

Título: La guarda directa en el Código Civil y Comercial Unificado y en la jurisprudencia de la CSJN

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2015 (agosto), 20/08/2015, 77

Cita: TR LALEY AR/DOC/2162/2015

Sumario: I. Introducción y objetivo. — II. Los hecho del caso. — III. Valoración del fallo. — IV. Guardas de hecho en el Código Civil y Comercial Unificado. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía general.

#### I. Introducción y Objetivo

El objetivo del presente artículo es por un lado relatar la jurisprudencia de la CSJN sobre guarda directa con fines de adopción, dictada con posterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial Ley 26.694 y con anterioridad a su entrada en vigencia y por el otro comparar la solución dada por el más alto tribunal de la Nación a las guardas de hecho, en las que se prioriza el interés del menor y se respeta la situación consolidada, con la prevista en el Código Civil Unificado que sin importarle la situación del menor ni la idoneidad del guardador, ordena la separación del niño de su madre de crianza y su institucionalización [\(1\)](#).

#### II. Los hecho del caso

Mueve el presente comentario la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada el 27 de mayo del 2015.

Los hechos del caso eran los siguientes.

Una mujer soltera tuvo una hija de padre desconocido el 26 de octubre del año 2012, a los 4 días de nacida la entregó en guarda con la intención de que fuera en el futura adoptada a la Sra. S quien se encontraba inscripta en el registro de adoptantes y era conocida desde tiempo atrás por la madre biológica de la menor.

Durante un año la guardadora se comportó como madre de la criatura, quien a su vez la reconocía como tal. En octubre del 2013 la madre de crianza, se presentó ante los jueces de primera instancia de Familia de la Capital Federal y solicitó la guarda preadoptiva de la menor.

La jueza de primera instancia cito a la progenitora quien reafirmó su voluntad de entregar la niña en guarda con el objeto de su adopción a la Sra. S. manifestando expresamente que en nada cambiaba su opinión el hecho de recibir una ayuda estatal a los fines de la crianza de la niña. La gestante, reafirmó su deseo de entregar a la niña y de hacerlo a quien la criaba como madre, señalando que la niña había sido fruto de una relación ocasional, que ignoraba el paradero del padre biológico y que consideraba que la mejor persona para hacerse cargo de su hija era quien la tenía bajo su tutela, efectiva.

Despejo de toda duda al Tribunal que su voluntad en la entrega estuviera viciada por su estado puerperal y aclaro firmemente que no había mediado entrega de beneficio económico alguna al dar su hija a la mujer que se desempeñaba como su madre real.

La magistrada de primera instancia no solo no hizo lugar al pedido de la madre de hecho, sino que ordenó que le quitaran a la criatura y la institucionalizaran en un hogar convivencial en horarios de la noche previo paso por un hospital público.

Quiero aclarar que en los 34 años como juez nunca he leído una resolución tan cruel y desapegada del interés de la niña como la dictada por la magistrada de la primera instancia.

La juez reconoció que si bien tras la convivencia, la separación de la actora podría aparejarle angustia a la infanta, estimó que tales consecuencias negativas eran responsabilidad de la peticionaria y se desentendió completamente del interés del menor.

La decisión fue apelada por la madre de hecho ante la sala M del Cámara Nacional Civil de la Capital, quien ordenó la urgente restitución de la niña a la madre de hecho poniendo de relieve el interés superior de la criatura, la inscripción de la guardadora en el registro de adoptantes y la ratificación de la madre biológica de entregar a su descendiente en guarda mucho tiempo después de pasado el periodo puerperal. Por otra parte el tribunal de segunda instancia entendió que se produciría un daño irreparable si se alejaba la niña de aquella persona con quien había vivido toda su vida y juzgo que la decisión de alejar a la criatura de la única madre que conocía era de un excesivo rigor formal contrario al interés del menor.

La sentencia de segunda instancia fue recurrida ante la CSJN por el Tutor Público, por el Ministerio Pupilar, el Consejo de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad y la Defensoría de la Comuna. Los cuatro recursos extraordinarios fueron rechazados por la CSJN el 27 de mayo de 2015, es decir 7 meses después de haberse sancionado el Código Civil Unificado, que acepta la posibilidad de separar al niño del guardador de hecho en supuestos de entrega directa de los progenitores.

