, el único procedimiento a seguir consiste en obtener el otorgamiento judicial de la guarda. Ello es una consecuencia de la judicialización de la guarda imperativamente impuesta en el art. 316 del Código Civil<sup>8</sup>.

Así, el art. 318 del Código Civil prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

Se entiende desde un sector doctrinario que la aludida prohibición contenida en el art. 318 del Código Civil, específicamente no alcanza al otorgamiento de la guarda de hecho, ni tampoco una imposibilidad para que los progenitores elijan quiénes van a ser los guardadores de sus hijos, por aplicación del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido<sup>9</sup>.

También se ha sostenido, que ateniéndonos a la literalidad del art. 318 del Código Civil, lo que está vedado por el ordenamiento adoptivo es la entrega en guarda con fines de adopción; y la finalidad es bien evidente: erradicar una práctica viciosa que impedía o dificultaba a los jueces el debido control de idoneidad de los pretendidos adoptantes en función del interés del niño que estaba en juego en el caso concreto. No es posible entonces obviar las necesarias discriminaciones tras una identificación inadmisiblemente entre los diferentes tipos de guarda<sup>10</sup>.

El diseño del art. 318 del Código Civil se vincula con la necesidad de conferir seguridad y garantías al proceso de adopción, respetando el interés superior del niño, con lo cual constituye en definitiva una prohibición de la guarda extrajudicial, pues es necesaria la guarda previa otorgada judicialmente como requisito para promover el ulterior juicio de adopción<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre el punto puede verse, entre otros: FANZOLATO, Eduardo Ignacio. La Filiación Adoptiva. Ed. Advocatus. Córdoba. 1998; LLOVERAS, Nora. Nuevo Régimen de adopción. Ley 24.779. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1998; ZANNONI, Eduardo A. Tratado de Derecho de Familia. Tomo 2. 5º ed. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2006; MORENO DE UGARTE, Graciela M. Validez del acto de entrega del hijo en adopción efectuado por la madre en estado puerperal. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia. Directora: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci y Nora Lloveras. Nº 50. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Julio de 2011, pág. 162/173.

<sup>8</sup> LLOVERAS, Nora. Nuevo régimen de adopción Ley 24.779. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1998. pág. 141 y ss.

<sup>9</sup> DI LELLA, Pedro. Vigencia de la delegación notarial de la guarda. Revista del Notariado Nº. 849, 08/09/1997, pág. 38.

<sup>10</sup> MIZRAHI, Mauricio L. La guarda de hecho, los aspirantes a la adopción y el interés del niño. Comentario a fallo: Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 23/09/1999, M., M. B. JA 2001-I-22. Abeledo Perrot Nº: 20010733.

<sup>11</sup> Conf. LLOVERAS, Nora. Nuevo régimen de adopción Ley 24.779. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1998. pág. 169 y ss.

Con el propósito evidente de disuadir el tráfico de niños, la reforma de la ley de adopción del año 1997 prohibió la “guarda notarial”, siendo la única forma de acceder a la adopción mediante la guarda con fines de adopción, con la intervención del órgano jurisdiccional, salvo en el supuesto del hijo del cónyuge en que se prescinde del requisito de la guarda preadoptiva (art. 316 -último párrafo- del Código Civil).

Sin perjuicio del marco legal descripto, no puede soslayarse que en la práctica se materializa la entrega en guarda de hecho para posteriormente concretar su legalización mediante el proceso de guarda preadoptiva, que no contempla expresamente esa posibilidad.

Explica con acierto la doctrina en la materia que la existencia de las guardas de hecho es un supuesto que muestra la realidad y que el derecho no puede ignorar. Así, se señala que siempre habrá una madre que buscará quien cuide al niño porque ella no está en condiciones de hacerlo, por ejemplo, a un vecino, amigo, pariente cercano o lejano, u otra persona o matrimonio al que conoce o acaba de conocer. Ello configura una guarda de hecho, que según las circunstancias del caso y tras la evaluación judicial, podrá ser o no la antesala de una adopción a favor de los guardadores elegidos<sup>12</sup>.

En ese punto, se establece una relación o conexidad entre la guarda de hecho y la guarda con fines de adopción, por ser moneda corriente en la actualidad que la segunda en innumerables oportunidades reconoce su origen en la primera.

