

PATRIA POTESAD

*Roberto Julio ROSSI**

SUMARIO: I. Concepto. Ejercicio compartido. II. Ejercicio de la Patria Potestad. Padres que conviven. III. Padres que no conviven. IV. Consentimiento expreso de ambos progenitores. V. Ejercicio de esos derechos: Caso: Art. 264 quater. Autorización para salir del país. VI. Conclusión.

I. CONCEPTO. EJERCICIO COMPARTIDO

Uno de los temas que en la actualidad provoca un sin número de opiniones y reflexiones es precisamente el ejercicio de la Patria potestad. Varios fueron los proyectos que se presentaron al Congreso en virtud de las distintas opiniones que suscitó la reforma. Finalmente luego de largos debates obtuvo sanción legislativa la Ley N° 23.264.

La cuestión giró en torno a la importancia de esta institución y su redefinición; la nueva ley supo hacerlo al centrar su objetivo en sus naturales destinatarios evitando modificaciones puramente efectistas o de corte eminentemente emocional.

La reforma introducida por la Ley N° 23.264 al concepto de patria potestad, está cristalizado en el art. 264 del C. Civil y que

(*) Profesor Adjunto Derecho Civil III. Universidad Católica de Córdoba.

dice textualmente: "La patria potestad es 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, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

Desde un simple análisis se puede observar que se ha sustituido donde decía "derechos y obligaciones" ahora dice "deberes y derechos" de lo que se colige que el legislador ha puesto de relieve un aspecto que es fundamental, el obligacional o de carga, donde sobresale el carácter de la potestad función.

Resalta el artículo, que la patria potestad tiene como meta la protección y formación integral de los hijos, otorgando con ello, un peso de trascendencia a la institución con un objetivo concreto cual es que los destinatarios de esa potestad función sean los verdaderos beneficiarios de ella: los hijos.

Asimismo el referirse primero a los deberes y con posterioridad a los derechos, se vincula con la nueva concepción del instituto, donde los derechos son correlativos de los deberes, es decir lo primordial son los deberes en cuya función se otorgan derechos.

Esta institución no tiene como fin el enfrentamiento paterno-materno; pugna que por otra parte, siempre es estéril puesto que desnaturaliza el objetivo de la institución; la Ley 23.264 establece la patria potestad compartida por los progenitores. Es importante señalar que esta modificación, que fue arduamente discutida en las VI Jornadas de Derecho Civil llevadas a cabo en Buenos Aires en el año 1979, reviste importancia capital puesto que ubica a ambos progenitores en un pie de igualdad frente a los hijos. Encuentra su fundamento en el principio de igualdad entre los padres y el interés en beneficio del menor.

Destaca el nuevo régimen legal el objetivo final de la institución que es la protección y formación integral de los hijos. Por tanto, se puede decir que la reforma coloca a los padres en una actitud de servicio hacia los hijos.

La norma ha tenido en miras constituir a los hijos como úni-

cos beneficiarios de la institución, todo acto contrario, deberá considerarse abusivo y lesivo al derecho de los menores.

En definitiva la patria potestad, conforme la nueva concepción legal es el conjunto de deberes y derechos que confiere la ley a los padres para protección de los hijos teniendo como finalidad su asistencia, formación, educación, control y orientación procurando su desarrollo pleno como personas y su adecuada inserción en la sociedad.

II. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. PADRES QUE CONVIVEN

El ejercicio **conjunto** hace que los padres puedan resolver de común acuerdo aquellos problemas que les plantee la educación y formación de los hijos.

La legislación en estudio efectúa dos grandes distinciones a los fines de determinar a quién de los progenitores corresponde el ejercicio de la patria potestad. En primer lugar entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y en segundo lugar, según exista o no convivencia entre los padres.

Como principio cuando haya convivencia, se trate de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores.

Cuando no exista convivencia se otorga su ejercicio al progenitor más idóneo bajo la tenencia o guarda.

Conforme lo señalado, la autoridad será ejercida por ambos progenitores, sobre quienes recaerá los deberes y derechos que el ejercicio trae consigo. Agrega el inc. 1) del art. 264 en estudio "Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264 quater, o que mediare expresa oposición".

De su análisis se desprende la presunción que cualquiera de los padres actúa de conformidad con el otro mientras éste no se

oponga expresamente. Éste es el sentido y alcance de la presunción legal.

Cuando la ley se refiere a actos, debe distinguirse los actos cotidianos de los actos trascendentes, puesto que según se trate de unos u otros será la forma de su ejercicio.

Cuando se trate de actos cotidianos su ejercicio será indistinto y cuando se trate de actos trascendentes el ejercicio será conjunto.

III. PADRES QUE NO CONVIVEN

En caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, corresponde su ejercicio a quien ejerza legalmente la tenencia o guarda convencional o judicial.

La ley agrega "sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación", por lo que el padre que no ejerce la tenencia es titular del derecho de mantener una adecuada comunicación con el hijo y el derecho a supervisar su educación.