La CSJN, no siguió el mismo criterio que adopta el Código Civil Unificado sino que mantuvo el niño con la mujer que lo había recibido directamente de su progenitora biológica. En decisión que aplaudimos que tiene cuatro sólidos fundamentos ellas son:

a) Las decisiones sobre menores no pueden ser tomadas en base a teorizaciones en abstracto. El Superior Tribunal de nuestra Nación manifestó que no bastan los razonamientos teóricos y abstractos para definir la vida de un menor y mucho menos son suficientes las razones dogmáticas para separar a un niño de su familia de crianza.

b) Las resoluciones que afecten a niños tienen que valorar la derivación que provoquen en el desarrollo del menor. La CSJN puso de manifiesto que las resoluciones relativas a la modificación del estado del menor deben adoptarse previa ponderación exhaustiva del efecto que la alteración pueda provocar en el desarrollo del niño. Así en el caso debió medirse como podía impactar en la criatura el ser separado de la persona con quien había estado toda su vida en aras de una teoría sobre la malignidad de las guardas de hecho que ni siquiera es compartida por la mitad de la doctrina y no proceder a la institucionalización de la niña en un hogar transitorio, cuando la madre biológica estaba de acuerdo en la entrega y la mujer a quien se le había entregado estaba correctamente evaluada por el Registro de adoptantes.

c) Para cambiar la guarda de un niño debe probarse que no hacerlo provocarían un daño más grave en el infante. En este sentido la Corte invierte el orden de la prueba y parte de presumir que todo cambio en la situación relacional de un niño presupone un daño, por ello exige que para realizar un desplazamiento de la guarda se pruebe acabadamente que su no realización produciría un daño mayor o más grave. En el caso este daño ni se probó ni se intentó probar y por el contrario claramente se presume que apartar a la pequeña de la única madre que conoció le generaría un mal.

d) Que debe prevalecer la integración familiar y afectiva del niño consolidada durante el periodo de guarda de hecho. El tribunal supremo puso de relevancia que salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento del vínculo no responde al interés del menor se deben mantener la integración afectiva y familiar de la niña.

### III. Valoración del fallo

Compartimos en un todo la resolución adoptada por el más alto tribunal de nuestra Nación porque entendemos que ésta se ajusta a la legislación supranacional vigente que coloca el interés superior del menor por sobre cualquier otro principio jurídico en juego, máxime cuando simplemente lo que justificaba el cambio de guarda era una opinión dogmática acerca del valor jurídico de la guarda de hecho sin apoyo acabado en ninguna norma legal, constitucional o convencional.

Muchas veces hemos dado nuestra opinión acerca de la guarda de hecho, señalando que ellas no se encuentran prohibidas y que deben ser respetadas como manifestación de la autonomía materna cuando no violenten el interés personal del niño. Máxime en casos como el presente en que la guardadora estaba inscrita en el Registro de Adoptante de allí que no se pudiese suponer que no era apta para la adopción

En la actualidad lo que nos preocupa es la manera de compatibilizar la reiterada jurisprudencia de la corte con lo dispuesto por el Código Ley 26.994 que tiene una mirada absolutamente desfavorable a las guardas de hecho con fines de adopción, salvo que se trate de una adopción de integración, en cuyo caso se permite las guardas de hecho con el fin de legitimar la maternidad por subrogación de parejas homosexuales a fin de que el cónyuge o conviviente del padre reconociente reciba en guarda de hecho a la menor de manos de la madre gestante y se finalice así con el procedimiento de gestación por otro (2).

Para entender el tema corresponde examinar cómo se regula la guarda de hecho en el Código unificado.

### IV. Guardas de hecho en el Código Civil y Comercial Unificado

La guarda de hecho a los fines adoptivos se encuentra regulada en el Título VI del Libro II Capítulo III, artículo 611 que dice "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 pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, 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".

Para entender la norma transliterada creemos necesario partir de una aproximación al concepto de guarda que nos lleva a identificarla con la situación por la cual un niño se encuentra a cargo de otra persona que no son sus progenitores.

Guarda jurídicamente, tiene tres significados diferentes: es el acto jurídico por el cual se entrega a una persona la custodia de un niño; es el estado que para las partes deriva de ese acto, pero también es el proceso mediante el cual se formaliza dicha entrega.

La noción de guarda como integrada a la llamada responsabilidad parental (antes patria potestad), surge como un derecho-deber natural y originario de los progenitores, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación.

Según su origen, habrá tres tipos de guarda: legal, judicial y la de hecho.

La guarda legal, es la que el ordenamiento jurídico reconoce a los padres o a los tutores. La judicial es la que el juez otorga como órgano del poder. La guarda conferida judicialmente constituye una típica medida tutelar consistente en la entrega de un menor a quien no es su representante legal, a fin de que se le brinde la necesaria asistencia material y espiritual. En ella los guardadores asumen las mismas responsabilidades que los padres, tanto respecto a la persona del menor, como frente a la sociedad, a los terceros y al Estado, con la única diferencia que no son sus representantes legales. De ahí que, la guarda al no brindar una solución definitiva o integral al problema del menor, sea de vigencia transitoria [\(3\)](#) [\(4\)](#).