En efecto, en el derecho vigente impera la prohibición de los padres biológicos a decidir la entrega directa a favor de una persona o matrimonio determinado con miras a la adopción de su hijo, pero la realidad muestra en su otra cara la existencia de innumerables casos en que la compleja situación familiar deriva en que la madre biológica intervenga en la elección de los futuros adoptantes y luego o concomitantemente preste su consentimiento a esos fines en los términos del art. 317 del Código Civil, consolidando una guarda de hecho de difícil reversión, salvo que ello no consulte el interés superior del niño, niña o adolescente<sup>13</sup>.

#### **4. Las señales de los Tribunales Nacionales e Internacionales**

---

<sup>12</sup> Conf. HERRERA, Marisa. El derecho a la identidad en la adopción. Tomo I. Ed. Universidad. Buenos Aires. 2008. pág. 390

<sup>13</sup> Cfr. ZANNONI, Eduardo A. y BOSSERT, Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. 5ta. edición actualizada y ampliada. 2da. reimpresión. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2000. págs. 526 y 527; BALIERO DE BURUNDARENA, Ángeles, CARRANZA CASARES, Carlos A., HERRERA, Marisa. La elección de la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño. La Ley 2001-F, 1101.

El contexto antes descripto desemboca en la decisión legislativa de la expresa prohibición de la entrega directa en guarda de hecho contenida en el art. 611 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Dicha circunstancia no es más que el corolario de la necesidad de que las guardas de hecho sean evaluadas por la justicia, a los fines de evitar la consolidación de los vínculos afectivos entre el niño o niña y su guardadores fuera del sistema judicial por los hechos ya consumados, con la consecuente y posible violación de los derechos fundamentales de esos niños y niñas, como los de sus progenitores si el desprendimiento reconoce una causación ilegítima.

En este aspecto, corresponde destacar algunos de los indicadores que motivaron al legislador del año 2012 a formular y plasmar la propuesta normativa que relega las guardas de hecho con fines adoptivos.

Entre ellos pueden enunciarse los precedentes emanados de los Tribunales Nacionales e Internacionales en materia de adopción.

#### **4.1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación: La incidencia del factor tiempo**

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diversos precedentes referidos a la guarda preadoptiva y a la adopción, ha sentado pautas a los fines de determinar, en el caso concreto llevado a resolución, el alcance y contenido del interés superior desde una mirada constitucional a la luz de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes<sup>14</sup>.

Se reseñan dos de ellos, por su expresa vinculación al tema abordado.

a) El caso “S.C. s/Adopción”, de fecha 02/08/2005<sup>15</sup>, se refiere a una niña nacida en enero de 1997, cuya madre al día siguiente suscribió un acta notarial de entrega en guarda a un matrimonio, el cual un mes después inicio el trámite judicial de adopción, pero en julio del mismo año la madre solicitó la restitución de su hija. En octubre se ordena la restitución, pero no se concreta la misma en virtud de un recurso extraordinario interpuesto por los guardadores.

---

<sup>14</sup> Conf. TAVIP, Gabriel Eugenio. La especial aplicación del Interés Superior del Niño en la guarda preadoptiva y la adopción, con referencia a cuatro fallos de la CSJN. En El Interés Superior del Niño. Visión Jurisprudencial y aportes doctrinarios. Ed. Nuevo Enfoque. Córdoba. 2009. pág.193.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. “S.C. s/Adopción”. Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad, Vol.17, septiembre de 2005, pág. 1753; y BOSCH MADARIAGA (h), Alejandro F., Adopción - Interés superior del menor - Una decisión difícil - Una solución justa. Fallo comentado. DJ 2005-3, 326.

En septiembre de 2001 se expidió la Suprema Corte de Buenos Aires que rechazó el recurso de los guardadores. Contra dicho pronunciamiento los guardadores interpusieron recurso extraordinario federal.

En agosto de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso disponiendo que la niña quedara en guarda de sus actuales tenedores y ordenó que el expediente se devuelva al Tribunal de origen para que se definiera la situación de la niña.

La Suprema Corte de Buenos Aires el 16/08/2006 otorgó la adopción simple de la niña al matrimonio.

