

NATURALEZA JURÍDICA DEL PLAZO, COMPETENCIA DEL JUEZ E INTERVENCION DE LOS ORGANOS DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA GUARDA PREADOPTIVA

1)INTRODUCCION

Abordaremos a través del presente trabajo dos temas de vital importancia en el juicio de guarda preadoptiva, como son la competencia territorial, su naturaleza jurídica y la función específica que tienen en aquel, dos de los integrantes del Ministerio Público, el Asesor de Menores e Incapaces y el Defensor de Pobres y Ausentes.

Estas cuestiones generaran habitualmente conflictos por la diversidad de interpretaciones que suelen asignarse en los juzgados como también por la misma ambigüedad normativa en la materia. Así, estos criterios disímiles hacen que la cuestión sea tan variada como Juzgados de Familia y Menores existan, inclusive, dentro de una misma jurisdicción territorial.

Siguiendo estos lineamientos, la guarda con fines de adopción (o convivencia previa entre pretense adoptante y adoptado) se diferencia claramente de otros tipos de guardas simples o judiciales, ya que es la antesala de una futura y eventual relación paterno-filial, originando efectos similares a los deberes y derechos derivados de la patria potestad. En definitiva implica la resolución por autoridad jurisdiccional, a la par de la exteriorización, asunción de responsabilidades y facultades por parte de los guardadores, en un marco de derecho, ordenado y preciso.

Debemos tener en cuenta que antes del dictado de la Ley N° 24.779 existía una corruptela muchas veces denunciada ante la entrega de menores en guardas otorgadas por entes administrativos (Direcciones de Minoridad y Familia, etc.), o privadamente por escribanos públicos, sin la debida intervención de órganos jurisdiccionales. Advertidos de ello los legisladores, instituyeron a los Magistrados de la absoluta potestad de decidir sobre el tema, creando así un juicio previo al que eventualmente devendrá el de adopción, operando la sentencia favorable de aquel como condición sine quanon de este, conteniendo ambos procesos distintas connotaciones y exigencias; siendo que el primero conlleva, entre sus efectos principales, la suspensión de la patria potestad de los padres biológicos sobre su hijo.-

Para Lidia B. Henandez, Luis A. Ugarte y Jorge A. Uriarte¹, en posición que compartimos, existe una verdadera cuestión prejudicial expresa, entendida esta como un obstáculo legal que impide el dictado de una sentencia, en búsqueda de un pronunciamiento o una decisión judicial, en otro o en el mismo fuero, sobre aspectos que revisten carácter previo.

Ya en 1972, nuestro máximo tribunal dijo en el caso "Trevinarus"² que en el supuesto de expresa oposición de los padres biológicos a la adopción, cuando estos no hubieren incurrido en una causal de pérdida de la patria potestad o de su ejercicio, los jueces no pueden crear un vínculo legal de familia entre adoptante y adoptado, sin que exista una formal declaración que los prive de aquella (arts. 307 y 308 del C.C.) en forma expresa y previa, dándole a esa corroboración carácter de

¹ "Juicio de Adopción" 2º edición actualizada y ampliada. Ed. Hamurabi. pág. 67

² CSJN, 13-4-72, "Trevinarus, M.A.", LL, 150-400.

“cuestión prejudicial”³, la que luego fuera expresamente contemplada en nuestra legislación. Cabe acotar si, que el requisito de la pérdida previa de la patria potestad sería poco tiempo después mutado por la misma Corte en el año 1975.⁴

2) NATURALEZA DEL PLAZO EN LA GUARDA PREADOPTIVA

La naturaleza jurídica del plazo de ha sufrido significativos cambios a través de los años desde que fuera incorporado a nuestro derecho positivo. En un principio, la Ley 13.252 del año 1947, en su art. 6 exigía que el adoptante debía probar haber tenido, con los cuidados de un padre, al menor por un período de dos años anteriores al inicio de la demanda como presupuesto insoslayable. A partir del año 1971, bajo la vigencia de la Ley N° 19.134 se altera el plazo que deja de actuar como requisito de admisibilidad para ser un recaudo a tener presente al momento del dictado de la sentencia; así el art. 6° establecía que el adoptante deberá haber tenido al menor bajo su guarda durante un año, pudiendo la acción interponerse antes del plazo antes señalado, con la salvedad de que la sentencia surtirá efectos a partir del vencimiento de aquel. Con el dictado de la Ley N° 24.779 el sistema nuevamente fue modificado, así el art. 316 del C.C. establece que no podrá ser inferior a seis meses ni mayor a un año, y seguidamente establece, que solo podrá iniciarse la adopción pasados seis meses del comienzo de la guarda. Es decir que implica una vuelta al sistema de requisito de admisibilidad – como en el sistema original- solo que acortándolo a seis meses.