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando quien ejerce la guarda de un niño no es el titular de los derechos y deberes que emergen de la responsabilidad parental, y no ha mediado atribución legal o judicial para ello? Se trata -pues- de un supuesto en el cual la guarda aparece desmembrada de la responsabilidad parental o la tutela de aquél, como una situación de hecho.

Puede ocurrir que la guarda del niño sea delegada por el titular de los derechos-deberes. Se da cuando el o los progenitores entregan a su hijo a otra persona para que ejerza los cuidados que aquél requiere, o bien cuando esa persona -por su propia voluntad- toma a un niño bajo su custodia, prescindiendo -en ambos casos- de toda disposición legal o judicial.

En ambos casos estamos en presencia de la denominada guarda de hecho, asociada al acto de entrega y/o toma de un niño a su cuidado.

En efecto, la guarda de hecho se caracteriza por constituirse sin ningún tipo de formalidad, sin intervención de autoridades administrativas o judiciales. En la cual la evaluación de idoneidad es realizada por los progenitores biológicos que siempre buscan lo mejor para el interés del niño que dan a luz y quieren entregar a la mejor persona posible.

\* Guarda con Fines de Adopción. La guarda con fines de adopción tiene un doble sentido. Comprende tanto el proceso por el cual los pretensos adoptantes solicitan que un niño, niña o adolescente les sea entregado en guarda con el objeto de adoptarlo con posterioridad; como al estado en que se encuentra un aquél niño desde que es entregado judicialmente a los futuros adoptantes hasta que les es concedida la adopción.

Su objeto también es doble: es cautelar, toda vez que persigue fines tuitivos respecto de la persona del niño y es constitutivo, porque pretende el nacimiento de una nueva situación jurídica con consecuencias determinadas, que servirán de antecedentes a la adopción [\(5\)](#).

\* Prohibiciones de la guarda con fines de adopción.

Régimen anterior. La ley 24.779 introdujo la prohibición de la entrega en guarda de niños mediante escritura pública o acto administrativo -art. 318 del Código Civil-, mientras que el nuevo artículo 611 va más allá al disponer la prohibición expresa de las guardas de hecho.

En el régimen anterior, el espíritu de vedar la guarda notarial o administrativa era básicamente evitar que la guarda pre adoptiva fuera realizada por un acta o escritura notarial sin intervención judicial [\(6\)](#).

El objetivo era erradicar y evitar -por un lado- el tráfico de niños: por esta razón se exigió además el recaudo de la residencia de cinco años en el país y la registración de los pretensos adoptantes.

Por el otro, se buscaba prevenir el acceso directo de personas con deseos adoptivos a mujeres vulnerables que, muchas veces condicionadas económicamente, se vieran obligadas a abdicar la crianza de sus hijos [\(7\)](#).

Las críticas no faltaron. Se apeló a las razones por las que se había legitimado anteriormente la guarda notarial o administrativa, sostenida en que la actuación del notario en modo alguno podría facilitar el ilícito, puesto que se trataba de un profesional del Derecho en cumplimiento de sus deberes de asesoramiento y de fedatario [\(8\)](#).

En lo que respecta a las guardas de hecho, cabe destacar que las mismas no se encontraban expresamente prohibidas, por el contrario, carecían de andamiaje jurisdiccional, siendo observadas con recelo por los

operadores judiciales bajo riesgo de presumir que en todos los supuestos se escondían intereses que rozaban más lo patrimonial que brindar cuidado y atención a la niñez.

Algunas voces aseguraban que en la mayoría de los casos, tras una guarda de hecho "se esconde un entramado de contactos y redes que detectan mujeres en situación de extrema vulnerabilidad con parejas o personas deseosas de obtener una criatura" (9).

Varios son los autores que se enrolaron en aceptar que al no encontrarse expresamente prohibidas, las guardas de hecho debían ser consideradas a los fines de una ulterior adopción (10), añadiendo que se trataba del respeto a la voluntad de los progenitores.

A diferencia del nuevo ordenamiento civil y comercial, la ley 24.779 no prohibía expresamente que los padres de sangre entregaran a sus hijos en adopción, ni se exigía que para ser guardador fuera necesaria la inscripción previa en el Registro de Adoptantes. De modo que adquiere plena relevancia el principio del Derecho que postula que "lo que no está prohibido, está permitido" (11).

Nuevo régimen. El nuevo Código Civil y Comercial mantiene la citada prohibición y la hace extensiva a todas las guardas de hecho, reconociendo una excepción: aquéllas que se funden en la existencia de una relación de parentesco entre los progenitores y los pretendidos guardadores, comprobada judicialmente.