Ahora bien, lo importante es cuando se trata de actos trascendentes; ante estas circunstancias es cuando aparece en forma efectiva ese "ejercicio-función" de la patria potestad; aquí debemos comenzar mencionando dos criterios para resolver el conflicto: la decisión paterna o la intervención del juez.

El sistema actual, ha puesto como jerarquía el principio de igualdad jurídica de los esposos sin desmedro de la diversidad de aportes o roles que cada uno tiene que cumplir.

Evidentemente que es "difícil" que los padres -frente al conflicto- compartan las mismas ideas para resolver el diferendo.

Cuando los progenitores hacen resaltar los intereses personales "aparecen" en la contienda los hijos.

No bastará la comunicación y supervisión sino será necesario una autorización expresa del progenitor no ejerciente. Cuando se trata de tales actos es razonable exigir el consentimiento de ambos

progenitores. Estos casos están tratados en el art. 264 quater del Código Civil (t.o.).

IV. CONSENTIMIENTO EXPRESO DE AMBOS PROGENITORES

Este art. 264 quater dispone: En los casos de los incisos 1, 2 y 5 del art. 264 se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos:

- 1) Autorizar al hijo para contraer matrimonio.
- 2) Habilitarlo.
- 3) Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.
- 4) Autorizarlo para salir de la República.
- 5) Autorizarlo para estar en juicio.
- 6) Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial.
- 7) Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el art. 294 del C. Civil.

En todos estos casos si uno de los padres **no diere** su consentimiento o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el juez "**lo que convenga al interés familiar**".

El consentimiento a que se refiere el artículo debe ser expreso y de ambos progenitores. La ley no establece una formalidad por tanto, tal manifestación de voluntad deberá exteriorizarse teniendo en cuenta la forma exigida al acto jurídico a celebrar, conforme lo disponen los arts. 913 y 917 del Código Civil (Lloveras Nora - Patria Potestad y Filiación, pág. 199).

V. EJERCICIO DE ESOS DERECHOS: CASO: ART. 264 QUATER. AUTORIZACIÓN PARA SALIR DEL PAÍS.

Cuando el progenitor en ejercicio de la patria potestad y a

cargo de la guarda, pretenda salir con el menor del país, donde sin duda se producirá un acto trascendente en la familia y en forma especial en la vida del menor, se requerirá autorización expresa del otro progenitor que no tiene la guarda.

Si nos atenemos a la importancia del significado de "comunicación" (comunicar: Hacer saber algo, trato, correspondencia entre dos o más personas) y la de "supervisar su educación" (dirigir, encaminar, doctrinar los buenos usos de urbanidad y cortesía, crianza) que marca la ley, estamos en presencia de parámetros sumamente trascendentes que los padres deben respetar.

Por cierto, debe entenderse que tal contralor debe estar referido a aspectos mucho más amplios y que hacen a la formación integral del hijo como persona.

La autorización para salir del país ha sido tanto, desde su incorporación a la legislación como desde su concepción, criticado por un amplio sector de la doctrina.

Los motivos de esas críticas, que aún hoy existen, es la forma o modo de interpretación; sobre todo como una cuestión práctica. La norma condiciona la realización de actos que pueden beneficiar a los hijos, subordinando todo el consentimiento expreso de **ambos** progenitores, precisando en cuáles casos es necesario ese asentimiento y ellos son: los casos previstos en los inc. 1), 2) y 5) del art. 264 del Código Civil, por remisión que hace el art. 264 quater.

La doctrina nos refiere al respecto: "Fue motivo de dudas y debate el mantener esta solución respecto del caso de la separación de los progenitores, y posiblemente sea objeto de crítica por un sector de la doctrina. Sin embargo, nos parece razonable que si por la trascendencia de ciertos actos, es necesario que confluya el juicio crítico y el análisis de ambos progenitores, no hay razón para que esto no suceda cuando los progenitores no conviven. No es en interés, por conveniencia o comodidad de los progenitores, que la ley resuelve esta cuestión, sino atendiendo, primordialmente, al interés del hijo" (Régimen Legal de Filiación y Patria Potes-

tad: Gustavo A. Bossert - Eduardo Zannoni, pág. 283; Derecho Civil - Derecho de Familia, Tomo 2, pág. 677).

La reforma introduce en el art. 264 quater, un régimen que podríamos llamar como "especial" de la patria potestad, si nos atenemos al concepto que dimos. Instituye "la concordancia" de las voluntades paternas en forma expresa para la realización de determinados actos, en atención a la importancia que tales actos pueden significar o tener para los hijos.

Bossert y Zannoni dicen: "La previsión legal parece prudente. Pretende evitar la sustracción del hijo al ámbito de jurisdicción de los jueces argentinos y mantenerlo al alcance de las medidas que puede solicitar uno de los padres para restituir al hijo al hogar, en caso de una inesperada decisión de alejamiento por parte del otro progenitor" (O. Cit., pág. 317).

