

LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN –  
RELACIONES ENTRE PATRIA POTESTAD Y EL  
PATRONATO – VALIDEZ DE LAS ENTREGAS  
EFECTUADAS POR LOS PADRES – TRAFICO  
DE BEBES – LEY 19.134 (de adopción)<sup>1</sup>

*Norberto J. Garcia Vedia*

---

---

**PONENCIA**

La guarda con fines de adopción solo puede ser efectuada válidamente por la autoridad que ejerce el Patronato. Los padres carecen de facultades para ello – El trafico de bebes no debe ser atendido solo como delito; muchas veces reconoce causas sociales que deben ser combatidas – La ley de adopción no debe facilitar el abandono; para ello debe tener dentro de su articulado disposiciones de prevención que contengan políticas de asistencia tendientes a paliar sus causas sociales y económicas. El respeto a la identidad que contiene la llamada cláusula argentina de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (art. 8º) debe originar políticas que preserven al niño en lo posible, dentro de su propio contexto familiar.

**FUNDAMENTACIÓN**

El art. 264 del CC describe la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral. La referencia a las personas de los hijos debe sumarse al contenido de otras normas para una conceptualización jurídica de la guarda. Por ejemplo la del art. 265 que dispone

---

1 Trabajo presentado nas Primeiras Jornadas do Ministério Público da Província de Buenos Aires, em Tandil, de 3 a 4 de novembro de 1995. (Primeras jornadas del Ministerio Publico de la Provincia de Buenos Aires).

que los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de los padres los que tienen la obligación y el derecho de criarlos, alimentarlos y educarlos; la del art. 267 que define el contenido de la obligación alimentaria como comprensivo de la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad; la del art. 275 que prohíbe a los hijos dejar las casas de sus padres sin licencia; o la del art. 276 que da acción a los padres para evitar que lo hagan.

*La guarda es un atributo de la patria potestad* y tal vez el mas importante porque posibilita la intermediación para el ejercicio de todos los otros. El cuidado, la vigilancia, la asistencia, la educación, etc. requieren la guarda para su ejercicio y si bien puede ser la misma delegada por los padres (p. ej. en un establecimiento educativo), *tal delegación solo es válida en tanto sea transitoria y con el control de la autoridad paterna*. La guarda es entonces un derecho de los hijos y una obligación de los padres. El objetivo de este trabajo es demostrar que la entrega en guarda efectuada por los padres con fines de adopción carece de validez porque lleva la intención de un desprendimiento definitivo.

## LOS ATRIBUTOS DE LA PATRIA POTESTAD SON IRRENUNCIABLES E INALTERABLES

El art. 872 del C.C. prohíbe renunciar a los derechos establecidos en miras del orden público (en nota el codificador expresamente menciona que el padre no podrá renunciar a los derechos que las leyes le confieren sobre los hijos). Del mismo modo el art. 845 del C.C. veda la posibilidad de transigir sobre cuestiones relativas a la patria potestad y el 19 del mismo texto legal la de renunciar en general a las leyes, salvo los derechos conferidos por ellas que solo miren al interés individual y no esté prohibida su renuncia (lo que deja fuera la patria potestad y su contenido). El art. 21 a su vez prohíbe en las convenciones particulares dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público y las buenas costumbres.

Estas y otras normas incluso de rango constitucional puesto que podríamos incluir la prohibición del trafico de personas (art. 15) justifican lo expuesto.

De conformidad con la función social reconocida a la institución *escapa a la voluntad de los sujetos de la patria potestad alterar los alcances con que se la regula legalmente y con mayor razón el abdicar de la sujeción que se establece con miras a satisfacer la finalidad atribuida a la voluntad paterna* (D'Antonio en *Patria Potestad*, Ed. Astrea, § 26).

En esta materia se legisla teniendo en cuenta a los hijos, a los padres, a la familia y por ende a la sociedad toda, puesto que interesa directamente a la conformación social de los pueblos y en consecuencia *es materia privadamente indisponible* (Llambias, C. Civ. Anotado, art. 264 y nota 2).

La idea de la irrenunciabilidad de los atributos de la patria potestad no registra disidencias en la doctrina.