No debemos dejar de mencionar que en el Anteproyecto de reforma -y en el texto presentado al Congreso de la Nación por el Poder Ejecutivo- se preveía como excepción a la regla de prohibición de la guarda de hecho, la existencia de una relación de parentesco entre los guardadores y los padres, pero también la relación previa de afectividad entre estos mismos actores (relación socioafectiva entre los adultos).

Sin embargo, la redacción originaria fue modificada durante su tratamiento parlamentario. Así el texto aprobado por el Senado de la Nación -sancionado el 01/10/2014-, elimina esta última concesión, priorizando el vínculo de parentesco con el niño, aun cuando éstos lazos sean débiles frente a una relación de afecto que guía la decisión de los progenitores a la hora de elegir los guardadores de sus hijos.

Como lo era anteriormente, el objetivo de la restricción sigue siendo evitar la comercialización de niños. Sin embargo -desde nuestro punto de vista- el sentido que se le imprime a la norma no respeta cabalmente el interés del niño frente al caso concreto, pues encierra una postura dogmática que parte de la presunción de mala fe de los progenitores.

Presuponer que una mujer que entrega a su hijo en adopción, en realidad está vendiendo al niño o comerciando con terceras personas, es presuponer la mala fe. Y como se sabe, la mala fe -en principio- no se presume.

La aceptación de la guarda de hecho: limitaciones. Como adelantáramos, el texto del art. 611 circunscribe la aceptación de las guardas de hecho únicamente a los casos en que medie vínculo de parentesco entre los progenitores y los guardadores escogidos. Excluye la posibilidad cierta de elegir como futuros padres adoptivos a los llamados "referentes afectivos" (12).

Se podría argumentar, en favor de esta norma, que el Código Civil y Comercial es respetuoso de la voluntad de los progenitores de entregar a su hijo en adopción a una determinada persona; que prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes, en tanto no resulten contrarias a la moral y las buenas costumbres (13).

Ciertamente, dado que el artículo 643 permite la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente -en interés del hijo y por razones suficientemente justificadas-, parece razonable pensar que la voluntad materna de entregar a su hijo en adopción deba ser respetada. En ambos casos -delegación y entrega en guarda- el Código Civil y Comercial dirige esta legitimación a los parientes.

Sin embargo en el caso de la adopción de integración el artículo 632 permite la guarda de hecho y no se dirige a los parientes sino que claramente está dirigida a legitimar los contratos de maternidad por sustitución, para posibilitar que las parejas homosexuales encarguen la gestación de un niño, uno de los miembros lo reconozca como hijo el otro lo reciba en guarda de hecho, para completar el ciclo del contrato de gestación por otro.

En definitiva, teniendo a la vista la redacción definitiva del artículo 611 creemos que el legislador ha asumido una postura objetable a la luz del corpus iuris de los derechos humanos, pues omite considerar una creciente cantidad de casos que ocupan la escena de los procesos judiciales de adopción -y sus instancias previas-. Allí es frecuente la entrega en guarda de niños a personas con las que no los unen lazos de parentesco, sino de afecto, culturales, religiosos, que necesariamente deben ser respetados cuando contribuyan al interés superior del menor.

Cabe preguntarse si la conducta de un progenitor que entrega a su hijo por las razones apuntadas configura un hecho ilícito, o bien, por qué motivo el mismo ordenamiento que respeta la voluntad del progenitor al delegar la responsabilidad parental, o en la adopción de integración, no respeta la voluntad materna de entregar a un niño en adopción a una persona en lugar de otra, cuando de este modo protege a la persona menor de edad.

Reconocida doctrina se ha inclinado en favor del reconocimiento de las entregas directas durante la vigencia de la ley 24.779. En su favor se ha sostenido: "que un progenitor entregue en guarda a su hijo no es un hecho antijurídico (...) muy por el contrario, la madre tiene el deber de proteger a su hijo y es en esta regla del derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en guarda y a quien quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos y no hagan peligrar al niño y contribuyan a su bienestar" (14).

En la medida en que no se encubra el comercio de un niño y que los adoptantes reúnan los recaudos para su admisibilidad como tales, debería respetarse la voluntad de los progenitores.

Nos preguntamos si es posible que la norma oculte mediante su silenciamiento la existencia de vínculos socio-afectivos previos entre la familia biológica del niño y aquélla que lo recibe con el fin de adoptarlo. Su omisión quebrantaría varios derechos humanos -explica Herrera-, siendo que la identidad en su faz dinámica no sólo la titularizan los niños, también los adultos, al tratarse de un derecho reflejo o de "ida y vuelta" (15).