Del análisis de las sucesivas alteraciones vemos que en un principio la naturaleza del plazo tenía por única y exclusiva finalidad el discernimiento de la guarda de los futuros adoptantes, o sea, una prueba o estudio de la compatibilidad, adaptación, inserción y desenvolvimiento de la relación menor-pretensos adoptantes, que en definitiva constituye una medida de protección del primero ya que recaen sobre los guardadores la responsabilidad de cuidarlo, protegerlo, brindarle amor, educación, salud, alimentos como si fuese un hijo propio.

Contrariamente a ello, con el advenimiento de las modificaciones incorporadas, entendemos que ahora tiene también una finalidad de garantía, respecto del vínculo con los parientes, en función de la excepcionalidad de la adopción.

En suma: competencia, asistencia jurídica necesaria de los padres y plazo de guarda llevarían a una postura en bloque a la luz del artículo 21, a) de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que los Estados partes: *“Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”*.

Por eso concebimos, respetuosamente, que si la ratio legis también es de garantía (posibilitar reconocimientos filiatorios, toma de conocimiento por parte de los abuelos, permitir retractaciones, etc.), y no solo de prueba de buen vínculo entre los

³ Zannoni, “Citación de los padres del adoptado en el proceso de adopción”, J.A., 26-1975-480, secc. Doctrina.

⁴ CSJN “Domiguez, Raúl y otra”, LL, 1976-B-239

guardadores y el niño, la consideración respecto a la flexibilidad y efectos del plazo deberían ser diferentes.

La Jurisprudencia no se ha mantenido al margen de los problemas referentes a las restituciones durante el período de guarda, siendo el pionero de los Fallos el emanado de la Cámara Primera Civil de San Fernando del Valle de Catamarca que revoca una decisión de primera instancia contraria a un pedido de restitución materna, allí se dijo: *"...el plazo de guarda como proceso autónomo de de la adopción tiene una doble finalidad, por un lado verificar la idoneidad de los pretendidos adoptantes y por el otro, respecto de los padres biológicos, la protección de los derechos personalísimos de forma tal que cualquier variante pero sustancial, en los supuestos que originaron y debidamente acreditado ante el Juez, debe hacer repensar las acciones anteriores más aún cuando se trata de procesos que no causan estado, como la guarda preadoptiva y respecto de los guardadores atesora el ejercicio de la patria potestad sobre un niño al que incluirán en su familia legal, pero la guarda, también puede extinguirse en circunstancias similares a los derechos y deberes inherentes a la Patria Potestad"*⁵

*Un modo de equilibrar estos derechos es permitir que después de otorgada la guarda exista un término durante el cual, desde un abuelo hasta un padre reconociente, puedan presentarse no ya controvirtiendo una adopción, sino simplemente poniendo en evidencia la falta de necesidad de guarda en cabeza de terceros. Esta interpretación significa conocer a los seis meses de guarda básicamente exigidos el carácter de un plazo de provisoriedad, asumidos por los adultos, sin daño para el niño, que permitirá a la vez defender sus derechos a la identidad familiar y a desarrollar su vida en familia.*⁶

La realidad reinante evidencia que en la mayoría de las guardas preadoptivas que se inician (sobre todo en el interior del país), los menores ya han permanecido mucho tiempo con los futuros y eventuales adoptantes bajo custodias de hecho (se produce la entrega al poco tiempo de nacer y pasado un tiempo más que considerable, comunican ello de manera fehaciente a la justicia), como consecuencia de entregas directas, lo que hace, como mencionaremos mas abajo, que la relación sea a posteriori prácticamente inquebrantable. Ello conlleva que al plazo de guarda de hecho anterior al inicio se le tenga que sumar el prolongado tiempo que insume el proceso (más aún si existe oposición de los progenitores), donde el menor también permanece junto a los pretendidos adoptantes. De allí que la finalidad tuitiva del tiempo del art. 316 del C.C. que reseñáramos, nunca vaya de la mano con los sucesos de la vida real. Sin perjuicio de ello, igual se deberán esperar seis meses para recién iniciar el pedido formal de adopción, con la salvedad de que disminuyen notoriamente las posibilidades revertir la situación a favor de la madre y demás parientes del menor.

