

Capítulo XIII

PATRIA POTESTAD

por DANIEL HUGO D'ANTONIO

I. NOCIONES GENERALES	
1. Concepto	243
2. Evolución de la patria potestad en derecho argentino desde la sanción del Código Civil y leyes posteriores	246
3. Titularidad y ejercicio de la patria potestad de hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos	253
II. EFECTOS PERSONALES	
4. Derechos y deberes de los padres respecto a la persona de los hijos	259
5. Derechos y deberes correlativos de los hijos	266
6. Responsabilidad paterna por los daños causados por sus hijos	267
7. Representación. Actividad jurídica de los menores, judicial y extrajudicial, excluida de la representación paterna o sujeta a asistencia	267
III. EFECTOS PATRIMONIALES	
8. Derechos y deberes de los padres respecto a los bienes de sus hijos ..	270
9. a) Administración. Bienes excluidos. Inventario y rendición de cuentas. Actos permitidos y actos que requieren autorización judicial	271
10 b) Usufructo. Naturaleza jurídica. Titularidad	273
11. Vicisitudes de la patria potestad	274

DANIEL HUGO D'ANTONIO

Capítulo XIII

PATRIA POTESTAD

I. NOCIONES GENERALES

1. Concepto.

El Código Civil argentino, en su artículo 264, define la patria potestad como “el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado” (texto conforme a la reforma operada por ley 10.903).

Esta definición prescinde de consignar la finalidad de la institución, al igual de lo que acontece con los conceptos dados en doctrina francesa por Demolombe, Marcadé y Planiol - Ripert y en nuestro derecho por Busso y Belluscio.

Tratándose de una institución que se caracteriza primordialmente por su orientación de protección a la minoridad, adquieren mayor precisión y justeza aquellas definiciones que determinan la finalidad de la patria potestad, ocurriendo así con las dadas por Colin - Capitant, Ripert - Boulanger, Castán Vázquez y en nuestra doctrina en el caso de Zannoni, quien señala que el ejercicio de la autoridad tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece y destaca que primordialmente la patria potestad se dirige a lograr la formación de los hijos.

Desde otra perspectiva, cabe advertir que existen definiciones que ubican a la patria potestad como originada en la ley, olvidando así su esencia natural y desechando la realidad que nos

evidencia que la ley sólo puede regular la institución, mas no la crea.

Sostiene con todo acierto Lehmann que las relaciones paterno-filiales están reglamentadas en primer término por leyes naturales y sociales, mientras que Savigny expresó que las partes constitutivas de la familia, entre las que incluye la patria potestad, muestran que sus relaciones constituyen un lazo natural.

Por nuestra parte consideramos la patria potestad como un complejo funcional de derechos y deberes, reflejo de la filiación, que corresponde a los padres respecto de cada uno de sus hijos en tanto éstos permanezcan en estado de minoridad o no se hayan emancipado, y que reconoce como finalidad lograr el pleno desarrollo personal de los hijos.

Antecedentes históricos. Sostiene Busso que los orígenes de la patria potestad permanecen inciertos todavía y que sus raíces se encuentran en el derecho ático y no exclusivamente en el romano.

Pero no caben dudas acerca de que fue en Roma donde la institución evidenció sus más apreciables connotaciones y que la influencia ejercida por la patria potestad romana sobre las legislaciones de otros pueblos es aún observable en nuestros días.

La máxima vigente en Roma sostenía que el padre engendraba para sí un hijo y para el Estado un ciudadano, por lo que el *pater* aparecía ejerciendo sobre el hijo un poder equiparado al imperium público, abarcando todos los derechos prácticamente sin limitaciones y comprendiendo, incluso el *ius vitae necisque* —prerrogativa sobre la vida misma del hijo—, y los derechos de abandono, exclusión familiar, venta, pignoración y privación de patrimonio.

En el derecho germánico la patria potestad fue concebida como una prerrogativa tendiente al resguardo de la familia. El *munt* reconoció, asimismo, la participación materna en la vida de la institución.

La aparición del cristianismo produjo una síntesis entre la potestad romana y el principio tutelar de los germanos, mas las excesivas atribuciones paternas no dejaron de provocar reacciones,

sobre todo en la Edad Media, que hasta llevaron a una negación de la patria potestad (así ocurrió entre los lombardos y por cierta doctrina francesa).

