

Guarda de una menor otorgada al padrino de bautismo

Comentario al fallo *V. M. I. y V. M. I. s/ personas menores en riesgo*

por Juan G. Navarro Floria(*)

Sumario: 1. El caso. - 2. Relevancia jurídica (civil) del parentesco espiritual. - 3. La decisión judicial. - 4. Conclusiones.

1. El caso

Motiva este comentario el fallo dictado el 18 de diciembre de 2020 por el Juzgado de Paz de la Primera Circunscripción Judicial con asiento en la localidad de Mburucuyá, Provincia de Corrientes, en el expediente “V. M. I. y V. M. I. s/ personas menores en riesgo”.

Se trataba de una adolescente de 15 años de edad, huérfana de padre y madre, reciente madre de una niña. La joven madre vivía en casa de una hermana mayor suya, en condiciones de extrema precariedad(1) que la sentencia describe y que en un encomiable caso de intermediación el juez se ocupó de conocer personalmente, además de recibir los informes del caso. La adolescente carecía de documento de identidad y de los medios más elementales para su propio desarrollo y el de su hija recién nacida. En esa situación tanto la menor como su padrino de bautismo expresaron su voluntad de que este último se hiciera cargo de su ahijada, junto con su esposa. La familia del padrino parece ser de condición modesta, pero con vínculos estables y con los medios necesarios para brindar una adecuada acogida a las dos niñas.

2. Relevancia jurídica (civil) del parentesco espiritual

Hace pocos meses me ocupé en un estudio de la relevancia jurídica en nuestro derecho positivo del “parentesco espiritual” resultante del bautismo, es decir, del vínculo que se crea entre padrinos y madrinas y sus ahijados como consecuencia de ese sacramento(2). No he de repetir acá todo el desarrollo de ese trabajo, pero para vincularlo con el presente caso me permito ofrecer una síntesis:

- a) La institución del padrinazgo es propia del Derecho Canónico de la Iglesia Católica, aunque tiene sus equivalentes en el derecho interno de otras iglesias y confesiones religiosas, principal pero no únicamente cristianas. La sentencia ahora analizada cita el canon 872 referido a la existencia de padrinos de bautismo. De ese acto sacramental y jurídico-canónico se deriva el denominado parentesco espiritual, que antiguamente originaba incluso un impedimento matrimonial(3).
- b) Las normas sobre parentesco espiritual fueron derecho positivo en la Argentina en el Código de Vélez y hasta la ley 2393.
- c) El padrinazgo existe también en el derecho positivo argentino, incluso después de la ley de matrimonio civil. Su expresión más importante es el padrinazgo (o madrinazgo) presidencial, hoy regido principalmente y por la ley 20.843(4), por su decreto reglamentario 964/76(5), y por el decreto 1419/2009, otorgado al séptimo hijo (varón o mujer); y sus equivalentes en algunas provincias(6). El parentesco espiritual está también reconocido en el vigente decreto reglamentario de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad (decreto 1136/97, art. 36) y sus equivalentes en algunas provincias.
- d) Fuera de esos reconocimientos en el derecho positivo, es relevante que el padrinazgo forma parte de la cultura popular incluso más allá del vínculo sacramental, erigiéndose en una verdadera costumbre que, como tal, es fuente del Derecho. En la cultura popular -no solamente argentina, sino latinoamericana- el vínculo entre padrinos y ahijados (y entre compadres) tiene una vigencia y fuerza indudables, incluso con la creencia arraigada de que el padrino está llamado a ocupar el lugar del padre, a falta de este. El juez en la sentencia comentada, hablando de esta institución, hace referencia a “la fuerza que ella posee en la tradición de nuestro país”, aunque no llega a extraer de ese reconocimiento la consecuencia adecuada.
- e) La ley 26.061 proclama el derecho del niño a que se respete su “medio cultural” (art. 3) y como parte de su derecho a la identidad, a la “preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia” (art. 11) y a ser educados