Así, creemos que la alusión "comienzo de guarda" debe interpretarse aisladamente de otros tipos de relaciones de hecho (posesión de estado, por ej.) que pudiesen haber existido con anterioridad, esto es, una vez transcurridos los seis meses del dictado de la sentencia de guarda judicial firme otorgada con expresos fines adoptivos.-

Una postura opuesta, marcadamente contractualista, entiende que, no solo dicho plazo debe acotarse, sino también las posibilidades de participación de los parientes – representados generalmente por la Defensa Pública- en el litigio. La

⁵ Cámara 1° CCMYT, Catamarca, Sep. 18 1998, LL 1999-135)

⁶ Del Dictamen del Dr. Atilio Alvarez en autos "Isasmendi, Tatiana Carolina s/adopción" Expte. 86381/01

realidad indica que ésta es la postura en la se inclinan, en su gran mayoría, los abogados de la matrícula que actúan en defensa de los adoptantes; contrariamente a ello, los integrantes del Ministerio Público acentuamos el respeto a lo establecido por el art. 21 a) CDN y 8,1 del pacto de San José de Costa Rica.

3)COMPETENCIA TERRITORIAL

Según Palacio⁷, la competencia es la capacidad o aptitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto de órganos judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante una etapa del proceso.

Dentro de los distintos criterios de clasificación de la competencia, nos abocaremos a la territorial, que por sus connotaciones especiales apunta a garantizar la inmediación, facilitar el funcionamiento de la Justicia y proporciona facilidades a las lejanías de los justiciables ante los inconvenientes de traslados. Corresponde aclarar que en lo que respecta al juicio de adopción no existen problemas en cuanto a su determinación, disponiendo el art. 321 inc. a) del C.C.: *“La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante, o del lugar donde se otorgó la guarda”*. Se pretende así que sea el mismo adoptante el que decida sobre la conveniencia de iniciar la adopción en uno u otro lugar, privilegiando el interés tanto de aquel como del menor por sobre el del progenitor.

Distinta es la situación en la guarda previa en donde la jurisprudencia y la doctrina mantienen posturas disímiles, siendo precisamente esta una de las diferencias a las que hiciéramos referencia entre la guarda preadoptiva y adopción.

El art. 316 del C.C. establece en su párrafo tercero: *“...La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo...”* Es decir que la regla general para determinar la competencia del juez es el domicilio conocido de los menores, esto es, el legal, que según el art. 90 inc. 6 del C.C. corresponde al de sus representantes, y el de origen del 89 del C.C., que corresponde al de los padres el día de nacimiento del menor.

Como única excepción a ello quedará el supuesto del menor abandonado con domicilio desconocido en donde no pudiera determinarse ni el domicilio de origen como tampoco el legal, caso en el que será competente el Juez del lugar donde aquel fuere hallado, previa acreditación judicial de ello.

Siendo entonces que esta hipótesis de exclusión no operará siempre en todos los casos de abandono, ya que si ello ocurriera en otro lugar que no fuese el domicilio de sus padres, siempre conservará el domicilio de aquellos⁸, y recién ante la imposibilidad de establecerlo o localizarlo, operará la previsión del art. 316 del C.C. párrafo tercero última parte en consonancia con el art. 90 inc. 5 del C.C.

Cabe destacar, coincidiendo con el pensamiento de Daniel Hugo D Antonio⁹, que consideramos insuficiente que el abandono del menor sea constatado a través de una simple “comprobación” judicial de manera superflua, correspondiendo hacerlo a través de una detallada y acaba investigación en juicio sumarísimo, en donde se deberá tratar de dar con el paradero de los padres biológicos para así garantizarles

⁷ PALACIO, Lino Enrique “Derecho Procesal Civil”,t.II, p.366 y sgtes.

⁸ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil, Parte General, Editorial Perrot, Bs. As. 1978, T.I, p.586

⁹ “Regimen legal de la Adopción. Ley 24779. Ed. Rubinzal Culzoni 1997 pág. 65

una oportuna y necesaria intervención, ya que ante la trascendencia e importancia del resultado de dicha averiguación (que siempre deberá ser realizada en forma previa) repercutirá en la competencia del Magistrado que deba intervenir. Basta imaginarse sino las consecuencias gravosas e irreparables para los progenitores de que su hijo sea declarado en estado de abandono, ya que de allí en más la ley no obliga a su citación e intervención posterior .