En todas las instancias judiciales se destacó el carácter adverso del factor tiempo, constituyendo un elemento que no ha podido ser sorteado. La niña convivió desde su nacimiento y durante ocho años con los guardadores.

**b)** En el proceso “G.,H. J. y otra”, de fecha 19/02/2008<sup>16</sup>, se debate la procedencia de la guarda preadoptiva de una niña nacida el 01/10/2003, que dos días después del nacimiento fue entregada por su madre biológica en forma directa a terceros porque no podía mantenerla. Pocos días antes del nacimiento los actores habían iniciado el trámite de inscripción en el Registro Centralizado de Adopción de la Provincia del Chaco, quedando registrados en mayo de 2004, e iniciando la guarda preadoptiva en octubre del mismo año.

El juez de Primera Instancia y la Sala de Apelaciones rechazaron el pedido de guarda preadoptiva y declararon a la menor en estado de abandono, disponiendo su inmediata entrega al juez para que designara una familia acogedora.

Interpuesto el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, el mismo fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia del Chaco, quien señaló que los guardadores obviaron conscientemente el circuito establecido por las leyes de adopción, ya que habían recibido a la menor por entrega directa, y que la renuncia de la madre por razones económicas no había sido libre. Contra dicho pronunciamiento los actores interpusieron recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de Nación el que fue rechazado, por lo que presentaron recurso de Queja que fue declarado procedente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación le otorgó a los demandantes la guarda de la menor con fines de adopción, y ordenó al juzgado de grado disponer los

---

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. “G.H.J. y M.E.D de G. s/ Guarda preadoptiva”, 18-02-08; y BURDEOS, Florencia. Entregas directas en la adopción: un fallo sugestivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo comentado. La ley Online.

acompañamientos psicológicos y sociales que correspondieran, así como también el seguimiento periódico de la guarda.

El criterio sostenido por el Máximo Órgano Jurisdiccional Nacional luce claro: la consolidación de la situación de hecho generada por la entrega directa de un niño o niña por parte de su madre a los guardadores, a la luz de las particularidades de cada caso, determina una inevitable inclinación de la ponderación a favor de estos últimos frente a la pretensión de reposición a la familia biológica.

A tenor de los propios dichos del Alto Cuerpo, se trata de no sujetarse a modelos o fórmulas prefijados, haciendo primar el interés superior del niño en cada supuesto llevado a consideración, y garantizando el mantenimiento de las condiciones de equilibrio que aparecen como más estables para ese niño, niña o adolescente.

#### **4.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso Fornerón e hija vs. Argentina. Un precedente indubitado de la prohibición de la guarda de hecho.**

Este trascendente caso resuelto en los estrados internacionales<sup>17</sup> se relaciona con la violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica.

Del relato de los hechos resulta que la niña fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tuvo acceso a la niña y el Estado Argentino no implementó un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el señor Fornerón a lo largo de más de diez años de litigio en la justicia de Entre Ríos.

Con fecha 27 de abril 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró por unanimidad que el Estado Argentino es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la Convención Americana, y que incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana.

En su sentencia el Tribunal Internacional dispuso, entre otras cuestiones: 1. Que el Estado debe establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija; 2. Que el Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas, de manera que el acto de

---

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia del 27 de abril de 2012, <http://www.corteidh.or.cr/nota>.

entregar un niño o niña a cambio de una retribución o cualquier otra compensación, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal; 3. Que se abonen las cantidades fijadas en concepto de indemnización por daño material e inmaterial.

Si bien en el procedimiento cumplido ante la Corte, se alegó la existencia del tráfico de niños y niñas en Argentina como una práctica habitual conocida por el Estado, lo cual fue resistido y negado por éste último, dicho extremo no fue reiterado en la determinación de los hechos del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, motivo por el cual la Corte no consideró puntualmente las invocaciones alegadas en ese sentido.

No obstante ello, la Corte estimó conveniente aclarar que si bien existen diversos e importantes indicios que avalan la posibilidad de que la niña haya sido entregada por su madre a cambio de dinero, los mismos no resultan suficientes para arribar a una conclusión sobre ese hecho, siendo determinante de ello la ausencia de una investigación penal efectiva.