En efecto, la identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico, sino que se gesta a través de los vínculos creados por relaciones que provienen tanto de la biología como de las situaciones de convivencia. De modo que restarle entidad a la identidad biográfica del niño constituiría una grave afectación a su mejor interés. Contrariamente, este dato debe ser considerado por los jueces al otorgar judicialmente la guarda preadoptiva.

Véase el caso tan frecuente de aquéllas guardas de hecho que se prolongan durante un tiempo suficiente como para forjar lazos de afecto entre los pretendientes adoptantes y el niño tan fuertes e íntimos que interrumpirlos por mero cumplimiento de la norma prohibitiva importaría una clara vulneración de sus derechos fundamentales por el propio Estado.

No debe olvidarse que el rol del Estado en las relaciones de familia es siempre subsidiario a la voluntad familiar, por lo que sólo puede intervenir en la guarda cuando los padres no hayan realizado provisiones sobre el destino de sus hijos (16).

Al exceptuarse de la prohibición de guardas de hecho únicamente al supuesto de lazos de parentesco, se excluye también ejemplos tales como la pareja no casada de la madre que fallece la pareja del progenitor de origen, o los pseudo "parientes afines" -en los casos en que media una relación convivencial-.

Se trata de un claro desacierto, que de algún modo deberá sortearse mediante la aplicación del interés del niño en el caso puntual, pauta de fuerza tal que no solo llena vacíos legales sino que también puede impedir la aplicación de toda normativa contraria .

\* Sanciones a la prohibición de la entrega de guarda directa Como respuesta a la transgresión prescripta por la norma establecida en el código autoriza al juez a disponer la separación del niño del pretense guardador, en modo transitorio o en algunos casos, definitivo.

Se trata de una facultad sancionatoria que la ley confiere al magistrado, pero que no resulta absoluta, por dos motivos: el primero es que no siempre le será posible disponer la separación definitiva del niño por motivos de arraigo afectivo y la segunda porque es prioridad de los magistrados evitar la afectación del interés superior de aquél en la toma de una decisión semejante, lo que la hace inconveniente.

Sin embargo, frente a excepcionales circunstancias, habiendo previo a todo considerado todas y cada una de las pautas señaladas por la CSJN en el fallo en comentario, y sobre todo teniendo en cuenta que la separación del niño con su guardador debe causar un daño menor que su manutención en el seno de la familia guardadora podrá alojarse al niño en un lugar neutral que permita disponer un régimen de comunicación o vinculación, con intervención del equipo interdisciplinario de profesionales que asistan al magistrado en cada caso concreto.

La finalidad de esta redacción no es otra que la de tratar de evitar a cualquier costa las guardas de hecho que se presuponen de mala fe.

Otro obstáculo a la potestad sancionatoria del juez es la excepción marcada por el propio artículo, es decir, la preexistencia de vínculos de parentesco que hayan determinado la elección de los progenitores al entregar al niño en guarda.

\* Excepción. La separación sancionatoria -como hemos apuntado- se verá limitada por la preexistencia de vínculos de parentesco que motivaran la elección y entrega en guarda.

El juez no puede ignorar la relación del niño con la familia originada en una guarda de hecho otorgada por



los progenitores biológicos, pues su decisión resultaría arbitraria. Su actuación importaría la falta de valoración del interés superior del niño en el caso concreto, los nexos creados entre la familia guardadora y el niño, pero también los derechos de todas las partes intervinientes -en el caso de los adultos, por no considerar las razones fundadas por las cuales esos progenitores han escogido a aquéllos guardadores-.

\* Circunstancias fácticas no atendibles (o considerables) para decidir la guarda preadoptiva. Dice Herrera que esta previsión del artículo 611 constituye una regulación integral y sistémica, en la cual se conocen cuáles son los subterfugios que se utilizan para sortearse los pasos legales para la adopción del niño. De este modo se pretende el debido control judicial para todas esas maniobras a los fines de lograr una intervención dentro de la ley y no fuera de ella (17).

Creemos que la madre entregue un niño a quien vaya adoptarlo no es ningún subterfugio, sino por el contrario es un acto directo que debe ser respetado salvo que se demuestre su malignidad o que contraria al interés del niño. Insistimos que la mala fe no se presume, que quien decide no abortar y traer un niño al mundo tiene derecho a que se respete sus creencias, sus deseos, sus afectos en la elección del futuro adoptante y que eso contribuirá mucho más al bienestar del menor que el frío accionar administrativo teñido las más de las veces de una ineficiencia fenomenal y de una dramática lentitud.

Conforme la enumeración de la ley, el magistrado no podrá considerar a los fines de la adopción:

- la guarda de hecho anterior;
- los supuestos de guarda judicial;
- la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.