“respetando su identidad cultural” (art. 15); y especialmente a no ser separados de aquellos “con quienes mantenga lazos afectivos” (art. 33), más allá de los lazos de sangre. La misma ley prevé como medida de protección la “[p]ermanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes” (art. 41, inc. a)].

f) Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los estados a respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas” (art. 5°). ¿No son los padrinos, de acuerdo con nuestra costumbre patria, los miembros de la comunidad encargados de brindar al niño orientación a falta de los padres y aun junto con ellos? Y al decidir los cuidados para los niños “temporal o permanentemente privados de su medio familiar” hay un mandato de prestar “particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico” (art. 20).

g) Leyendo conjuntamente las normas de la Convención citada y de su ley de aplicación con la costumbre, que es fuente de derecho, es perfectamente razonable interpretar el término “pariente” contenido en el art. 657 en relación a la guarda de menores en un sentido amplio que englobe al parentesco espiritual, lo mismo que en relación a la delegación de la responsabilidad parental (art. 643, CCC), la tutela e incluso la adopción. Por no hablar de la procedencia de establecer un régimen de comunicación entre padrinos y ahijados según propician muchos autores(7). En todos esos casos existe jurisprudencia (citada en mi trabajo) que otorga a los padrinos la guarda, la tutela y aun la adopción.

h) Aun el Derecho Penal ha tomado en cuenta la relación padrino-ahijado en algunos supuestos; y en el Derecho comparado latinoamericano también lo hace el Derecho Procesal al establecer causales de recusación o excusación.

3. La decisión judicial

En el caso comentado, el juez reconoció lo valioso del vínculo entre padrino y ahijada, pero sin embargo encontró que el art. 657 establecía una valla insalvable para designar al padrino como guardador de la adolescente en cuestión, a pesar del pedido de ambos de que así lo hiciera. Para superar el obstáculo, elaboró un complejo razonamiento lógico-matemático que lo llevó a decretar la inconstitucionalidad del art. 657 del CCC, para así otorgar efectivamente la guarda al padrino y a su cónyuge.

Con muy buen criterio y saludable impulso de oficio, el juez dispuso además dentro de lo acotado de su competencia una serie de otras medidas de protección provisoria de la madre adolescente y de su hija, incluyendo el dar intervención a la justicia penal para averiguar si aquella podía haber sido víctima de un delito de connotación sexual, en orden a prevenir su repetición. Omito mayores comentarios al respecto, lo mismo que sobre cuestiones procesales y de competencia, por no ser relevantes para el argumento central de este comentario.

Aplaudo la solución encontrada, pero creo que el camino seguido para llegar a ella no fue el adecuado.

¿Era necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 657, declaración que como se sabe es el último remedio al que pueden acudir los jueces? Considero que no. Desde mi modesto punto de vista, era preferible interpretar el término “pariente” contenido en la norma con mayor amplitud, abarcando el caso del parentesco espiritual. Hay sobrados argumentos para hacerlo. Veamos.

Los dos primeros artículos del Código Civil y Comercial ofrecen las herramientas necesarias para resolver la situación, sin necesidad de decretar ninguna inconstitucionalidad:

a) Por una parte, las normas del CCC deben interpretarse no solamente en función de sus palabras (literalidad) sino de sus “finalidades”, y de “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos” y “los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2).

En el caso, el tratado específicamente aplicable es la Convención sobre los Derechos del Niño, que manda tener en cuenta a “los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local”. Los padrinos forman parte de la “familia ampliada” según nuestras costumbres, sobre todo en amplios estratos de la sociedad. Coincidentemente la ley 26.061 ordena no separar a los niños de las personas con quienes mantienen lazos afectivos, y acudir a la hora de paliar su desamparo a “otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes”. Por lo tanto, la aparente estrechez del art. 657 del

CCC puede ser fácilmente superada haciendo una interpretación “coherente con todo el ordenamiento” que permite superar su literalidad.

b) Aun dentro de la literalidad, el término “parientes” no excluye a quienes están unidos por el parentesco espiritual. Ya hemos visto que esa especie de parentesco no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico.

c) Por su parte, el art. 1 del CCC (que redundantemente con el artículo siguiente recuerda que las leyes deben interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos(8)) dice también que las “costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos”.

