

GUARDA DE HECHO Y ADOPCION

1.-Introducción.

La ley de adopción que rige en nuestro país desde el año 1997 y que lleva el número 24.779, decidió que la guarda con fines de adopción fuera otorgada judicialmente y específicamente en el artículo 318 estableció “ *Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo*”

La realidad social Argentina demuestra que además de la guarda con fines de adopción otorgada judicialmente existe “la guarda de hecho”, esta situación no fue contemplada específicamente, por la recientemente reformada ley de adopción.

Ante la realidad innegable de la existencia de menores que se encuentran en “guarda de hecho” y ante la falta de una solución específica de naturaleza legislativa relativa a los efectos a dar a la guarda de hecho, nos proponemos en el presente trabajo:

- Definir y establecer la naturaleza jurídica de la “ guarda de hecho”.
- Reseñar como ha sido legislada la “guarda de hecho” en el derecho español.
- Establecer la influencia de la guarda de hecho en la adopción .
- Determinar la función del escribano frente a la guarda de hecho.

2. Concepto y naturaleza jurídica.

En el sentido corriente, 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.

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.

De acuerdo a lo antes expuesto, podemos hablar de la “guarda” como acto o como fuente de derechos y obligaciones; así podemos mencionar la “entrega de la guarda”, la “dación de guarda”, la “forma de la guarda”. En otro sentido, “guarda” es el

estado o la situación jurídica en que se encuentran las partes; en esta acepción se habla de la “duración de la guarda”, del “plazo de guarda”, etc.. En su última excepción, guarda como proceso, es el procedimiento que tiene por finalidad el otorgamiento de la guarda.

Es importante tener en claro el triple significado jurídico del término “guarda” para poder determinar con posterioridad su naturaleza jurídica.¹

La “**guarda de hecho**” como acto es el acto voluntario lícito, familiar que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda.²

En algunos casos este acto es bilateral, en otros unilateral. Es bilateral cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero tenga a su hijo en “guarda de hecho”. Es unilateral cuando ante un menor abandonado una persona lo acoge en “guarda de hecho” y ejercita respecto de él alguna de las funciones propias de las instituciones tutelares o se encarga de su custodia y protección de su patrimonio y-o intereses.

La guarda no se agota en el acto jurídico de su otorgamiento sino que también constituye un estado. En este sentido consideramos que **la guarda como estado**, es un régimen legal al cual los guardadores, los menores y los padres biológicos se someten como consecuencia del acto jurídico de guarda.

La guarda de hecho tiene como elemento característico el que se constituye sin ningún tipo de formalidad y sin intervención de autoridad administrativa o judicial alguna, con lo cual no es posible hablar de un “proceso de guarda de hecho”.

En definitiva consideramos que la guarda de hecho: "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 inter-

¹ Similar situación acontece con el término matrimonio que tiene un doble significado jurídico “matrimonio acto” y “matrimonio estado” conf. BELLUSCIO, Augusto “Manual de Derecho de Familia”, T. 1, p 148.

² El tema de los actos jurídicos familiares ha recibido un acabado tratamiento en la doctrina argentina, sobre todo a partir de los estudios de DIAZ DE GUIJARRO, Enrique “Introducción al estudio del acto jurídico familiar” en J.A. 1956-IV-108.”El acto jurídico familiar y otros estudios”. Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar” en Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán, Vol VI, Pamplona 1958.

vención 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".³

3. La guarda de hecho en el derecho español

El Derecho Español no define con precisión esta institución, pero le concede un capítulo dentro del título X. Así, el Capítulo V "De la guarda de hecho". Dice en el art. 303 que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona, bienes del menor o del presunto incapaz y de sus actuaciones en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas".

El art. 303 del Código Español distingue dos supuestos de guarda de hecho: a) el guardador de hecho de menores o presuntos incapaces sobre los que puede nacer la constitución de tutela; y, b) los casos de guarda respecto de sujetos sobre los que no procede ésta.

Respecto de los primeros, el artículo establece que la autoridad judicial deberá requerirle al guardador para que informe acerca de la persona y bienes del menor o del presunto incapaz y, por sobre todo, deberá promover con el Ministerio Fiscal la declaración de incapacidad (art. 203 del C.C.) o la constitución de tutela (art.228 C.C.).