La guarda entonces es irrenunciable.

Pero como bien sostiene D'Antonio, también inalterable: "La inalterabilidad del complejo de derechos y deberes importa – dice en la obra ya citada – el reconocimiento de que para su efectivo cumplimiento es menester que se observen todas las conductas legalmente esperadas".

Esto quiere decir que la obligación de guarda no puede ser ejercida de modo que conlleve un detrimento de la misma puesto que de ese modo no habría cumplimiento sino alteración o degradación del contenido real que la ley le atribuye.

Por todo esto *carece de validez jurídica la voluntad de los padres biológicos de otorgar la guarda de sus hijos con fines de adopción.*

Toda idea contraria contraviene la naturaleza de la institución de la patria potestad.

Por ejemplo el artículo 11 inc. c de la ley de adopción (Ley 19.134) que confiere validez jurídica a la voluntad de los padres biológicos de que un menor sea adoptado.

El aceptar esa voluntad obliga a estudiar los alcances de entuertos que no existirían si se considerara antijurídica la voluntad de los padres de entregar a su hijo en adopción. Por ejemplo: es posible la retractación y hasta que momento? como evitar la voluntad extorsiva o el engaño?

No conviene rodear al acto de garantías por ejemplo instrumentándolo en escritura pública, mediante acta judicial, o actuación labrada por ante autoridad competente? No conviene acaso que cuando se efectúa una entrega en un tribunal de menores concurra el defensor oficial para explicar los alcances del acto a quien efectúa la entrega? Si quien la efectúa es menor, no debieran estar presentes los padres y el asesor de menores? etc.

Todos estos supuestos son fáciles de encontrar porque se los ha planteado la doctrina y se encuentran en la práctica judicial y en disposiciones atinentes a nuestro tema:

El art. 11 inc. c de la Ley de adopción dice por ejemplo que los padres no serán necesariamente citados a juicio y *no se admitirá su presentación espontánea cuando hubieren manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado* ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o por instrumento publico (esa conceptualización jurídica inducen a Zannoni y Orquin a criticar la norma *porque "ese consentimiento es la mayor parte de las veces extorsivo como también que no expresa la ley si el mismo es irrevocable"* (La adopción y su nuevo Régimen Legal, Astrea, 1972, comentario al art. 12).

Y a partir de la misma norma y de la misma idea es que habitualmente se realizan escrituras publicas de entrega en guarda con fines de adopción,

audiencias en causas judiciales a los mismos fines en las que con ánimo de incrementar las garantías se dispone la asistencia del asesor de menores o del defensor oficial.

Inclusive la existencia de madres arrepentidas que se presentan en las causas retractándose de su voluntad anterior o manifestando que su voluntad estaba viciada por encontrarse bajo los efectos del puerperio.

Tales cuestiones solo son posibles como consecuencia de la aceptación errónea de la validez jurídica de la entrega. No se presentarían en cambio si se entendiera que carecen los padres de aptitud jurídica para efectuarla y que conforme a derecho solo tiene facultades para otorgar la guarda la autoridad en ejercicio del Patronato.

Para reforzar aun mas esta ultima posición y sentado como fuera que en la cuestión campea el orden público, cabe mencionar los siguientes artículos del Código Civil:

Art. 21: que dice que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres.

Art. 502: "La obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o al orden público".

Art. 872 (ya citado), que prohíbe renunciar a los derechos establecidos en mira del orden público.

El art. 953 que dispone que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones, o de la conciencia o que perjudiquen los derechos de un tercero, en cuyo caso serán nulos por falta de objeto (innecesario resulta aclarar que el tercero perjudicado no es otro que el niño).

Y por último la doctrina de la Corte Suprema Nacional que afirma la raigambre constitucional de los atributos de la patria potestad como implícitamente reconocidos en los términos del art. 33 de la C. Nacional (Fallos 285:290).