Al margen de ello, entendemos que nada impide a un Magistrado, ante un pedido formal de guarda preadoptiva, se declare incompetente al tomar conocimiento del domicilio de los progenitores, advirtiéndole que el nacimiento del menor se dio en otra jurisdicción territorial, salvo que ello resultare imposible o se demostrase que los progenitores abandonaron al menor a su suerte en otro lugar distinto a su domicilio.

Este fue el criterio adoptado por el Dr. Jorge L. Noro Villagra¹⁰ al decir: *“...Asimismo considero que en caso como el de autos en que el menor es un bebé que hace poco tiempo ha sido separado de su madre es el juez del domicilio de ésta, quien se encuentra en mejores condiciones para investigar y valorar si la guarda es viable, en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales (valoración que la Convención Internacional de los Derechos del niño, art. 21, exige para el caso de la adopción)”*.

De allí que sostenemos que los casos de menores abandonados con domicilio desconocido son de rarísima excepción, y deben ser aplicados con sumo cuidado por los magistrados ante el riesgo de quebrantar de manera grosera derechos de raigambre constitucional.

La finalidad tuitiva de la norma pretende combatir las entregas directas de menores a matrimonios oriundos de lugares ajenos que frecuentemente se llevan a cabo a escondidas burlando el contralor y necesario intervencionismo del Poder Jurisdiccional, siendo que a través de esta práctica ilegal distancian al menor de su domicilio (de origen o legal) dificultando así, la comparecencia y defensa en juicio de los padres biológicos, más aún si se trata de personas de escasos recursos y nivel cultural bajo, como habitualmente sucede en el interior del país.

Los sostenedores del contractualismo en la adopción entienden que la autonomía de la voluntad, o sea las entregas directas, debe reinar sobre las exigencias burocráticas de la guarda previa, olvidando que normas internacionales con rango constitucional¹¹ imponen a los Estados su participación activa en el proceso adoptivo. Atilio Alvarez¹² sostiene al respecto que *“el contractualismo en adopción, entonces, es una de las más flagrantes violaciones a la Convención sobre los Derechos del Niño, y como tal debe ser combatido en una lucha por el perfeccionamiento legal, reglamentario y jurisprudencial.”*

Un menor alejado del domicilio de sus padres por una entrega directa, de quienes quizás se vieron forzados por su situación económica e ignorancia a entregar al menor desconociendo que debían ponerlo a disposición del Juzgado competente de la localidad, que permanece cierto y considerable tiempo junto a un matrimonio de desconocidos, afianzando día a día sus vínculos, torna imposible luego su restitución a

¹⁰ Juez Nacional en lo Civil N° 23, en autos: “Aguirre Maria s/guarda” Expte. N° 101.818/01 R.343.414

¹¹ Convención sobre los Derechos del Niño art. 21

¹² Defensor Público de Menores en “La Adopción directa o el contractualismo en adopción” publicado en el periódico “Actualidad Psicológica” N° 340 Abril de 2006

los padres biológicos, ante un eventual arrepentimiento o quizá mejoría económica. Este ardid es comúnmente utilizado a diario en nuestro país, numerosos son los casos de mujeres embarazadas que acompañan a parejas con la excusa de trabajar como empleadas domésticas, o de entregas encubiertas de recién nacidos a terceros a través de “guardas de hecho” (realizadas antes de su prohibición expresa por escrituras públicas) para luego trasladar la competencia a un Juez inalcanzable para el ciudadano común del interior, del campo, de pueblos alejados de las grandes urbes. Muchas de esas madres (en su gran mayoría jóvenes) intentan en vano luego recuperar a sus hijos, después de tomar conciencia, recapacitar o reflexionar de sus actos, o quizá superar el trance consecuencia del puerperio, o luego de interiorizarse o asesorarse por primera vez en su vida por un profesional (de la salud, asistente social, Defensor Oficial, Juez, etc) de aprender que la pobreza no los obliga a desprenderse de sus hijos ni se encuentra penada por la ley, que es algo por lo que nadie debe avergonzarse, y, que el Estado tiene la obligación primordial de garantizar y satisfacer sus necesidades básicas primarias.