El segundo supuesto, refiere la guarda de hecho de menores respecto de los cuales no puede constituirse la tutela. Se daría en los casos en los que los titulares de la patria potestad delegan sus funciones en una tercera persona, ante la imposibilidad temporal de cuidar a sus hijos y sin que exista causa de privación de la patria potestad ni desamparo de los mismos.

Ante esta circunstancia, también la autoridad judicial que toma conocimiento de este hecho, "puede requerirle al guardador que informe de la situación de la persona y de los bienes del menor, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas".

³ Perez Martín, Antonio Javier "Derecho de Familia" Ed.Lex Nova pág. 61

Es importante destacar que la palabra "podrá" tiene vital importancia en su redacción ya que, si el guardador en condiciones normales está ejerciendo correctamente sus funciones, no es necesaria e imprescindible la intervención judicial, que quedará limitada solamente para los casos en que el ejercicio estuviera en contra del interés del menor, ante lo cual se requerirá un informe al guardador sobre la situación del menor y sus bienes y, teniendo en cuenta el resultado, se procederá a establecer las medidas de control y vigilancia que se consideren adecuadas.

El art. 304 del C.Civil Español dice que "Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad".

De la normativa del mismo Código se desprende que la guarda de hecho se ejerce y se regula teniendo siempre como prioritario el interés del menor, porque los actos que realiza el guardador, ya sea de alimentación, formación, custodia, educación, cuidado, y eventualmente sobre los bienes de menor, no podrán ser impugnados.

En coincidencia con ello, el art. 306 asimila el actuar del guardador a la gestión de negocios; por ello la norma remite a las disposiciones del art. 220 del Código Civil. Esta última refiere a la posibilidad de que el guardador sufra daños y perjuicios por su gestión. En tal caso, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del menor, salvo que pudiese obtener ese resarcimiento por otros medios.

4. La guarda de hecho es un acto lícito y permitido.

El artículo 318 del Código civil prohíbe el otorgamiento de guarda con fines de adopción por intermedio de escribanos, pero ello no constituye una prohibición para el otorgamiento de "la guarda de hecho", ni tampoco una imposibilidad para que los progenitores elijan quienes van a ser los guardadores de sus hijos, por aplicación del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido.⁴

Consideramos que no puede negarse a los padres el derecho a elegir el guardador de sus hijos, cuando existen normas que lo permiten expresamente, como

⁴ DI LELLA, Pedro " Vigencia de la delegación notarial de la guarda " Revista del Notariado N 849. Abri81 Setiembre 1997,p38.

lo son el art. 383 del Código Civil que admite que un padre designe tutor para sus hijos menores en caso de fallecimiento, o el art 274 del Código que establece que los hijos pueden vivir en la casa de sus padres o en aquella que estos le hubieren asingado.

En definitiva entendemos que nada impide a los padres biológicos entregar la guarda de hecho a quienes en el futuro serán sus padres adoptivos. Y cualquier juez, ante una guarda de hecho, donde se halle consolidada una relación paterno filial con un menor, por corta duración que ésta tenga, no puede negar la situación: por el bien del menor, por respeto a los derechos de la familia guardadora y de los padres biológicos, que pueden querer y tener razones fundadas para escoger a determinados guardadores.

5. Prueba de la guarda de hecho

Una manera de probar fehacientemente la guarda de hecho es el mediante acta notarial, este tipo de acta, acredita un hecho: que un niño ha sido entregado a una familia que lo criará, educará, satisfecerá en sus necesidades vitales, brindarán compañía, afecto, resguardo y contención.

Desde luego que sólo ha de tener valor como prueba de la guarda de hecho, nunca como otorgamiento expreso de la guarda con fines de adopción, por la expresa prohibición de la ley contenida en el art 318 del Código Civil.

Creemos conveniente que el escribano en el acto que redacte deje constancia, que para obtener la guarda con fines de adopción las partes se deben presentar ante el juez Como señala Adriana Nélica Abella ⁵ *"Es aconsejable señalar a los guardadores, si están presentes, la urgencia que requiere iniciar el trámite judicial de guarda con miras a adopción."*

Consideramos que el artículo 318 prohíbe la entrega de menores en guarda **con fines de adopción** mediante escritura o acta notarial, pero que ello no impide que el acta notarial pruebe que una persona tiene la guarda de hecho de un niño, a quien los padres biológicos legítimamente han elegido.

⁵ ABELLA ADRIANA NELIDA; Las actas notariales de declaración de entrega de menores en guarda; REVISTA NOTARIAL N° 890; Año 1987; pág. 1315.