La entrega efectuada por los padres carece entonces de validez según permite afirmar todo lo hasta aquí expuesto. El único modo de desprendimiento de la guarda que seria posible es el efectuado en forma transitoria y con control de su ejercicio aunque fuera prolongado en el tiempo, pero nunca con animo de sustraerse a las obligaciones de la patria potestad. (por. ej. la puesta de un hijo como pupilo en principio no conlleva un desprendimiento definitivo puesto que los padres eligen el instituto, abonan tal vez una cuota, y si recibe el niño malos tratos son pasibles de sanción si los conocen y los toleran. Entendemos que no ocurre lo mismo con el otorgamiento de guarda que los

padres puedan hacer a terceros hasta la mayoría de edad de su hijo o hija porque el supuesto es similar en sus efectos a la entrega en guarda con fines de adopción).

Si se aceptara lo contrario, esto es la validez de la delegación de la guarda parental con animo definitivo, se estaría frente al supuesto de alteración o degradación del contenido de la misma. Nadie puede afirmar que una obligación pueda cumplirse de modo tal que lleve en realidad a su no cumplimiento. Pues bien, eso es lo que ocurre cuando se entrega un hijo en guarda para ser adoptado. Porque lo que se está haciendo es abdicar de algo que no puede abdicarse.

Y esto seguramente lo pensó Vélez cuando al imaginar un supuesto para ejemplificar la prohibición del 872 del C.C. que prohíbe la renuncia de derechos establecidos en miras del orden público dice en su nota, en lo que nos interesa: "... el padre no podrá renunciar a los derechos que las leyes le confieren sobre ...los hijos".

Pero hagamos algo más, imaginemos la posibilidad de una tesis contraria que acepte la validez jurídica de la renuncia de los padres a la guarda de sus hijos (como la que inspirara los arts. 11 y 12 de la L. de adopción).

Pues bien, aun aceptando tal derecho de los padres no puede encontrarse en el mismo otra cosa que un ejercicio abusivo que la ley no ampara (conf. art. 1.071 del C. Civ.).

Recordemos para así considerarlo que la norma considera ejercicio abusivo de los derechos al que contraría los fines que tuvo la ley en mira al reconocerlos. Y los fines de la patria potestad tienen en mira la formación integral de los hijos como obligación y no como facultad de los padres.

## LA FORMA NO SANEA LA INCAPACIDAD

Sentada como fuera la idea expuesta cabe avanzar en la misma y afirmar que la forma de que se revista la manifestación de voluntad de los padres no puede subsanar su falta de capacidad para el otorgamiento del acto de entrega definitiva.

Lejos estamos de aquellos pueblos en los que el formalismo estaba en la base de la organización jurídica y donde los actos jurídicos no derivaban su eficacia de la voluntad de las partes sino del cumplimiento de las formas de celebración impuestas por la ley (Llambias, *Tratado... P. Gral.* II, § 1.571).

Hoy en cambio las formas se imponen sobre todo en miras de la prueba del acto y su publicidad; es un formalismo distinto del antiguo puesto que es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto (id. cit. ant. § 1.569 Borda, *Tratado...P. Gral.* II, § 920).

En consecuencia no debe ser válida la entrega de un menor en guarda aunque se formalice en instrumento público por no tener facultades los padres

biológicos para renunciar a ese atributo de la Patria Potestad y porque además el escribano simplemente da fe de lo que pasa en su presencia pero en modo alguno dispensa la irrenunciabilidad apuntada ni sana la incapacidad intrínseca de los otorgantes (art. 993 CC).

No compartimos por ello la conclusión de las Jornadas Interdisciplinarias sobre Adopción realizadas en Junín los días 10 a 12 de agosto de 1989 en donde por comisión se afirmara que “el instrumento notarial es un medio idóneo para receptor la declaración de voluntad de la madre o padre de sangre de dar a su hijo en guarda con miras a su futura adopción, como asimismo para constatar la entrega del menor a personas individualizadas quienes indefectiblemente con esta prueba preconstituída deberán concurrir al órgano jurisdiccional competente” (la idea que se menciona de “prueba preconstituída” de la voluntad de los padres biológicos no tiene sentido porque si los padres biológicos carecen de facultad para renunciar a la Patria Potestad o alterar su contenido por degradación durante el ejercicio de la misma, el instrumento público estaría “probando” una voluntad irrelevante. Los partidarios de la tesis escribanista tal vez piensen que la escritura solo prueba el hecho de la entrega y que a ello nada se opone, pero yo pregunto: podrían probar la formación de una asociación ilícita, el acuerdo para llevar a cabo un homicidio por precio o promesa remuneratoria, o la concertación de un contrato ilegal, inmoral, o contrario a las buenas costumbres como por ejemplo el tráfico de personas? Distinto sería el caso de cuando se constata por acta notarial la entrega del menor sin ánimo de desprendimiento definitivo porque ello entra dentro de las facultades de los padres de asignarles un domicilio distinto al suyo propio – art. 275 del Código Civil. En ese caso la Patria Potestad se conserva y con ella la titularidad de la guarda, si bien no su ejercicio personal que es lo que se delega. Por ello, y como dice el art. 276 CC pueden los padres recurrir al poder público para reintegrar al hijo al domicilio que le hubiesen asignado, si éste lo dejase).