Con respecto a las guardas de hecho, no obstante carecer actualmente de valor y trascendencia para una futura adopción según las disposiciones de la Ley 24.779, no podemos desconocer que este tipo de situaciones comúnmente se repiten en provincias del interior como Corrientes, Misiones, Chaco, Formosa, etc. en donde de manera abusiva, astutamente muchos profesionales se aprovechan de los beneficios de aquella para salvar el obstáculo legal de la inscripción en el Registro de Adoptantes, del tiempo de espera, de la burocracia existente, encontrando una veta en la que, sin infringir la ley, reafirma la vieja frase por todos conocida: *“hecha la ley...hecha la trampa...”* ya que por imperio de las mismas normas de la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”¹³ que se refieren al “interés superior del niño” hace que muchos Jueces, a sabiendas de la irregularidad existente, se vean obligados a tener que confirmar esa relación emocional y sentimental de hecho consolidada de manera irreversible, so riesgo de poner en peligro la integridad psico-física del menor. Sostenemos que la existencia de esta real confrontación “realidad-norma” necesariamente deberá ser considerada por los Legisladores Nacionales para regularizar o blanquear estos supuestos, tema este que por su gran dimensión necesita de un debate y discusión en profundidad inminente.

Nos detendremos brevemente a comentar la posición doctrinaria y jurisprudencial contraria a la que indicáramos, opinión que adelantamos desde ya, no compartimos pues entendemos, respetuosamente, pretende tergiversar groseramente las claras disposiciones de la ley e implica una clara violación de derechos y garantías constitucionales.

Este sector afirma que el domicilio del menor del art. 316 del C.C. se refiere al lugar donde éste se encuentre en su carácter de sujeto que requiere protección jurisdiccional. Para ello hace extensiva la interpretación del art. 235 del C.P.C. y C. que se establece que en los supuestos de guardas esta deberá ser otorgada por el Juez del domicilio de la persona que haya de ser amparada.

¹³ Art. 3º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley Nº 23.849 con jerarquía Constitucional art. 75 inc. 22 C.N.

Así sostiene el Dr. Alejandro Molina¹⁴ que *el art. 316 al mencionar el domicilio del menor, no hace referencia a un domicilio formal como lo es el que corresponde a los padres (art. 90 inc. 6 del C.C.), sino que entiende que la situación debe resolverse efectuando una interpretación integradora de las normas, pero teniendo en cuenta que se trata de una guarda con un destino específico que si bien participa de las notas comunes a toda guarda en cuanto tiende al amparo y cuidado de una persona incapaz que temporaria o definitivamente no puede ser protegida por sus representantes necesarios, tiene una nota específica que resulta ser la única guarda preconstitutiva del estado de familia derivado de la filiación.*¹⁵

Las leyes civiles que se refieren al domicilio de las personas incapaces son claras no dejando, a nuestro criterio, lugar a otras interpretaciones. Pensar que el Juez competente para la guarda preadoptiva en el art. 316 del C.C. es el de la residencia del menor al momento de su promoción es un absurdo a nuestro entender pues coloca, como dijera supra, a los progenitores en un palmario estado de indefensión violatorio de normas constitucionales. Reiteramos, para ello el caso de madres que habitan en el interior del país, con escasísimos recursos, oriundas de lugares como Saladas (Pcia. de Ctes.), por mencionar alguno, en donde es común tener la sorpresiva visita de matrimonios de Buenos Aires, que consiguen contactarse con jóvenes madres embarazadas, desesperadas económicamente, de bajo nivel cultural, quienes terminan cediendo (en muchos casos a cambio de promesas de trabajo, mercaderías y ropa, etc) sin tener la posibilidad quizá de comprender el alcance de lo que hacen por su misma ignorancia o el estado de puerperio que habitualmente afecta a las mujeres. ¿Como lograr que estas personas que nunca salieron del pueblo que los vio nacer, que no saben leer y escribir ni tienen recursos disponibles para viajar, sean escuchadas por Magistrados de otras Provincias al momento de ser citadas para que comparezcan a estar en derecho en la audiencia del art. 317 inc. a) del C.C.?

Estos ejemplos sirven para evidenciar que a la par de los intereses superiores del menor en la guarda adoptiva coexisten los de los progenitores, derechos estos también de raigambre constitucional y que deben ser respetados y garantizados en todo el país, sin importar su clase social, sexo, raza y lugar de nacimiento o residencia.-

4)INTERVENCION DE LOS ORGANOS DEL MINISTERIO PUBLICO

Las funciones del Asesor de Menores y del Defensor de Pobres son esenciales ya que representan los derechos e intereses superiores del menor, el primero, y la garantía del acceso a la justicia y defensa en juicio de los padres biológicos cuando estos son de escasos recursos o tienen domicilio desconocido, el segundo.

