

VIGENCIA DE LA DELEGACIÓN NOTARIAL DE LA GUARDA*

por **Pedro Di Lella**

Algunas reformas del derecho de familia realizadas estos últimos años parecen intentar demostrar la incongruencia del legislador.

Hoy queremos ocuparnos del art. 318 del Cód.Civil, que dispone “se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo”.

Tan tajante disposición de la ley parecería excluir toda posibilidad de que un escribano dejara constancia en una escritura pública de este acto; adelanto desde ya que a pesar de la extensión aparente de la norma, su interpretación debe restringirse exclusivamente al ámbito para el que fue dictada: la adopción.

I. De la delegación o transferencia de la guarda

De conformidad con lo dispuesto por el art. 275 del Cód.Civil, los hijos pueden vivir en la casa de sus padres o en aquella que éstos le hubieren asignado.

Es evidente así que los padres pueden asignar una vivienda a sus hijos que no sea la propia.

En lógico correlato con esta disposición, el art. 276 establece que es una violación al deber de obediencia de los hijos dejar el hogar en que sus padres los hubieren puesto.

El art. 1115 del Cód. Civil establece que cesa la responsabilidad de los padres cuando el hijo ha

* Especial para *Revista del Notariado*.

sido colocado en un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona.

Zannoni sostendrá, citando a Llambías, que se alude a la transferencia legítima de la guarda que por su naturaleza “no implica una delegación”¹.

Cafferata², posiblemente quien más profundamente estudió el tema de la guarda de menores, sostiene en postura que comparto que en todos estos casos se trata de una delegación de la guarda “permitida” por la ley.

El art. 1114 del Cód.Civil dispone que los padres son responsables por los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, según redacción dada por la ley 23264, lo que por supuesto implica que los hijos pueden no habitar con ellos.

Al margen de si la denominación “delegación” es o no correcta, de lo que no cabe duda es de la coincidencia doctrinaria en que esta transferencia es lícita³.

No es el nuestro el único código que lo autoriza⁴ y aun me atrevo a decir que es un acto obligatorio en algunos casos, como cuando los padres no pueden por razones económicas alimentar al hijo y lo entregan a un establecimiento asistencial para que provea a su subsistencia⁵.

II. De las constancias de los actos lícitos

Ello demuestra, a mi juicio, que el art. 318 debe ser interpretado de manera racional. No resulta posible pensar que los actos lícitos que realizan los padres pueden hacerse, pero no dejar constancia de ellos.

Por otra parte tampoco es posible pensar que los establecimientos públicos, al recibir a un menor cuyos padres lo dejan bajo su cuidado -léase guarda-, no pueden celebrar el acto administrativo donde conste tal entrega. Si lleváramos la interpretación al extremo tendríamos que decir que en realidad está prohibida la entrega de menores a establecimientos públicos, porque como tal entrega debe hacerse constar por escrito en acto administrativo conforme normas legales y, como ese acto implica la delegación de la guarda⁶ en el establecimiento, estaríamos al mismo tiempo afirmando que tal acto administra-

1 Eduardo A. Zannoni, *Derecho Civil Derecho de Familia*, t. II, pág. 727, N° 1271 y nota 144. Ed. Astrea, Bs. As., 1989.

2 José Ignacio Cafferata, *La guarda de menores*, pág. 37, Ed. Astrea, 1978.

3 Augusto C. Belluscio así lo sostiene al decir: “[...] cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento bajo la vigilancia y autoridad permanente de otra persona, a quien se le transfiere la guarda [...]” *Manual de Derecho de Familia*, t. II, pág. 310, N° 540, 5ª. edición.

4 Código de Familia de El Salvador, art. 216. En *Derecho de Familia*, bajo la coordinación de E. Roca y Trias, lo sostiene para el Derecho español, Clemente Meoro (Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1995) quienes afirman que la intransmisibilidad de la patria potestad no impide delegar determinadas funciones. También facultan esta transferencia parcial, conservando sin embargo la autoridad los padres, los arts. 373-4 del Cód.Civil francés.