En lo que hace a su etapa evolutiva presente, la patria potestad acompaña a la familia en lo que sociológica y jurídicamente se denomina crisis. Se presenta actualmente como reflejo de la falta de cohesión y estabilidad del grupo, con una marcada desatención de los deberes primordiales formativos de la personalidad del hijo y una delegación de funciones en terceras personas o en el mismo Estado que origina verdaderos estados de abandono en los hijos. Las carencias afectivas conforman, de tal modo, uno de los factores más advertibles en lo que hace a las conductas minoriles desviadas, que adoptan la forma de entidad delictiva o diversos matices asimilados a las figuras penales clásicas.

Derecho comparado actual. La regulación jurídica de la patria potestad evidencia similitud en cuanto las legislaciones modernas la conciben como institución dirigida a lograr la plena formación del hijo e integrada por un plexo de derechos y deberes que tienen una función social que cumplir.

Pero en las legislaciones de la esfera de países socialistas se agregan, como conductas paternas exigibles, la de formar a los hijos en la política oficial del Estado (Código de la Familia de la República Democrática Alemana, 1965; Fundamentos de la legislación de la URSS, 1968).

La intromisión estatal en esta institución de protección al menor se advirtió también en el período de vigencia del fascismo italiano y del nacionalsocialismo alemán, determinando en 1937 la encíclica de S. S. Pío XI resaltando el problema de la excesiva intervención estatal en la formación de los hijos.

Pero no cabe entender por ello que el Estado debe permanecer ajeno en la vida de las relaciones paterno-filiales. Por el contrario, le corresponde una delicada labor de contralor y subsidiaria, para asegurar el cumplimiento de los deberes que han sido impuestos para el logro de la finalidad de la institución.

2. Evolución de la patria potestad en derecho argentino desde la sanción del Código Civil y leyes posteriores.

En nuestro territorio patrio rigió la legislación española a través de la Nueva Recopilación del año 1567, la que comprendía las leyes del Fuero Real y los Ordenamientos de Alcalá y de Montalvo, como así también las leyes de Toro.

Pero en lo referido a la patria potestad debemos agregar como antecedente valioso las leyes de Partidas, donde si bien se toma a la institución en su acepción romanística que llevaba a definirlo como “poder y señorío” del padre sobre el hijo, consignaba que dicho poder debía ejercitarse con mesura y con piedad (Partida 4ª, Título 18, ley 18).

Esta patria potestad se circunscribía a los hijos legítimos, mientras que los hijos naturales e incestuosos se consideraba que “non son en poder del padre”.

No debe entonces extrañar que Vélez Sársfield haya definido la institución respondiendo a aquella posición del derecho romano, y así parece emerger de la redacción otorgada al artículo 264 del Código Civil.

Pero es lo cierto que dicho concepto originario del Código no debe llamar a engaño, pues como lo señala Borda basta una simple lectura de los artículos 267 y siguientes para advertir el cúmulo de obligaciones impuestas a los padres.

En lo que atañe al ámbito de aplicación de la patria potestad, ella aparece reservada a los hijos legítimos, pues es regulada en el Título III de la Sección 2ª, Libro I. No obstante ello, el artículo 328 del Código enunció una serie de conductas que llevó a cierta parte de la doctrina a considerar que los hijos naturales tenían igualmente patria potestad.

Y tal posición aparece ajustada cuando se observa que al aludido artículo se le agrega la serie de disposiciones concordantes que llevan a concluir así. El conjunto de deberes que se señalan en los artículos 330 y 331, sumados a la sujeción impuesta en relación a los artículos 306, 307 y 309 (art. 329 Cód. Civil), permite concluir de esta manera.

En síntesis, los derechos paternos sobre los hijos naturales eran, en el Código Civil, idénticos a los que regían la relación paterno-filial legítima (art. 328) y las excepciones establecidas, vinculadas con los bienes, estaban expresamente consagradas (art. 336, Código Civil).

En cuanto a los deberes, se referían a la crianza, educación, instrucción escolar y laboral (art. 330) y a la prestación de alimentos hasta la edad de dieciocho años, si no pudieran los hijos satisfacerlos por sí mismos (art. 331).

De todo ello resultaba, a nuestro modo de ver —aun con las limitaciones propias que respondían a la concepción de la época— una verdadera patria potestad en la relación natural.

A las restantes categorías de hijos ilegítimos, aunque el artículo 342 parecía negarles todo derecho, se les concedía la posibilidad de reclamar alimentos hasta la edad de dieciocho años en caso de imposibilidad de proveer a sus propias necesidades (art. 343, Cód. Civil).