La costumbre es una fuente del Derecho generalmente olvidada o menospreciada, posiblemente por décadas de un positivismo jurídico dominante en las facultades de Derecho que en la mentalidad común llevó a un fetichismo de la ley, erigida en fuente casi única a ser considerada. Pero conviene volver sobre ella, porque la costumbre jurídica expresa el sentido de Justicia del pueblo. En el caso que nos ocupa, tanto la Convención como la ley ya mencionadas específicamente remiten a la costumbre. Y una indagación acerca de la costumbre (en sentido jurídico y no meramente pintoresquista) lleva sin duda a advertir que el lazo entre padrinos y ahijados es real y robusto, y que conforme a esa costumbre implica una suerte de mandato de cuidado del ahijado huérfano o desamparado. Es interesante notar que ese mandato de cuidado material y vital de los ahijados ni siquiera existe en el Derecho Canónico, que solo prescribe una vigilancia y cuidado de la salud espiritual: es la costumbre arraigada la que le otorga esa extensión.

4. Conclusiones

La guarda judicial otorgada por el juez de paz es provisoria, ya que está sujeta a la decisión definitiva del Juzgado Civil, Comercial, Laboral, de Familia, Menores y de Paz que entenderá en la causa: los Juzgados de Paz intervienen cuestiones de violencia familiar y menores en riesgo, aplicando medidas preventivas y luego derivan las actuaciones al juez civil. La provisoriedad de la guarda debería seguramente trocarse en adopción. Los mismos razonamientos precedentes serán útiles a la hora de decidirla y, eventualmente, de prescindir del requisito de inscripción en el registro de adoptantes por parte del padrino de la joven.

El art. 657 del CCC no es inconstitucional, o al menos no es necesario declararlo así para otorgar la guarda de un niño a sus padrinos. Basta con hacer una interpretación sistemática que tome en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico, para darle a la palabra “pariente” un sentido amplio, que englobe a quienes están unidos al niño desamparado por un parentesco espiritual(9). Lo mismo cabe decir, en su caso, del art. 643 si se tratara de la novedosa institución de la delegación de la autoridad parental, tal como ya ha resuelto la jurisprudencia en algún caso(10).

Desde esa perspectiva y pensando en una solución más definitiva para la adolescente en cuestión, el vínculo de parentesco espiritual debería ser considerado suficientemente consistente como para eludir el requisito que impone el art. 600 del CCC de que el adoptante esté inscripto en el registro pertinente. En este caso no es razonable exigir tal cosa. Los padrinos pueden no tener vocación de ser adoptantes “en abstracto” y, por lo tanto, no haberse anotado en registro alguno, pero son probablemente las personas idóneas para adoptar a sus ahijados huérfanos, honrando el compromiso asumido con los padres al aceptar ese vínculo. De la misma manera, la existencia del vínculo jurídico que implica el parentesco espiritual debería ser suficiente para exceptuar la aplicación del art. 611, último párrafo, del CCC(11).

(*) Doctor en Derecho. Profesor Titular Ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

VOCES: ADOPCIÓN - MENORES - PODER JUDICIAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - FAMILIA - JURISPRUDENCIA - TRATADOS INTERNACIONALES - TRATADOS Y CONVENIOS - ORGANISMOS INTERNACIONALES - MINISTERIO PÚBLICO - MATRIMONIO - PERSONA - DERECHOS HUMANOS