El acta, puede ser redactada en términos tales que no implique la entrega del menor, sino simplemente que constate un hecho ya existente, cual es la guarda de hecho y servirá para probar el tiempo de la misma, debiendo ser presentada al órgano jurisdiccional, para que otorgue la guarda judicial preadoptiva, por los plazos que fija la ley en el art. 316 del código civil.

Cabe preguntarse si la “guarda de hecho” puede ser acreditada mediante escritura pública, entendemos que la guarda, otorgada por los padres biológicos, al ser un acto voluntario, lícito, bilateral, puede ser otorgada por escritura pública. Dicha guarda será extrajudicial y deberá ser presentada al juez para que éste otorgue la guarda preadoptiva por los plazos legales. No tendrá valor como guarda con miras a la adopción por la expresa prohibición de la ley, pero sí puede tener valor como guarda simple, donde una persona confía a otra la atención del hijo menor.

La diferencia entre acta notarial y escritura pública radica en que en la primera se constata un hecho y puede por lo tanto documentarse tanto la guarda de hecho unilateral como la bilateral. Mientras que en la guarda por escritura pública se formaliza un acto jurídico y solo puede realizarse cuando hay acuerdo entre progenitores y guardadores.

5. Relación entre la guarda de hecho y la guarda con fines de adopción.

En nuestro sistema legal positivo la guarda con fines de adopción debe ser otorgada por el juez, y es al magistrado a quien le cabe examinar la idoneidad de los guardadores, pero ante la existencia de una guarda de hecho ejercida durante años, no nos cabe ninguna duda de que el juez habra de otorgar la guarda judicial preadoptiva al guardador de hecho, ya sea que este haya ejercido una guarda de un menor huérfano o abandonado o que la guarda haya sido entregada por los progenitores, y en ambos casos la manera mas idónea para acreditarlo es mediante el documento notarial.

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 este 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.

6. Motivos para entregar a un menor en “ guarda de hecho”.

Múltiples, variados, entendibles y humanos pueden ser los motivos que lleven a una persona a entregar un menor en “guarda de hecho” con fines de adopción. La complejidad de la naturaleza humana impide analizarlos a todos. Pero a título de ejemplo señalamos que

- Ante la imposibilidad de la asunción de las funciones deirvadas de la patria potestad se entrega la “guarda de hecho” de un hijo a un hermano, para que este sea quien lo adopte y no un extraño inscripto en una lista de adopción.
- Ante la certeza de la proximidad de la muerte se entrega de la “guarda de hecho” de un hijo a una persona quien se prefiere por compartirse iguales creencias religiosas y similares valores morales y preferir que el niño sea adoptado por éste y no por una persona cuya religión se ignora.
- Entrega de un menor en guarda de hecho a una persona de la misma raza y cultura, para que se le transmita los valores culturales propiso de su raza, en lugar de a un extraño.

Ninguno de los casos antes descriptos constituye actos prohibidos jurídicamente, ni reprochable éticamente y el juez de la adopción no puede dejar de valorar estas circunstancias al momento de otorgar la guarda pre adoptiva.

En todos estos casos lo conveniente no solo es la entrega del menor en guarda de hecho, sino que también resulta conveniente el inicio de un juicio solicitando la guarda preadoptiva , que puede ir acompañado en el mismo acto con el consentimiento escrito del progenitor de que el hijo sea entregado en adopción a determinada persona.

Ninguno de los casos antes descriptos constituyen actos prohibidos jurídicamente ni reprochables éticamente y el juez de la adopción no puede dejar de

valorar estas circunstancias al momento de otorgar la guarda preadoptiva; es más, como señaláramos en hace poco, la guarda de hecho es vinculante para el juez de la adopción si los guardadores reúnen los requisitos legales.

7. Conclusiones.

Creemos que” :

1. La guarda de hecho no está prohibida en nuestro sistema legislativo
2. La guarda de hecho es una realidad que no puede ser ignorada y que debe ser especialmente tenida en cuenta al tiempo de otorgar la guarda con fines de adopción y en su caso la adopción.
3. La “guarda de hecho” puede ser demostrada por documento notarial.
4. Quienes hayan ejercido la “guarda de hecho” por voluntad de los progenitores y reúnan los requisitos para ser adoptante, deben ser preferidos a los inscritos en los registros para la entrega de la guarda preadoptiva.