Y así como el derecho no puede reconocer efectos válidos a esta voluntad antijurídica tampoco sería factible la aprobación judicial a posteriori puesto que solo se concibe tal recaudo frente a voluntades jurídicas aptas en lo general pero que para la realización de actos determinados requieren la voluntad convalidante del juez sin cuyo auxilio carecen de efecto.

El supuesto que nos ocupa en cambio tiene por objeto el incumplimiento deliberado de normas de orden público, imperativas e indisponibles, que no pueden dejar de cumplirse ni con autorización judicial.

Lo dicho respecto de las actas notariales es extensivo también a los otros supuestos del art. 11 inc. c de la ley de adopción, esto es: la manifestación de voluntad efectuada por los padres ante el órgano estatal competente o la autoridad judicial, de que el menor sea adoptado.

Tal manifestación de voluntad carece de validez en sí misma y ello no varía aunque se efectúe frente a un órgano administrativo o judicial o inclusive frente al ministerio público que actúa normalmente en estos casos en las provincias donde aun no existe el fuero de menores.

La forma en efecto no permite sanear la incapacidad de fondo.

## LA ENTREGA EN GUARDA SOLO PUEDE SER REALIZADA POR EL PATRONATO

El patronato según Cafferata es la función proteccional que asume el Estado respecto de los menores que no reciben la educación y cuidado a que ellos tienen derecho, para lograr el desarrollo integral de su persona ya sea porque carecen de padres o tutores porque éstos se encuentran imposibilitados de cumplir con esa trascendental misión, o porque los han abandonado, puesto en situación de peligro moral o material, u observan una conducta que, lejos de favorecer su formación, la ponen en peligro. Esa función proteccional abarca también el cuidado de la salud e integridad física del menor y de sus bienes cuando los poseyeran (*La Guarda de Menores*, Astrea, § 24).

El Estado entonces, sin perjuicio de la prevención o los controles que pueda ejercer, puede sustituir la potestad paterna en aras del fin tuitivo que constituye la razón de ser de todas las disposiciones referentes a la minoridad. Y entonces sí, y hecha la sustitución puede operar la entrega en guarda con fines de adopción, por obra de la única voluntad que jurídicamente puede hacerlo, cual es la del Patronato del Estado.

Refuerza la idea el texto del art. 307 inc. 2º del C. Civil, según Ley 23.264 en tanto prescribe que el padre o madre quedan privados de la patria potestad por el abandono que hicieren de alguno de sus hijos para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero.

Cuando la responsabilidad tuitiva atribuida por la ley a los particulares no se cumple, los menores quedan bajo el Patronato del Estado Nacional o Provincial, es decir, bajo su guarda.

La función del Patronato por su naturaleza no puede ser delegable. Sería un contrasentido teñir de orden público todo el régimen, a excepción de lo que es obligación del Estado. Además, y como viéramos, carecen los padres biológicos de facultad jurídica para otorgar guardas definitivas por exceder los límites del ejercicio regular de la Patria Potestad. No podrían entonces instituciones privadas otorgar guardas ya que si no pueden hacerlo los padres, menos aun quienes carecen de la Patria Potestad.

Para finalizar cabe relacionar el tema con el tráfico de bebés en algunos de sus aspectos extrapenales.

La adopción y el tráfico se relacionan con el abandono.