Será imprescindible -afirma la citada autora- el cumplimiento de los pasos procesales y de fondo que establece el Título relativo a adopción, siendo una responsabilidad del estado como garante último de los derechos de todas las personas elegir los mejores padres para un niño, por ello este paso obligado por los registros de adoptantes como un requisito esencial para adoptar un niño (18).

Desde una visión crítica, somos de la creencia de que prohibirle al magistrado considerar las situaciones que se han consolidado antes de la solicitud de guarda preadoptiva no resultará siempre respetuosa del interés superior del adoptando. Piénsese en los casos que hemos descrito a lo largo de este comentario, donde los vínculos afianzados entre el niño y sus guardadores han delineado el trato de hijo/a adoptivo aun cuando la idea de adopción no se ha presentado entre las posibilidades de definir el lazo de afecto que los une. A menudo la idea de la adopción nace cuando las reglas civiles imponen la regulación de una situación fáctica: el ingreso al ciclo educativo, la renovación del documento de identidad, la inclusión en la cobertura médica, la posibilidad de salir del país para esparcimiento.

Frente a tales circunstancias, e incluso ante otras más atendibles, será necesario armonizar la restricción a la luz de los derechos fundamentales de la niñez, según lo aconseje el caso en particular conforme a la jurisprudencia que ha elaborado desde antaño la Corte Suprema de Justicia de La Nación.

#### V. Conclusiones

a) El derecho no debe interpretar que una mujer que entrega a su hijo en adopción vende al niño o comercia con personas pues ello importa presuponer la mala fe, y ésta por principio no se presume (19). Los jueces no pueden, ni deben juzgar a una mujer que se encuentra en esta condición, ya que carecen de derecho para victimizarla juzgando su conducta como si se tratara de una pecadora o una violadora del orden jurídico.

Por el contrario, entendemos que debe ser reconocido el esfuerzo de la madre que lleva adelante la gestación y luego entrega a su hijo en guarda, frente a las posibilidades concretas de interrumpir el embarazo que se le presentarán con frecuencia. No sólo se ocupa de llevarlo a cabo, sino además de protegerlo mediante la entrega a otro para que se ocupe de los cuidados que no se encuentra preparada para brindarle.

Las personas en estado de vulnerabilidad exigen del estado su presencia, no para condenar una decisión marcada por condiciones sociales o económicas adversas, sino a través del acompañamiento de los progenitores que han elaborado una decisión que beneficie a sus hijos.

b) Por otra parte, el órgano judicial no puede aplicar la ley dogmáticamente y otorgar la guarda preadoptiva de una criatura a la primera persona que figura en una lista llevada a cabo por un organismo administrativo, ya que necesariamente debe evaluar la conveniencia del menor (20).

Kemelmajer de Carlucci -en referencia a la ley 24.779- explica que se preveían dos tipos de requisitos: los rígidos, que no pueden dejar de exigirse, y los flexibles, que deben ceder si vulneran los principios superiores que deben regir el instituto de la adopción, como es el interés superior del niño (art. 3 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (21).

Aplicado al caso particular del recaudo de la inscripción previa en el Registro de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, la jurista considera que se trata de uno de estos últimos, pues cederá en aquéllos supuestos en que el interés del niño se vea afectado por la selección de un adoptante de esa lista (22).

La intervención del Estado debe primordialmente resguardar que la adopción no sea producto de delito y que sea conferida en interés del menor. No se puede subordinar el bienestar de una persona exclusivamente al cumplimiento de un recaudo formal como es la no entrega por la madre en forma directa que de ninguna manera se condice con la regla del interés superior del menor (arts. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 321 inc. i del Código Civil), y con los principios generales que deben informar todo ordenamiento positivo que se precie de respetar los derechos humanos, contrariando así la finalidad perseguida con la creación del Registro, reglamentación meramente instrumental que tiende a organizar las adopciones, y no preñado de un sentido finalista condicionante y frustratorio de las situaciones de hecho que pueden presentarse (23).

Siguiendo esas pautas, Zannoni afirma que no resulta posible efectuar una interpretación literal y estricta de la ley 25.854, que creó con alcance local en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, y que "la realidad del foro ha de mostrar casos en los que, por diversas razones, la prudencia indica la conveniencia de otorgar la guarda y ulterior adopción de un menor a una persona en particular y no a cualquiera, aunque fuera escogida de una nómina de aspirantes", debiendo todo instrumento legal en la materia priorizar el interés de los menores. Por lo cual, no debe hacerse del referido Registro un fin en sí mismo, "generando maniobras violatorias del derecho a la identidad de los niños" (24). Por su parte, Minyersky (25) y Levy han sostenido con relación al tema, que "si existe una guarda de hecho que ha dado lugar a vínculos afectivos sanos y donde no se observen actos éticamente reprochables, debería amanecer el sano juicio del juzgador para discernir, ponderar, y evaluar aquella embrionaria —pero consolidada— relación paterno-filial". En igual sentido, Mazzinghi considera con respecto a la inscripción en el Registro Único, que no debería constituir un requisito necesario para el otorgamiento de la guarda, siendo dicho otorgamiento de resorte del juez competente, quien deberá juzgar en concreto las aptitudes de los aspirantes a desempeñarse como guardadores con miras a la adopción; por lo cual, concluye, la inscripción podrá tener un valor meramente indicativo, no pudiendo la prioridad en el tiempo significar un mejor derecho para el aspirante, pues si lo que se busca es el interés del menor, deben tenerse fundamentalmente en cuenta las condiciones de los aspirantes a la adopción (26).