Es muy común que ambos funcionarios adopten posturas adversas debido a los intereses contrapuestos que pueden existir entre sus representados, supuestos que se dan muy a menudo en las oposiciones a las guardas por los progenitores,

¹⁴ Ex juez civil, Ex Defensor de Menores ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil, en lo Comercial y del Trabajo de la Capital Federal; fue Presidente del Consejo Nacional del Menor y la Familia. Profesor de Derecho Civil y de Derecho de Menores en cursos de grado y postgrado de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de General San Martín

¹⁵ Del Dictamen del Dr. Alejandro Molina en autos: "Aguirre Maria s/guarda" Expte. N° 101.818/01 R.343.414

cuando los menores son quitados de la custodia de sus padres e internados en Instituciones ante evidenciadas situaciones de riesgo como maltratos, abandonos, etc., como también como consecuencias de arrepentimientos ante entregas directas efectuadas.

En lo que respecta al *Asesor de Incapaces* tiene amplias facultades ya que interviene, como representante promiscuo, en los términos de los arts. 59 y 494 del C.C., en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte a la persona o bienes de los menores e incapaces en forma autónoma o junto a sus representantes necesarios, debiendo velar siempre por la protección integral de aquellos.

Siguiendo estos lineamientos deberá custodiar en todo momento el respeto de las garantías Constitucionales de conformidad a lo establecido en el artículo 8 del Pacto San José de Costa Rica -primer párrafo- "*toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil...o de cualquier otro carácter...*" Y Así siendo el niño, como toda persona, sujeto pleno de derecho (art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos; entre otros muchos) es innegable que goza de la garantía de debido proceso judicial, representado en él por el Ministerio Público (art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 59 y concordantes del Código Civil).

La guarda judicial con fines de adopción, según esta óptica, pasa a ser un recaudo esencial previo a la adopción misma, necesario no solamente para permitir y evaluar la adaptación del niño a la familia que se postula como adoptante, sino para permitir el pleno ejercicio de las garantías antedichas¹⁶.

Sin perjuicio que recién en el juicio de adopción, el art. 321 inc. b) del C.C. les da expresamente el carácter de parte, consideramos que es obligación para los Asesores de Menores, ya en la guarda preadoptiva, requerir todo tipo de medidas que estimare oportunas y pertinentes, realizar las investigaciones que estime viables, y claro está, deberá asistir a las audiencias con los progenitores, pretensos adoptantes, tomar contacto directo y personal con el menor en todo momento garantizando que este siempre sea oído.

Por su parte el *Defensor Oficial*, si bien la ley nada dice al respecto de la necesidad de su intervención y muchos jueces prescindan de él, teniendo presente que la ley establece la citación de los progenitores, por imperio del art. 18 de la CN, actuará luego de citados estos, compareciendo a la audiencia asistiéndolos cuando carezcan de ingresos suficientes, como también ante el supuesto de domicilio incierto (art. 145 y 146 del C.P.C. y C). Intervención esta que debe ser dispuesta por el mismo juzgador en la misma resolución que fija la audiencia para los padres biológicos, y disponiendo en dicho acto la remisión de las actuaciones a su público despacho para su debida notificación.

Sumándonos a la opinión de Lidia B. Henandez, Luis A. Ugarte y Jorge A. Uriarte, consideramos que la palabra progenitor alude a la progeñie o generación, de modo que incluye a cualquier pariente en la línea recta ascendente del menor y no solo a los padres, incluyendo a los abuelos en casos de excepción como cuando los padres hubiesen muerto y los abuelos ejercieran la tutela legal.¹⁷

¹⁶ Del Dictamen del Dr. Atilio Alvarez en autos "Isasmendi, Tatiana Carolina s/adopción" Expte. 86381/01

¹⁷ "Juicio de Adopción" 2ª edición actualizada y ampliada. Ed. Hamurabi. pág. 103

Como lo sostuviéramos previamente, el Defensor Oficial, debería tener efectiva participación en los supuestos de acreditación judicial de abandono del menor, en lo que respecta a garantizar el conocimiento de los progenitores de la existencia del juicio de conformidad a lo establecido en el art. 343 del C.P.C. y C. (pudiendo requerir informes, la realización de diligencias, citaciones, etc.) todo ello bajo pena de nulidad.