Aquella no debe en modo alguno facilitarlo. Aparte de todo lo expuesto anteriormente en cuanto a la indelegabilidad, irrenunciabilidad e indegradabilidad de las responsabilidades atribuidas por la ley que derivan en una verdadera incapacidad de derecho; no es aquel el fin pretendido por las normas que rigen la materia.

Nadie puede afirmar en efecto que la ratio legis de la institución de la adopción consista en facilitar el abandono por parte de los padres biológicos; ni siquiera en procurar niños a quienes no los posean. Se insiste por el contrario en que el fin querido por la ley radica en la necesidad de solucionar el problema de la niñez abandonada, mediante una familia sustituta que cumpla la función de la familia perdida.

En un artículo español de publicación especializada leemos: "...es necesario respetar el derecho que todo niño tiene a permanecer y crecer en su familia arbitrando para ello los recursos de apoyo familiar necesarios. Solo cuando se han agotado estos recursos y los padres no puedan hacerse cargo de sus hijos debería recurrirse a otras medidas que supongan la separación del niño de su medio familiar...la legislación española en materia de adopción deberá ser acompañada de una política social dirigida no a aumentar el número de adopciones sino a que disminuyan las causas por las que los niños se quedan sin familia" (GUIA/197, del 15.2.89 – publicación del Min. de As. Sociales de España. Madrid).

La cuestión es esencial. Puesto que la filosofía que subyace en todo sistema no solo determina su contenido sino que es en general reveladora de cual será su práctica, es necesario que la ley de adopción esté inserta dentro de un sistema integral de protección de la familia. De lo contrario no es posible lograr nada de lo que generalmente se declama en materia de minoridad y aquella declamación no sería mas que una muestra de que en algunos temas el derecho se ha convertido en una disciplina meramente especulativa, indiferente de la sociedad a la que supuestamente debe servir.

En la práctica judicial pareciera que el abandono es algo así como una suerte de hecho de la naturaleza del cual solo corresponde su constatación (v. art. 11 inc. c).

Es habitual en efecto que las escrituras de entregas de guarda con miras a una futura adopción (mas allá de la opinión adversa arriba expuesta en cuanto a su procedencia) mencionen que la entrega es efectuada por no poder proveerse a la crianza y alimentación del hijo entregado lo cual no merece otra respuesta que la ameritación de que se ha cumplimentado un recaudo formal.

Por supuesto que no es tarea judicial atender a las familias en crisis salvo en los casos de aquellas provincias en las que el Patronato se inscribe dentro del Fuero de Menores. Pero aun en ese caso los recursos nunca son suficientes si no se integran en una respuesta integral de política social.



En definitiva la función del Patronato a cargo del Estado es supletoria de la Patria Potestad. La mención de la ley es expresa en ese sentido según surge del art. 310 del C.C. Por consiguiente debe comenzar a actuar cuando se han agotado las instancias de protección de la misma desde que hay un interés social en su mantenimiento por estar interesado el orden público. Ello requiere respuestas concretas de asistencia tendientes a evitar los abandonos.

El abandono debe considerarse constatación de un hecho objetivo según lo dicho al comienzo y no manifestación jurídica de voluntad. En consecuencia, constatado tal hecho es el Estado a través del Patronato el único ente que puede válidamente otorgar guardas con fines de adopción.

Finalmente cabe agregar la necesidad de incentivar el acercamiento de las familias en crisis a los organismos encargados del Patronato en cada una de las provincias. Es imprescindible en tal sentido generar confianza en las familias que por razones económicas puedan ser proclives al abandono. Para ello deben generarse políticas de asistencia integral que no escatimen recursos.

Y también que fracasada la ayuda se escuche la elección de los guardadores hechas por los padres biológicos salvo resolución fundada en contrario.

Ello debe considerarse solo como pauta objetiva de evaluación para el juez y respeto a afecciones que puedan resultar legítimas pero no una facultad jurídica de los padres biológicos. La idea no busca otra cosa que disipar el temor que a veces impide el acercamiento a los tribunales de menores y facilita sin duda el tráfico de bebés y corresponde a una ponencia similar presentada por el suscripto en las Jornadas Interdisciplinarias sobre Adopción de Junín de agosto de 1989, aprobada en comisión.