c) No puede negarse a los padres el derecho a elegir el guardador de sus hijos, cuando además existen otras normas que lo permiten, como lo es el art. 106 que permite que un padre designe tutor para sus hijos menores en el caso que acaezca su fallecimiento, por testamento o escritura pública. Frente a una facultad semejante cabe cuestionar cuál sería el impedimento para exceptuar aquellos supuestos en los que el progenitor biológico realiza tal elección de vida (27).

d) La CSJN ha dicho que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resultaría desvirtuada si se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda valorar, entre las cuales se sostuvo que al hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del niño, que es el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, "los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles" (28).

e) Resulta injustificado que la guarda de hecho pueda entregarse en los casos de maternidad por subrogación al conviviente o cónyuge del padre que hubiera reconocido al menor gestado por encargo y no en los restantes casos de adopción que no tienen como base un contrato de dudosa moralidad en los cuales las partes de antemano prevén la entrega del hijo de la mujer gestante a los padres de intención.

## VI. Bibliografía general

SAMBRIZZI, Eduardo A., La prevalencia del interés superior del niño y la omisión de la inscripción en el registro de adoptantes Publicado en: DFyP 2014 (julio), 57 Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial I, 2014-04-08, P.M.M. s/ guarda con fines de adopción

IGNACIO , Graciela, Tratamiento de las guardas de hecho por la Ley de Procedimiento en materia de Adopción en la Provincia de Buenos Aires, DFyP 2013 (octubre), 3, AR/DOC/3422/2013.

FERRARI DE BELIGNI , María Isabel Venini, Guillermina, Necesidad de contemplar las guardas de hecho y los desprendimientos maternos en el Proyecto de Código Publicado en: DFyP 2013 (enero-febrero), 23.

MEDINA, Graciela, "Guarda de hecho y adopción" JA, 1998-III-959.

MEDINA, Graciela, "La guarda de hecho y el necesario respeto de los derechos humanos de la mujer", Revista de derecho de Familia y de las personas, Año IV, N° 1.

IGNACIO, Graciela, "Derecho de la madre biológica a elegir los guardadores. Medida de abrigo. Restitución de la menor", Revista de derecho de Familia y de las personas, año 3, N° 9.

MIZRAHI, Mauricio, "La guarda de hecho, los aspirantes a la adopción y el interés del niño", JA 2001-I-27.

WAGMAIESTER, Adriana, "La guarda preadoptiva, la adopción y el interés superior del niño en los recientes fallos de altos tribunales", Revista de derecho de familia N° 45, Abeledo Perrot.

CHAVANNEAU, Silvia, "El Registro Único de Aspirantes a guarda con Fines de Adopción y el interés superior del niño. Un fallo ejemplificador", Jurisprudencia anotada 04/03/2009 Argañaraz, Mariangel 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" Publicado en: DFyP 2012 (septiembre), 71.

LAROCCA, Ana Carina - Roveda, Eduardo G., El consentimiento de los padres biológicos para la entrega de su hijo en guarda preadoptiva: alcances, límites y modalidades, Publicado en: LLBA, 2002- 891, Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 2001/09/12, S., C. 8.

JÁUREGUI, Rodolfo G., El Registro de Adoptantes en las provincias de Santa Fe y Entre Ríos (leyes 13.093 y 9985), LLLitoral 2011 (junio), 473, AR/ DOC/1557/2011.

(1) M., M. S. s. Guarda /// Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27-05-2015; RC J 3448/15

(2) El artículo 632 del CCYC señala que en la adopción de integración no se aplican las prohibiciones en materia de guardas de hecho.

(3) Sup. Corte Bs. As., AyS 1987-V-69.

(4) "De ello también se deriva, que la remoción del guardador no esté sujeta a los mismos trámites judiciales previstos para la de los representantes legales, basta con que el juez entienda que su idoneidad para el ejercicio de la función ha desaparecido, para que pueda apartarlo de la misma. Pero tal remoción no ha de ser arbitraria, al menos ha de existir algún principio de prueba de su falta de idoneidad" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala I, 23/09/1999, "E. J. y otros s/art. 10 ley 10067").