En este punto, se señaló que el Estado no investigó la alegada “venta” de la niña al matrimonio, a pesar que existía la obligación de adoptar todas las medidas, entre otras las penales, para impedir la venta de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin.

Asimismo, la Corte indicó que la sanción penal es una de las vías idóneas para proteger determinados bienes jurídicos, pues la entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad.

Por otra parte, la Corte puso de resalto que la obligación de prohibir penalmente toda venta de niños y niñas ha sido afirmada por el Estado al ratificar, el 25 de septiembre de 2003, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. En esa ocasión, Argentina realizó, entre otras, una declaración interpretativa indicando su preferencia por una definición más amplia de venta que aquella prevista en el Artículo 2 del Protocolo, señalando además que “la venta de niños debe ser penalizada en todos los casos y no solo en aquellos enumerados en el artículo 3 párrafo 1.a del Protocolo mencionado”

Finalmente, en sus Consideraciones Generales la Corte recordó que tiene establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede

constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia acogedora, y por lo tanto la mayor dilación en los procedimientos puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho.

El precedente Fornerón lleva a primer plano la necesidad de que el Estado Argentino adopte todas las medidas conducentes para evitar la entrega de un niño o niña a cambio de una retribución o cualquier otra compensación, cualquiera que sea su forma o fin, tipificando dicha figura penalmente para que constituya una infracción penal de conformidad con los estándares internacionales.

Aquí se verifica el acierto de lo expresado en los fundamentos del Proyecto al justificar el rechazo de la entrega directa efectuada fuera de todo ámbito de control, en pos de evitar esta práctica ofensiva de los derechos de la persona y de sus derechos humanos fundamentales, que impele a someter a los niños a la condición de ser objetos de una transacción o acuerdo, oneroso o gratuito, mediante la utilización de dispositivos anómalos que operan de un modo más o menos organizado.

#### **4.3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El respeto por la vida familiar**

En un reciente pronunciamiento<sup>18</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por seis votos a favor y uno en contra, concluyó que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados para hacer cumplir el derecho del demandante al reagrupamiento con su hijo y, en consecuencia, vulneraron el derecho del padre al respeto de su vida familiar garantizado por el artículo 8 del Convención Europea de Derechos Humanos, concediendo al reclamante una indemnización pecuniaria a cargo del Estado demandado en concepto de daño moral.

Los hechos de caso se remontan al año 2001 en que una pareja no casada de ciudadanos nigerianos ingresaron a España junto con su hijo. El padre obtuvo un permiso de residencia y otro de trabajo, en cambio la madre se encontraba en una situación irregular y en octubre de 2001 fue expulsada del territorio español.

El niño no figuraba inscripto en ningún Registro Civil y a partir de mayo de 2001 fue confiado por sus padres a una pareja de españoles que lo acogió y guardó de facto.

---

<sup>18</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. STEDH, "K. A. B. contra España". Sentencia de fecha 10 de abril de 2012; y Cfr. ARGANARAZ, Mariangeles, MONJO, Sebastián. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del consentimiento prestado por los padres biológicos con vistas a la adopción de sus hijos. DFyP 2012 (septiembre), 71.

En noviembre de 2001 la Fiscalía de Menores de Murcia pidió al Servicio de Protección de Menores que efectuara los oportunos trámites ante las autoridades diplomáticas nigerianas para lograr la reagrupación familiar entre madre e hijo, pero la madre no fue localizada, motivo por el cual dicho Servicio de Protección dictó resolución declaratoria de desamparo respecto del niño. Si bien K.A.B. se opuso al acogimiento de su hijo, ofreciendo someterse a la realización de la prueba biológica tendiente a demostrar su paternidad respecto del niño, la misma no pudo efectuarse por la falta de recursos económicos del K.A.B.

Luego de diversos avatares procesales en el mes de marzo de 2004 la Comisión Regional de Tutela del Menor formuló la propuesta de adopción del niño, solicitando K. A. B. el cese del régimen de acogimiento y en forma subsidiaria la fijación de un régimen de visitas a su favor y la suspensión del proceso de adopción.