En la citación obligatoria de los padres biológicos del art. 317 inc. a) del C.C. (norma esta en armonía con el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño), otra cuestión trascendental es que el Defensor, para que el consentimiento sea prestado con discernimiento, intención y libertad, siempre deberá mantener una entrevista previa y privada con aquellos, para que puedan conocer el trasfondo y realidad de la cuestión, entrar en confianza con su asistente, tener seguridad y recibir todo tipo de información de manera minuciosa (siempre acorde a sus niveles intelectuales) sobre las consecuencias que pudieren existir en caso de falta de oposición oportuna y pronta, lo que como sabemos torna prácticamente irreversible la situación en el futuro, ya que, por la teoría de los actos propios, el estado de incertidumbre del menor y la necesidad de resguardar rápidamente su interés superior, dudamos que algún Juez revierta a posteriori dicha situación; salvo casos excepcionales de extrema gravedad..

En el interior del país suele ocurrir que los progenitores, decididos a la entrega, una vez asesorados por el Defensor Oficial sobre los efectos definitivos de una eventual adopción, como sobre la posibilidad de obtención (vía judicial) de planes sociales, que en definitiva mejoran en parte su situación económica y sienten el apoyo del Estado, cambian su opinión y deciden permanecer con su hijo. Se recomienda también que en caso de duda o incertidumbre, de nervios o crisis emocional la suspensión de la audiencia para fecha posterior y el inmediato sometimiento a un tratamiento psicológico para que la decisión sea prestada con la mayor de las seguridades y el menor porcentaje de arrepentimiento posible. Siempre deberá velar porque se respete la decisión de sus asistidos, como también para que en el caso de oposición bregar para que los niños no sean separados de sus padres, de conformidad a lo establecido por el art. 9º de la Convención de los Derechos del Niño. Para el Diputado Dumont *“se debe evitar el peso del desamparo, para las madres en especial, frente a la posibilidad de prestar un consentimiento del cual después se van a arrepentir toda su vida, dado que para eso estarán el Juez, el Ministerio Pupilar y todos los órganos del Estado vinculados al tema (a lo que nosotros agregamos el Defensor Oficial), para que dicho consentimiento sea brindado de manera clara, transparente, definitiva e irreversible”*¹⁸

En lo que respecta a las excepciones a la citación de los padres biológicos, consideramos que no obstante estar taxativa y expresamente enunciados los supuestos en el art. 317 inc. a) del C.C., los jueces deben ser muy sigilosos para no aplicarlos de manera indiscriminada y vedar así el acceso a la justicia, debiendo por ello, citar obligatoriamente en todos los supuestos cuando los padres no hayan perdido la patria potestad o su ejercicio por sentencia firme. Para ello debe tenerse presente que, sin perjuicio de que ellos comparezcan y no den su consentimiento para el otorgamiento de la guarda preadoptiva, el Juez podrá siempre declarar el estado de abandono y otorgar la guarda fallando siempre en interés del menor. ¿Qué mejor certeza para el juzgador la que surge de la intermediación con los progenitores para

¹⁸ CARRANZA, Jorge Luis “Tema del derecho prevencional de menores III” Ed. Alveroni pág. 32

reafirmar aún más el estado de abandono del menor si este existiere? Todo ello, no obstante que la ley los excluyó, a nuestro criterio inconstitucionalmente, como partes en el proceso de guarda, reafirmamos que obviar la citación a los padres biológicos cuando no fueren privados de la patria potestad viola flagrantemente la Constitución Nacional, debiendo los Defensores Oficiales, en su caso requerir su declaración judicialmente. Deben tener la posibilidad cierta y real de ser escuchados, de ofrecer el material probatorio que estimen pertinentes tendiente a evidenciar que la situación que motivara la separación con su hijo ha cesado, de iniciar un proceso de restitución en igualdad de condiciones que la parte contraria.

En otro orden de ideas, y relacionado a la cuestión, no compartimos el criterio de algunos Juzgados que prohíben el ingreso de los apoderados de la parte actora a estas audiencias, ya que nada impide a que puedan asistir para efectuar el debido contralor necesario que debe reinar en todo proceso, so pena de nulificar dicho acto.