Pero indudablemente, el art. 264 determina que en forma conjunta el ejercicio le corresponde a los padres, inc. 1) "...En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264 quater, o cuando mediare expresa oposición...".

Inc. 2) "...En caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la **tenencia**, sin perjuicio del derecho del otro de tener **adecuada comunicación** con el hijo y de **supervisar su educación**...".

Inc. 5) "...En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquél que tenga la **guarda** otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria...".

Pues, como se podrá apreciar, la ley destaca fundamentalmente la **convivencia** de los padres; en su caso, aquel de los progenitores que tenga la guarda debe procurar que el otro progenitor ejerza

ese derecho (potestad-función) que la ley le otorga de mantener una adecuada comunicación y de supervisar su educación.

Consecuentemente con ello para estos actos trascendentes como es la autorización para salir del país, en caso de discrepancia, deberá ser la autoridad judicial quien decida la cuestión, a los fines de evitar en lo posible, lesionar los afectos paternos-filiales.

Es importante poner de resalto, el carácter supletorio de la intervención judicial. Solo deberá acudir a esta instancia en caso de imposibilidad de acuerdo entre los progenitores. En este sentido la Dra. Nora Lloveras con todo acierto señala "que el ingreso del órgano jurisdiccional en la órbita del núcleo familiar es una cirugía de fracaso, calificándola de desestabilizadora del derecho interno del grupo".

Respecto al procedimiento si bien la ley no señala uno determinado, nos remitimos al establecido en el art. 264 ter que dispone: "En caso de desavenencia entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar"; autorizando al magistrado "aún de oficio, a requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren".

Especial mención merece la audiencia a los fines de escuchar al menor en este pedido de autorización. En este sentido deberá observarse la máxima prudencia y sólo será aconsejable en caso de un ríspido enfrentamiento y en último extremo, teniendo siempre en cuenta la edad del menor a ser escuchado.

"La posibilidad de oír al menor no se constituye en imperiosa, imprescindible y -ni siquiera- necesaria. Deberá evitarse, en lo posible, la concurrencia del hijo a los tribunales, sólo será atendible cuando el juez considere que el menor podrá esclarecerle significativamente el problema planteado" (Nuevo Régimen Le-

gal de la Patria Potestad, Ley 23.264, Daniel H. D'Antonio, pág. 119-120).

Para estos casos los progenitores también pueden solicitar y/o aportar todas las garantías necesarias y pedir medidas; petición que de algún modo puede vincular al órgano jurisdiccional, que podrá desestimarla, si los elementos no son de convicción para considerarlos importantes. Lo correcto sería que la cuestión no se transforme en un pleito con serias implicancias que alarguen la decisión.

Es aquí donde aparecen aquellos criterios mencionados más arriba, el de autoridad paterna o el de autoridad judicial; se lo conoce como el predominio de la decisión paterna o de la intervención judicial.

La iniciativa de aquel padre que solicita la autorización deberá ir aparejada con garantía determinada.

En este sentido se propicia, condicionar la autorización a garantías determinadas que ofrezca quien lleva adelante la pretensión, de manera tal, que se asegure el derecho del padre no ejerciente de mantener la "adecuada comunicación" con su hijo.

La propuesta se circunscribe a una garantía real de parte del progenitor que peticiona la autorización, o de un tercero quien se constituiría en fiador de la obligación por parte del obligado directo, en el caso que no se reintegre al menor a la jurisdicción del Tribunal en el plazo establecido. Esa obligación sería una típica y no menos potente obligación condicionada y/o subordinada al estricto cumplimiento del reintegro.

La garantía real ejercería en este caso, una suerte de presión y de compromiso sobre aquél que debe cumplir su obligación de reintegro, de suerte tal que, una vez vencido el plazo de autorización, se procederá a su ejecución, tanto desde el punto de vista patrimonial (garantía) como el personal.

En caso de ejecución, como modo compulsivo de cumplimiento puede servir para que el obligado al regreso del menor,

cumpla con ello como una forma de ejecución forzada de cumplimiento.

Esta garantía además de las pruebas rendidas debe ser suficientemente valorada por el juzgador puesto que en definitiva está en juego "la adecuada comunicación" que debe mantener con el menor el padre no ejerciente.

La vía de autorización debe manejarse incidentalmente, con ello se acortarían los plazos, en tanto que las medidas a tomar o las pruebas que se aporten, sean relevantes y que contribuyan con la autoridad del juzgador para resolver los justos alcances de los involucrados. En su caso, siguiendo esa misma vía judicial, se deberán extender aquéllos hasta tanto se cuenten con todas y cada una de las garantías para proceder en consecuencia.

VI. CONCLUSIÓN

La garantía real propuesta como contrapartida de la autorización, tiene por objetivo afianzar el reintegro del menor al país, asegurando de alguna manera, la plena vigencia de los nuevos postulados consagrados por el art. 264 del Código Civil.