En paralelo, K.A.B. inicio la acción de filiación y realizadas las pruebas de paternidad en mayo de 2005 el Juzgado de Familia N° 9 de Murcia declaró que el niño era hijo extramatrimonial de K. A. B., ordenó su inscripción en el Registro Civil, pero señaló que el pedido de cese del régimen de acogimiento excedía el objeto de acción filiatoria impetrada.

En noviembre de 2005, K. A. B. interpuso la acción de impugnación de la adopción invocando que no había dado su consentimiento previo para la misma peticionando reagruparse con su hijo, la cual fue desestimado por la sentencia de fecha 13 de julio de 2006 dictada por el Juzgado de Familia N° 3, al considerarse que el padre biológico había incumplido con los deberes inherentes a la patria potestad y por ende no resultaba necesario su consentimiento para la adopción. Contra dicha resolución, K. A. B. recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Murcia y luego en amparo ante el Tribunal Constitucional Español, siendo rechazadas sus impugnaciones en ambos casos. En abril de 2007 el Juzgado de Familia N° 3 autorizó la adopción del niño por los padres de acogida, lo cual fue recurrido en apelación y casación por K. A. B., siendo también desestimados sus planteos recursivos y confirmada la autorización de adopción por el Tribunal Supremo Español.

En el año 2008, K. A. B. demandó al Reino de España por ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con fundamento en la violación de los arts. 6 y 8 del Convención Europea de Derechos Humanos, en razón de haber sido privado del contacto con su hijo, no haber sido informado de la propuesta de adopción de su hijo, y

por la falta de financiación por parte de la Administración de la prueba que permitiera determinar su paternidad respecto de aquél.

Una vez más los Tribunales Internacionales objetan y sancionan la falta o ausencia de esfuerzos suficientes por parte de un Estado para garantizar el derecho de un progenitor biológico a reagruparse y mantener contacto con su hijo, dentro de los plazos y con la celeridad que razonablemente esa situación impone, en pos de salvaguardar el respeto de su vida familiar y evitar la consolidación de un escenario fáctico con relación al niño dado en guarda no fácilmente reversible o variable.

## **5. Los proyectos de Ley de Adopción: Algunos esbozos de la entrega directa**

Con antelación al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, se presentaron por ante la Cámara de Diputados de la Nación numerosos proyectos de modificación en forma total o parcial de la Ley de Adopción<sup>19</sup>.

Ello evidencia que en la sociedad argentina se encuentra instalado un renovado debate en torno a la adopción, centrado en la necesidad de agilizar su tramitación, despojarla de toda traba burocrática administrativa o judicial, y fundamentalmente reclamando la necesidad de una ley que proteja a los niños, niñas y adolescentes y que las familias preocupadas por tener un hijo adoptivo no cometan actos ilegales a esos fines.

En algunos de estos proyectos de ley, puede advertirse el puntual tratamiento o recepción de la entrega directa en guarda de hecho de los niños, niñas y adolescentes, como plataforma previa a la adopción, sin llegar en ningún caso a la prohibición específica y concreta emergente en ese aspecto del art. 611 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Así, en el proyecto presentado por los diputados Juan Pedro Tunessi, Ricardo Luis Alfonsín, María Luisa Storani y otros<sup>20</sup>, cuyo eje central propone declarar en emergencia nacional el Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, establece la modificación del art. 316 del Código Civil, con el

---

<sup>19</sup> Proy. Acosta, María Julia; Proy. Amadeo, Eduardo Pablo; Proy. Bianchi, Ivana María; Proy. Brue, Daniel Agustín y otros; Proy. Caselles, Graciela María; Proy. Castaldo, Nora Susana y otra; Proy. Comelli, Alicia Marcela, Pérez Adrián y otros; Proy. González, Nancy Susana; Proy. González Gladys Esther; Proy. Hotton, Cynthia Liliana y otros; Proy. Leguizamón, María Laura; Proy. Rucci, Claudia Mónica; Proy. Storani, María Luisa y otros; Proy. Tunessi, Juan Pedro, Alfonsín Ricardo Luis, Storani, María Luisa y otros.