5 Juan Carlos Rebora, *La familia*, Bs. As., 1926, t. II, pág. 298.

6 La derogación del art. 396 por la ley 23164 suprimió la “tutela definitiva” de estos institutos, pero no puede haber duda alguna de que al menos la guarda del menor pasa al citado establecimiento y de que el mismo está obligado a hacer constar tal colocación del menor a su cuidado, lo que -conforme la ley actual- ni podrá considerarse tal entrega delegación definitiva de la guarda, ni mucho menos conformidad con la adopción del menor.

tivo está prohibido por el art. 318 del Cód.Civil. Ello nos llevaría al absurdo de afirmar que los establecimientos creados para recibir menores deben abstenerse de... recibir menores.

Como una tal interpretación no es posible debemos reinterpretar la norma. Es evidente así que la disposición del art. 318 donde dice “entrega” en guarda de menores no puede ser leída como “delegación”, sino de manera más precisa y restringida, o sea, como “entrega con fines de adopción” o lisa y llanamente “renuncia”.

Las leyes deben ser interpretadas de manera racional, de lo contrario terminaremos diciendo que cuando los padres autoricen a su hijo a trasladarse al Uruguay de vacaciones con una familia amiga, o para ser más preciso, lo autoricen a viajar con el colegio y sus docentes al interior o al exterior del país, tendrían que recurrir... a la autorización judicial para ello.

La interpretación debe ser realizada sin trastocar todo el sistema, y al respecto sería útil recordar al hacer cada modificación en materia tan delicada, que es casi imposible reformar un área del derecho de familia sin que sus efectos repercutan sobre las restantes y que el legislador debería extremar el cuidado en la redacción de estas normas que afectan aspectos tan vitales de la vida en sociedad.

III. La voluntad del legislador

Al actuar como miembro informante, el senador Menem dijo que lo que se buscaba era dar garantías de que la adopción tiende a proteger los intereses del menor, y agregaba: “Por eso la intervención judicial en todas las etapas, desde el mismo momento de la guarda del menor”⁷.

Y creo que aquí está clara la voluntad legislativa, lo que está prohibido es la guarda cuando ella es una etapa del proceso de adopción.

Así como los padres no pueden realizar ciertos actos sin control judicial respecto de los bienes de menores, enajenarlos, constituir sobre ellos derechos reales y otros⁸, no podrán realizar acto tan grave como es desprenderse definitivamente -renunciar o extinguir, según cuál sea el supuesto,- de la patria potestad por ningún acto administrativo o notarial. La simple delegación (o transferencia transitoria si se prefiere el término) de la guarda es acto que los padres pueden y en algunos casos hasta deben hacer. No está sometida a ningún control jurisdiccional, y no hay prohibición alguna de hacerlo constar en escritura pública o acto administrativo. A nadie escapará la necesidad de evaluar tales actos de delegación de lo que *infra* me ocuparé.

⁷ Cámara de Senadores, Orden del día 1389, sesiones ordinarias de 1996, sesión del 27-11-96, pág. 254.

⁸ Ver artículos 297 y 298 del Cód.Civil.

IV. Facultades propias de los padres

Esta facultad de delegación excluye toda injerencia del Estado en ella⁹, en tanto nadie mejor que los propios padres están capacitados para evaluar la forma más conveniente de ejercer la guarda del hijo¹⁰. Esto, que no creo presente dudas, se encuentra a mi juicio cuestionado cuando el menor, en lugar de contar con ambos progenitores, cuenta con sólo uno de ellos, ya que se observa -en doctrina al menos- una fuerte corriente tendiente a reemplazar la voluntad materna por la del Estado o sus funcionarios, en cuanto a los motivos de conveniencia de ciertos actos referidos a la persona del menor.

Así, por ejemplo, en la interpretación del art. 255 se advierte una fuerte corriente partidaria de avasallar la voluntad de la madre, cuando es el único progenitor conocido del menor, porque el derecho a la “identidad” del niño es considerado valor superior a cualquier otro. La pregunta, a mi juicio, es por qué los doctrinarios o el asesor de menores son mejores jueces de cuál es, en el caso concreto, el superior interés del menor; las razones de conveniencia u oportunidad para promover las acciones son facultades cercenadas del amplio espectro de la autoridad del padre (madre en el caso) olvidando que esas facultades le han sido dadas para cumplir su rol.