Por otro lado las posturas de ambos Funcionarios del MP también pueden ser coincidentes, al consentir los progenitores la entrega en adopción en la audiencia a la que son citados, y entendiendo el Asesor que el matrimonio reúne los requisitos para el otorgamiento de la guarda, verificados los demás requisitos restantes por el Juez, nada obstará el resultado anhelado. O viceversa, la postura coincidente podría devenir de entender ambos magistrados que corresponde conservar al menor dentro del vínculo biológico. De darse el primer supuesto, y si ello se mantiene durante el proceso, prácticamente cesará la intervención activa del defensor de pobres, quien a partir de allí solo efectuará un mero contralor de las formas, debiendo asimismo, efectuar las notificaciones pertinentes.-

Y por último obvia es la circunstancia de que para el fiel cumplimiento de sus funciones, ambos integrantes del Ministerio Público, pueden interponer todo tipo de recursos, demandas autónomas, medidas cautelares, nulidades, etc. sin limitación alguna.

5)CONCLUSIONES

Como advertimos los temas desarrollados se hallan íntimamente mancomunados el uno con el otro, ya que la actuación del Juez competente repercute sobre la necesaria función que desempeñarán los Magistrados del Ministerio Público en beneficio de los intereses del menor y de los padres biológicos, y viceversa, ya que un eventual planteo de incompetencia de un Defensor o Asesor puede hacer mutar al Juez que entenderá en el proceso de guarda.

Someter el conocimiento de la guarda a un juez que no es el natural de la causa por no respetar el domicilio de los arts. 90 inc. 6 y 89 del C.C. afectan y lesionan derechos del menor como de sus padres, debiendo poner énfasis en adoptar el criterio de competencia tal cual surge de la misma norma, evitando hacer aplicaciones extensivas que tergiversen su espíritu.

Cabe destacar que la falta de intervención tanto de uno como de otro funcionario en el proceso de guarda preadotiva, como una participación insuficiente o extemporánea implican una vulneración al principio de defensa en juicio garantizado no solo por nuestra Carta Magna sino también por el manto protectorio normativo de los tratados internacionales.

Entendemos que la guarda judicial previa a la adopción, a grandes rasgos, vino a preservar y fortalecer la garantía del debido proceso y la defensa en

juicio de los padres biológicos, esfumando las sospechas que existían con anterioridad cuando eran válidas las entregas de menores en sede administrativa, claro está en donde aquella debe actuar en armonía con los intereses superiores del menor, para que en definitiva, no se atente ni perjudique contra el derecho de los incapaces a tener una familia.

Resulta imprescindible garantizar a través del Defensor Oficial la efectiva citación a los progenitores ya que ello implica el cumplimiento del requisito de legalidad y legitimidad del procedimiento permitiéndole un rol activo en defensa de sus derechos claro está ante el Juez de su domicilio.

Siendo que en definitiva, a través de la participación de los órganos del Ministerio Público se garantiza no solo la transparencia del proceso, sino también se pone a los actores en un pie de igualdad, dotando en definitiva a los sectores más vulnerables de la sociedad (sectores carenciados y menores) del plus o refuerzo necesario para acortar las disparidades naturalmente reinantes en nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- "Juicio de Adopción" 2º edición actualizada y ampliada. Ed. Hamurabi Lidia B. Henandez, Luis A. Ugarte y Jorge A. Uriarte 2º Ed. Actualizada 1998
- "Temas del derecho prevencional de menores I y III" Jorge Luis Carranza Ed. Alveroni 2006
- "Régimen legal de la adopción" Ley 24.779 Daniel Hugo D Antonio Ed. Rubunzal Culzoni 1997
- "Actividad Jurídica de los Menores de Edad" Daniel Hugo D Antonio Ed. Rubunzal Culzoni 3º Ed. Actualizada 2004
- "Derecho de la Minoridad – Protección Jurídica de la Niñez" José Sanchez del Solar Ed. Mediterránea 2005
- "Derecho de Familia" Tomo II Eduardo A. Zanoni 4º edición actualizada. Ed. Astrea 2002
- "La Adopción directa o el contractualismo en adopción" publicado en el periódico "Actualidad Psicológica" N° 340 Abril de 2006
- Revista LA LEY LITORAL JURIS año 10, n° 10, nov. 2006
- "Comentarios a la ley de adopción N° 24779" Ricardo Duto Ed. Fas1997
- La " Adopción" Graciela Medina T.I, Ed. Rubinzal Culzoni 1998
- "La Adopción" Catalina Elsa Arias de Ronchietto Ed. Abeledo Perro 1997t