<sup>20</sup> Expte. N° 5280-D-10. (T.P.N° 98). Tunessi, Álvarez (E.M.), Alfonsín, Giubergia, Veaute, Forte, Storani, Urlich y Cusinato. De ley. Sistema de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Declarase la emergencia nacional por el plazo de un año prorrogable. Modificaciones del Código Civil. (Legislación General, Justicia y Familia)

siguiente alcance: *“Guarda previa. Inmediatamente vencido el plazo de guarda, el juez deberá verificar de oficio el efectivo establecimiento del vínculo afectivo y el cumplimiento de todos los requisitos legales, y de encontrarse cumplidos dictará sentencia de adopción, salvo que con anterioridad a su dictado el pretense adoptante haya denunciado el inicio del juicio de adopción ante el juez de su domicilio. Deberá respetarse la decisión de él o los padres del niño, niña o adolescente de entregarlo en adopción a persona determinada siempre que reúna los requisitos establecidos por el Código. El juez otorgará la guarda judicial a la persona que fue designada salvo que resulte contrario a los intereses del niño, niña o adolescente. La guarda judicial no es necesaria si se acredita sumariamente ante el juez competente, una guarda de hecho por igual período”*.

El proyecto de la legisladora Ivana María Bianchi<sup>21</sup>, plantea entre las reformas a la ley de adopción, la siguiente previsión: *“Artículo 318. Entrega en forma anónima. A fin de velar por el interés superior del menor y evitar la situación de abandono del neonato: a) Se faculta a la madre a entregarlo en forma anónima en hospitales públicos, salas, dependencias policiales y judiciales, sin incurrir en la conducta prevista en el artículo 106 del Código Penal. A tal fin, las autoridades públicas labrarán un acta de recepción del niño, donde expresamente conste la decisión de entregarlo en forma anónima, al cual se le brindará asistencia médica en forma inmediata en un hospital público, informándose en todos los casos a la autoridad judicial competente, a los efectos de que la misma pueda efectuar el consentimiento informado en debida forma; b) la madre asimismo podrá expresar judicialmente su decisión de entregar al bebe por nacer en adopción desde la toma de conocimiento fehaciente de su estado de gravidez, la cual deberá ser ratificada inmediatamente después del nacimiento del niño o niña. Se le hará saber sobre las consecuencias de dicho acto y asegurará que la falta o carencia de recursos materiales de la familia biológica de la persona menor de edad en ningún caso constituya motivo para que sea separado de aquélla. En ese caso deberá ser incluida en programas de apoyo y promoción social, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 33 a 38 de la ley 26.061. En el caso que la madre mantenga la decisión de entregar al niño o niña en adopción, el Estado debe garantizarle asistencia médica, psicológica y económica, desde que la mujer toma conocimiento del embarazo, hasta el momento que da a luz y otorga al recién nacido en adopción. La asistencia deberá ser*

---

<sup>21</sup> Expte. N° 6731-D-10. (T.P.N° 133). Bianchi. De ley. Código Civil. Modificaciones, sobre adopción. (Legislación General, Familia y Presupuesto y Hacienda).

*calificada y gratuita, y comenzará con la inscripción obligatoria en un registro único, por parte de los médicos, de las mujeres cuyo embarazo se detecte en cualquier control”.*

Con igual alcance, el proyecto de Cynthia Liliana Hotton<sup>22</sup>, expresa: “*Artículo. 318. Entrega en forma anónima. a) Se faculta a la madre a entregar al niño/niña o en forma anónima en hospitales públicos, salas municipales de primeros auxilios, destacamentos de bomberos y dependencias policiales y judiciales, sin incurrir en la conducta prevista en el artículo 106 del Código Penal. A tal fin, las autoridades públicas labrarán un acta de recepción del niño, niña o adolescente, al cual se le brindará asistencia médica en forma inmediata en un hospital público, informándose en todos los casos a la autoridad judicial competente. b) La madre asimismo podrá expresar judicialmente su decisión de entregar al niño o niña en adopción desde la toma de conocimiento fehaciente de su estado de gravidez, la cual deberá ser ratificada entre los sesenta y noventa días del nacimiento del niño o niña. En este caso, la autoridad judicial procurará la permanencia del vínculo biológico otorgándole asistencia profesional especializada en forma gratuita. Se le hará saber sobre las consecuencias de dicho acto y se asegurará que la falta o carencia de recursos materiales de la familia biológica de la persona menor de edad en ningún caso constituya motivo para que sea separado de aquélla. En ese caso deberá ser incluida en programas de apoyo y promoción social, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 33 a 38 de la ley 26.061”.*

## **6. Los alcances del artículo 611 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

En un primer acercamiento, podemos afirmar que el art. 611 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, viene a compendiar una confirmación de la trascendente limitación ya incorporada por la ley 24779 en relación a la prohibición de la guarda conferida extrajudicialmente, y a robustecer su texto con las tendencias de la doctrina y la jurisprudencia emanada de los Tribunales Nacionales e Internacionales.