Adviértase que si extremamos el concepto tendríamos que decir que el asesor de menores no sólo debería estar facultado para ejercer la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial; bajo iguales tópicos caería la maternidad, con lo que debería modificarse el art. 254 que sólo legitima a los hijos (y obviamente a los padres en su representación) de forma tal que, si el asesor sabe que el marido de la madre no es el padre, debe estar facultado para impugnar su paternidad, que toda caducidad de acción de estado es contraria al interés superior del niño, que facultados a impugnar la maternidad son todas las personas y no sólo los “interesados”; así, sin limitación alguna, podría llegar el día en que para inscribir una filiación exigiéramos prueba fehaciente del vínculo.

Nada de esto se hace ni se dice. Sería absurdo plantearlo siquiera. De allí a la desaparición misma del derecho de familia, el paso es pequeño.

¿Por qué entonces no vacilamos en afirmar que cuando uno de los padres ejerce solo la patria potestad, el asesor tiene o debiera tener injerencias que no tendría estando ambos? Salvo que se piense en una suerte de “incapacidad” de uno solo de los progenitores para dirigir la persona del hijo, el planteo no se entiende.

Ahora bien, no es posible ignorar que bajo la “delegación” de la guarda

⁹ La patria potestad es derecho de naturaleza constitucional; así lo destacó la Corte (fallos 285-290), al señalar que el derecho de los padres de sangre para decidir sobre la crianza y la educación de sus hijos puede considerarse reconocido implícitamente en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional. Bidart Campos (*La adopción y la patria potestad* ED 48 582) señaló que “a partir de allí el catálogo de los derechos no enumerados que la Constitución anida implícitamente deberá incluir a la patria potestad.

¹⁰ Así lo sostuvo tajantemente la Corte Suprema al expresar que hasta las facultades de los jueces son sólo supletorias de las de los padres. CS, diciembre 22- 1993. “F., M.J. s/ autorización” (F. 454. XXV- R.H. y F. 475. XXV- R.H.). ED tomo 257, pág. 233. Sum. 45.653.

puede esconderse la finalidad de burlar la ley, que en realidad la intención de quien delega la guarda y de quien la acepta sea realizar un acto definitivo. Me parece que esta posibilidad es insuficiente para considerar extinguido el derecho de los padres de delegar la guarda.

V. De la guarda de hecho y su importancia

Vuelvo al concepto dado por el senador co-informante del proyecto en Senadores, quien explicara que la guarda notarial se prohíbe para conseguir que el menor conserve su familia de origen y que ello evita el tráfico de niños¹¹.

Sin duda ambas finalidades son loables. Mas, supongamos por un instante que son tan loables que decidiéramos que la consideración al interés superior del menor exige que presumamos derogadas todas las normas que permiten la delegación de la patria potestad. ¿Lograremos así el objetivo propuesto?

Lamentablemente no. Provocaríamos un gran desajuste en las instituciones, inundaríamos los juzgados de pedidos de autorizaciones judiciales, y no conseguiríamos ninguna de las dos finalidades.

En efecto, supongamos que mediante la guarda notarial ambas partes desean realizar un acto definitivo que esconden bajo la apariencia de una “delegación transitoria”. Se podrá invocar ello en un proceso de adopción. Por supuesto que sí, pero no por lo “notarial” del acto, sino por lo fáctico. La guarda notarial no tendrá valor alguno en el proceso, pero el juez no podrá desconocer la realidad y si la realidad le informa que ese menor está bajo la guarda “de hecho” o “notarial” de quien pide su adopción, esa realidad fáctica del menor será un elemento que el sentenciante no podrá dejar de valorar¹². No

¹¹ op. cit. pág. 262.