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Guarda de hecho y el requisito de inscripción preadoptivo, por Osvaldo Onofre Álvarez, ED, 182-411; Oposición de los padres biológicos a la guarda preadoptiva, por Osvaldo Onofre Álvarez, ED, 189-114; La guarda para adopción. El dolor de los niños sin familia y las deficiencias de los servicios del Estado. Algunas pautas para mejorar las cosas, por Alejandro C. Molina, ED, 192-171; Restitución e interés superior del menor. Interpretación jurisprudencial del interés superior del niño en casos de arrepentimiento de los padres biológicos en la decisión de entregar al menor en guarda con fines de adopción, por Nancy M. Dopazo, ED, 237-720; Las “guardas de hecho”, por María de los Ángeles Ghía Salazar, EDFA, 24/-22; Judicializar la tenencia o guarda de los hijos. Investigación jurisprudencial, por Virginia Avenatti y María Elisa Petrelli, EDFA, 34/-17; El nuevo procedimiento de adopción en la provincia de Buenos Aires. Ley 14.528. A la luz del derecho a la identidad del menor de edad y las guardas de hecho, por María Milagros Berti García, ED, 255-748; Guarda provisional de hijos menores: el interés superior del niño como directiva fundamental de toda

medida, por Mariana F. Kamian, EDFA, 48/-28; Un caso reciente de la Corte Suprema de Justicia en materia de guarda, por Virginia Suiffet, EDFA, 63/-16; Responsabilidad civil por frustración de guardas preadoptivas, por Atilio Álvarez, ED, 266-365. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Citando la publicación más relevante en la materia (BASSET, Ursula C. y otros, “Tratado sobre la vulnerabilidad”, Buenos Aires, La Ley, 2017), el juez califica la situación como de “múltiples vulnerabilidades”.

(2) NAVARRO FLORIA, Juan G., “Padrinos y ahijados: relevancia jurídica del parentesco espiritual”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas (La Ley), Año XII, n° 2 (2020), p. 47.

(3) El impedimento -no el parentesco espiritual- ha desaparecido hoy en la Iglesia de rito latino, pero subsiste en las iglesias católicas de ritos orientales (CCEO, c.811).

(4) Ley AED 1025 en la nomenclatura del Digesto Jurídico Argentino, que ratificó su vigencia.

(5) Este decreto, hablando en general y no del padrinzgo presidencial en particular, señala que “es una obligación moral por parte de los padrinos, asistir espiritual y materialmente a sus ahijados”.

(6) Entre Ríos, decreto 1335/84; La Rioja, ley 10.126.

(7) BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 47, §60; FAMÁ, María Victoria, “La restricción del art. 376 bis del Código Civil y el derecho del niño a relacionarse con sus referentes afectivos”, en Régimen comunicacional. Visión Doctrinaria, Ed. Nuevo Enfoque, Córdoba, 2011, p. 263. También BLANCO, Luis G., “Visitas”, en LAGOMARSINO, Carlos - SALERNO, Marcelo Urbano (dirs.), Enciclopedia de Derecho de Familia, Ed. Universidad, Buenos Aires, t. III, p. 937, y BELLUSCIO, Augusto, “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, t. 2, #603; MIZRAHI, Mauricio L., “Régimen de comunicación del niño con parientes y allegados”, RCCyC 2015 (julio), 99.

(8) En verdad, con todos los tratados, pues todos ellos tienen jerarquía superior a las leyes, incluyendo al Código Civil y Comercial.

(9) En sentido concordante, MIZRAHI, Mauricio, “Cuidado personal de niños por terceros. Exégesis de los artículos 643, 657, 674, 104 y 702 del Código Civil y Comercial”, Derecho de Familia y de las Personas XI-n° 9, oct. 2019, IX; CCiv.Neuquén, sala I, “O., A. Z.”, 21/04/2009, LLPatagonia 2009 (agosto), 1017.

(10) Expte. N°: SI-1965-2019 - “V. F. A. y M. M. C. s/ delegación de la responsabilidad parental”, Juzgado de Familia de San Isidro N° 1 (Buenos Aires) - 23/10/2019 (Sentencia firme en relación a las partes), elDial.com - AAB83C, 15/11/2019.

(11) También en este caso, y por las mismas razones expuestas más arriba, la expresión “vínculo de parentesco” del segundo párrafo del art. 611 debería ser interpretada de modo extensivo, incluyendo a las personas unidas por parentesco espiritual.