En ese lineamiento, la norma proyectada veda expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, y la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

---

<sup>22</sup> Expte. N° 0176-D-11. (T.P. N° 2). Hotton, Moran, Erro, Tomas, Molas y Thomas. De ley. Código Civil. Modificaciones del Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero, sobre adopción. (Legislación General y Familia).

Verificada la infracción de tal prohibición, la regla es la intervención del control judicial para separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador o guardadores.

La excepción a esa regla, es decir la posibilidad de revalidación judicial de la guarda de hecho otorgada, se conforma en aquellas hipótesis en las que pueda demostrarse judicialmente que la elección del o de los progenitores biológicos se encuentra sustentada en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre ellos y él o los pretendidos guardadores del niño.

Por último, y a mayor abundamiento, se precisa que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

La reglamentación resulta categórica: la guarda adoptiva sólo puede recaer en manos de los jueces, y sólo los jueces pueden determinar si una guarda de hecho otorgada en contravención con la ley puede excepcionalmente habilitar la situación de adoptabilidad, siendo siempre la guía para ello la satisfacción del mejor interés del niño.

En este aspecto, válidamente se sostiene que más allá de la decisión que libremente pueden tomar los progenitores de proceder a la entrega en guarda de su hijo, por los motivos que ellos determinen, se prohíbe que sean ellos quienes “elijan” a los guardadores, salvo casos donde se demuestre la relación de parentesco o afectividad, entre éstos y los pretendidos guardadores del niño. De esta manera se protege al niño de convertirse en objeto de negociaciones muchas veces con fines lucrativos, evitar el tráfico de estos e impedir intermediaciones poco claras<sup>23</sup>.

El interrogante ineludible se plantea en relación a aquellos supuestos en que la entrega directa efectuada ha posibilitado la consolidación de los vínculos afectivos entre el niño o niña y sus guardadores, criterio que conforme señalamos más arriba ha sido receptado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando en el caso concreto así lo exigía el interés superior del niño<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> LEMOS, Santiago. Apuntes sobre la adopción. [ellitoral.com](http://www.ellitoral.com) 16.7.2012

<http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2012/07/16/opinion/OPIN-01.html>

<sup>24</sup> En ese sentido las Conclusiones Finales de las ponencias presentadas en las Comisiones del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, celebrado en Mar del Plata del 22 al 26 de octubre del 2012, Comisión E (Derecho de Familia y Derecho de Niñez), expresan: “Se recomienda considerar, en forma excepcional y conforme el interés superior del niño en concreto, los casos de entrega directa efectuada por progenitores en sede judicial; tomándose como parámetros de evaluación, el consentimiento libre y pleno de los progenitores, el tiempo de convivencia del niño con sus guardadores y la conformación de lazos afectivos y significativos”

Las excepciones a la prohibición son claras y precisas, debe tratarse de una relación de parentesco o afectiva entre los progenitores biológicos y los guardadores, enunciación que resulta comprensiva de la generalidad de los casos factibles dado que el sentido común descarta la posibilidad de la entrega de un hijo a un extraño o a una persona ajena al afecto del progenitor que la concreta, por la propia excepcionalidad de tal evento.

Es cierto que no puede descartarse o desconocerse llanamente que una vez consolidado el vínculo afectivo entre el niño y su guardador tal situación debe ser atendible por el juez, quien deberá razonablemente evaluar las circunstancias del caso, el tiempo transcurrido y, primordialmente, el interés superior del niño.