¹² La Corte Suprema tuvo la oportunidad, al revocar un fallo de segunda instancia, de decir: “Este dato esencial consiste en el tiempo transcurrido”. Que por encima de todos esos elementos de juicio que aconsejaban mantener a la apelante en la guarda del menor, surge de la causa otro dato esencial, que el pronunciamiento recurrido se abstuvo de considerar... Ese dato esencial consiste en el tiempo transcurrido desde el comienzo de la guarda, pues la convivencia del niño con la señorita... lleva ya cinco años, en una etapa de particular trascendencia para la formación de aquél: de los tres a los ocho años, de modo que ha dado origen a una constelación de hechos e imágenes, hábitos y afectos, que el menor ha hecho propios y que ya forman parte de su propia personalidad. No se oculta la directa incidencia que cabe reconocer a esta circunstancia en la vida actual y futura del niño, así como que una alteración de ese contexto -como sería el cambio de guarda que consagra el fallo en recurso- produciría las consecuencias nefastas para su equilibrio afectivo y emocional con un riesgo cierto para su salud, en el sentido más comprensivo del término. 15) Que la magnitud de ese dato resulta insoslayable para la decisión del caso, mas aparece relegado por la mayoría del tribunal mediante la invocación del principio *nemo auditur quod propiam turpitudinem allegans* y la doctrina de los propios actos. Al razonar de este modo, empero, *no se ha advertido que el alcance* que corresponde acordar a dicho principio en asuntos como el que aquí se juzga, de naturaleza extrapatrimonial y donde no se encuentra una relación jurídica bilateral, debe permanecer indudablemente subordinado a las exigencias propias *del interés del menor*, cuya tutela es no sólo el motivo de la investigación judicial, sino la finalidad permanente de toda clase de procesos... Petracchi - Fayt - Bacque” (Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de hecho deducido por F.H.A. en la causa “S.S.F. y otros s/art. 8 ley 4664” junio 8 de 1989).

porque el acto “notarial” lo obligue a nada, sino porque la vida del menor, sus vivencias anteriores al pedido de guarda judicial no podrán ser descuidadas en el análisis, so pena de hacerle más daño aún.

Es decir, que si los padres están decididos a abandonar al hijo, no necesitan realizar siquiera acta alguna; les basta con entregarlo al cuidado de un tercero y desentenderse de él. Cuando ese tercero se presente uno, dos, tres años después a pedir la adopción, la situación personal de ese menor no podrá dejar de considerarse.

No se me escapa que con esta interpretación el acta notarial podría ser utilizada subrepticamente para esconder una delegación definitiva; así se haría una provisoria y, pasado el tiempo, se la utilizaría como prueba del vínculo efectivamente creado. El riesgo existe, es cierto, pero es mínimo porque quien recurra a esta vía y pretenda enfrentar al juez con un hecho casi consumado, una suerte de adopción “de facto” que el magistrado sólo podría convalidar, deberá saber que no es así, que en el proceso se intentará primero la revinculación del adoptando con su familia de sangre. Enfrentará así un dilema de hierro: si deja pasar mucho tiempo afirmará su vínculo con el niño, pero corre un mayor riesgo de que la familia de sangre recapacite e intente salvar el vínculo, y si el tiempo de convivencia o guarda es escaso, entonces su influencia sobre el juzgador lo será también.

Ya que si, y sólo si, fracasa el intento de volver al menor con su familia de sangre, se verá la conveniencia de la adopción y la aptitud del “guardador” notarial o de hecho para que le sea otorgada la “guarda judicial”, primera etapa del proceso de adopción.

VI. Conclusión

Concluyo así sosteniendo que el art. 318 del Cód.Civil debe ser interpretado armónicamente con el resto del articulado y, en consecuencia, la entrega en guarda mediante escritura pública o acta notarial sólo está prohibida en la medida en que implique una renuncia, abdicación de la patria potestad, o conformidad expresa con la adopción, casos en los cuales por aplicación del art. 18 del Cód. Civil y lógico correlato con el actual art. 316, será de ningún efecto.

La delegación de la guarda por acta notarial o acto administrativo es lícita, sigue vigente en la sistemática del Código y puede realizarse válidamente.