(5) MEDINA, Graciela, Op. Cit., pág. 170.

(6) MEDINA, Graciela, Op. Cit., pág. 221.

(7) GONZALEZ DE VICEL, Mariela, "Guardas de hecho. Legislar o castigar", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N°2, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2014, pág. 98. La autora agrega otras incidencias vinculadas a la entrega directa en guarda, como son las situaciones de desequilibrio que condicionan las decisiones personalísimas, los sistemas imperfectos que conducen a la búsqueda de caminos paralelos a los señalados por la ley, la prolongación excesiva de los procesos en los que se indaga la responsabilidad parental sin adoptar decisiones que pongan punto final a la vida familiar en el grupo de origen.

(8) MEDINA, Graciela, Op. Cit., pág. 222.

(9) VENTURA, Ana I. - SIDERIO, Alejandro J., "Desafíos en la definición en situaciones de riesgo que atraviesan los niños. Tiempos de evaluación y esperas. Cuidados transitorios. Elección de adoptantes", elDial DC1615, citado por GONZALEZ DE VICEL, Mariela, en "Guardas de hecho. Legislar o castigar", RDF 2014-II-98.

(10) Fleitas Ortiz de Rozas, Medina, Wagmaister, Levy, Herrera, Mizrahi, Chechile, entre otros.

(11) MEDINA, Graciela, "Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor", Revista de Derecho de Familia y de las Personas (RDFyP), LL, diciembre de 2009, pág. 110 y sstes

(12) Creemos que hubiera sido pertinente el debate acerca de la extensión del término "referentes afectivos", posibilidad que queda truncada con la supresión del texto del artículo en comentario de la expresión "vínculo (...) afectivo".

(13) MEDINA, Graciela, "La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación", ponencia presentada en la audiencia pública celebrada en la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, el día 04 de septiembre de 2012.

(14) MEDINA, Graciela, "La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer", Revista de Derecho de Familia y de las Personas (RDFyP), LL, Año IV, N°1, pág. 65 y sstes.

(15) HERRERA, Marisa, "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", Supl. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014, LL 17/11/2014, p. 39.

(16) MEDINA, Graciela, "Reiteración...", RDFyP, LL, diciembre de 2009, pág. 110 y sstes.

(17) HERRERA, Marisa, "El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil" en



<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2012/08/2012-ADOPCION-y-reforma-MARISA-HERRERA-agosto-2012>.

(18) HERRERA, Marisa, Op. Cit.

(19) MEDINA, Graciela, Op. Cit., pág. 68.

(20) MEDINA, Graciela, "Reiteración...", RDFyP, La Ley, diciembre de 2009, pág. 110 y sstes.

(21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina", JA 1998-III-972.

(22) LOPES, Cecilia - MASSANO, María Alejandra, "Guarda: alcance de la figura a la luz de la reforma legislativa provincial", La Ley, Cita Online: 0003/801040.

(23) SCBA, Ac. 78013, "V., J. E. s/Inscripción de nacimiento y guarda con fines de adopción", 02/04/2003, DJBA 165, 125.

(24) ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de Familia, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. 2, pág. 676, parágr. 1228.

(25) MINYERSKY, Nelly - LEVY, Lea, "La autonomía de la voluntad y la adopción", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 15, año 1999, pág. 86.

(26) MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., 2006, t. 4, pág. 228, parágr. 781. Conf., MEDINA, Graciela, Código Civil Comentado. Derecho de Familia, dirigido por FERRER, Francisco A. M. - MEDINA, Graciela - MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Santa Fe, 2004, t. II, pág. 153.

(27) Conf. BALEIRO DE BURUNDARENA, María de los 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, pág. 1101.

(28) SAMBRIZZI, Eduardo, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación reitera su doctrina sobre la conveniencia de no modificar, en principio, situaciones de hecho consolidadas, en materia de guarda preadoptiva". J.A., 2008-II, Fascículo 8, pág. 22, J.A., Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2007-II-Suplemento, pág. 30, con nota aprobatoria de Zambrizzi Eduardo, "Otro fallo de la Corte en el que se le da preeminencia a los guardadores de un menor por sobre la madre de sangre". El fallo fue asimismo publicado en La Ley, 2007-B-685, y en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2007-III-1, con nota aprobatoria de LEVY, Lea M. - WAGMAISTER, Adriana M., "El mejor interés del niño entre la familia biológica y la familia adoptiva". ROVEDA Eduardo Guillermo y ALONSO REINA Carla F., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Editorial La Ley, 1era edición. 2014. Tomo II Pag. 418 - 480.