Tal extremo puede considerarse abordable desde las previsiones contenidas en la norma bajo análisis, dado que la misma contempla la posibilidad de una separación transitoria entre el niño y sus guardadores, lo cual consideramos viabilizará el examen acerca de la conveniencia o no de convalidar esa situación de hecho, mediante la exhaustiva intervención del órgano jurisdiccional, de los equipos técnicos interdisciplinarios, y en su caso, de la adecuación de los guardadores a las demás exigencias legales contempladas.

Lo que no puede soslayarse es que el Estado Argentino debe observar sus compromisos internacionales plasmados a nivel constitucional<sup>25</sup>, y en consecuencia, velar por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes evitando su vulneración cuando los mismos son objeto de entregas directas sin acompañamiento ni control judicial.

Este es el alcance de la previsión del art. 611 del Proyecto de Código Civil y Comercial, direccionada a prevenir y evitar en el demarcado ámbito del proceso de adopción, que el desprendimiento del hijo y la libre elección de los guardadores por parte de sus progenitores se concrete mediante procedimientos no regulares, anteponiendo para ello el control judicial en todo lo atinente a ese desprendimiento familiar, a los efectos de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y despejar o descartar toda sospecha encubierta en el proceso de entrega.

---

<sup>25</sup> Sobre los aspectos constitucionales de la cuestión, puede verse con provecho: GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria, HERRERA, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar. Buenos Aires, 2006; LLOVERAS, Nora, SALOMÓN Marcelo. El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Ed. Depalma. Buenos Aires. 2009.

Obvio es señalar que no es materia propia del Código Civil abordar ni regular las contingencias penales o punitivas que puede acarrear tal situación, ya sea para el progenitor que realiza la entrega directa, para quien o quienes lo reciben, o para quienes intermedian en dicha operación y como ideólogos se benefician lucrando con las probables necesidades económicas de los padres biológicos y el deseo o ansiedad de los pretensos guardadores; pero si garantizar que el proceso de adopción desde su génesis este inmerso en un marco de absoluta claridad y transparencia, con pleno respeto de los derechos fundamentales del niño o niña y de su familia de origen.

### **7. Acotación final:**

Refiere el Presidente de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que “es natural y sano que existan diferentes opiniones acerca de los numerosos temas que son objeto de regulación, pero eso no es motivo suficiente para sustituir una visión por otra, que también puede ser controvertida. Lo importante es que este Proyecto respeta los grandes lineamientos de los anteriores y de la doctrina argentina. Por eso es que podemos encontrar muchos más aspectos que nos unen que detalles que nos separan...”<sup>26</sup>.

La prohibición de la guarda de hecho explicitada en el Proyecto de Código Civil y Comercial admite esas diferentes visiones o miradas, sin que se suplan o excluyan una por otra.

Y sin vacilar, el referido art. 611 Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación adiciona a los parámetros del art. 318 del Código Civil los aportes de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, a los efectos de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes en el proceso adoptivo.

El suceso de la guarda de hecho, es de larga data uno de los debates complejos que rodean el instituto de la adopción en Argentina, y las voces de la jurisdicción fluctúan admitiendo lo valorable del afianzamiento de los vínculos afectivos entre el niño y su guardador, pero remarcando la vigencia de los postulados de derechos humanos incorporados a nuestro derecho interno.

Esos postulados imponen la obligación del Estado Argentino de dotar a sus organismos administrativos y judiciales de los principios que inspiran el mencionado marco

---

<sup>26</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial de la Nación. Presentación del Proyecto. Ed. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe. 2012. pág. 17.

supralegal, al desprendimiento del niño de la familia de origen de todas las garantías tendientes a verificar que constituye la única alternativa posible, y al proceso de adopción de la celeridad y transparencia que exige por la índole de los derechos comprometidos.

En esa tesitura, el art. 611 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sin lugar a dudas avanza sobre el marco legal hoy vigente, privilegiando el control y la intervención jurisdiccional en el proceso de selección de los guardadores, como un medio de descarte de todo procedimiento extrajudicial que omita preservar las garantías legalmente consagradas.

Es dable esperar, como en todo cambio legislativo, que serán nuestra doctrina y jurisprudencia las que definirán el contorno de procedencia de las excepciones previstas para la prohibición genérica de la entrega directa en guarda de hecho, sin que para ello pueda dejar de valorarse que el norte o eje rector de la adopción permanece inalterable: el interés superior del niño en cada caso particular.