El artículo 344 los excluía expresamente de la patria potestad, y esa actitud legislativa nos reafirma en la apreciación que manifestamos respecto de los hijos naturales, pues sobre ellos el legislador se cuidó de no consignar una expresión semejante.

La ley 10.903 y leyes posteriores. Pese a la verdadera intención legislativa interpretada del contexto integral de la regulación originaria del Código Civil, era indudable que la redacción otorgada al artículo 264 no conciliaba con la acepción correcta de la patria potestad, ni armonizaba con los alcances que el codificador mismo daba a la institución.

De ahí que la reforma introducida por la ley de 1919 dejara satisfecha a la doctrina, unánimemente concordante acerca de que la nueva redacción dada al mencionado artículo 264 había puesto en claro el verdadero sentido con que la patria potestad ha sido regulada en nuestra legislación.

Mas no sólo en esa circunstancia estuvo el acierto de la reforma. A ella debe adicionársele una modificación que es aun de mayor significación que la mencionada, pues la ley 10.903 reem-

plazó la redacción del artículo 264 del Código Civil, según el cual los derechos eran concedidos a los padres por la ley, para expresar acertadamente que los derechos y las obligaciones le corresponden a ellos.

De tal forma vino a adecuarse el concepto legal con la esencia natural de la institución, a la que oportunamente aludiéramos.

Concordando con la opinión a la cual nos adherimos y que concluye que el Código Civil reconocía una verdadera patria potestad sobre los hijos naturales, la ley 10.903 se limitó respecto de ellos a pretender establecer a qué progenitor le correspondía el ejercicio.

En este sentido dispuso que correspondía el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales a la madre, o a quien reconociera o fuera judicialmente declarado padre o madre (art. 262, tercer párrafo, Cód. Civil), referencia que suscitó justificadas críticas, según señalaremos más adelante, pero que pese a ello tuvo la virtud de esclarecer lo vinculado con la efectiva existencia de una patria potestad en la relación paterno - filial natural.

Pero la evolución legislativa no se agotó con la sanción de la Ley Agote, ya que con posterioridad se producen las innovaciones que pasamos a detallar y que tuvieron su origen en las leyes 11.357, 13.252, 14.367 y 19.134.

Al promulgarse en el año 1926 la ley denominada de los derechos civiles de la mujer, vino a introducirse en el tema que consideramos una variante de carácter conflictivo, derivada de lo establecido por el artículo 2º de la ley 11.357.

En efecto, si bien la norma despejó las incertidumbres relativas a la administración y al usufructo de los bienes de los hijos naturales —negada por el artículo 336 del Código Civil—, al consagrar que los padres naturales poseían la misma amplitud de derechos que los legítimos (art. 2º, párr. 1º, ley 11.357), vino a introducir confusión en lo concerniente a la titularidad de la patria potestad, pues dispuso que sólo la tendría el padre natural que voluntariamente hubiera reconocido a su hijo.

Dejando de lado la inconsistencia jurídica de dar preferente tratamiento a la madre natural respecto del padre natural, cabe señalar que con lo dispuesto por la ley 11.357 se produjo una situación discordante, dado que una ley posterior a la 10.903 vino a privar de patria potestad a los hijos que hubieron de ejercitar una acción de reconocimiento de su filiación, a quienes la ley anteriormente mencionada reconocía la efectividad de la institución.

De conformidad con la naturaleza y la finalidad de la patria potestad, podemos concluir que con esta solución legal, en vez de sancionarse al padre natural que negara la realidad biológica, se perjudicaba al hijo natural, excluido de los beneficios propios de la potestad paterna.

Al sancionarse la primera ley de adopción argentina, que llevó el número 13.252, vino a posibilitarse por vía de consecuencia el otorgamiento de patria potestad a aquellos hijos que aún permanecían excluidos de la institución.

En efecto la ley permitió la adopción del hijo ilegítimo (artículo 6º), lo cual era posible aunque ya se hubiera adoptado a otro menor, si aquél había nacido con posterioridad a la adopción (art. 4º, inc. b, ley 13.252). Como resultado de ello, con motivo de la adopción y según lo dispuesto en los artículos 12 y 14 de la mencionada ley, los hijos nacidos fuera de matrimonio y cualquiera que fuese la categoría a la que pertenecieran, quedaban comprendidos bajo la patria potestad que la ley mencionaba, sin perjuicio de la naturaleza específica de dicha potestad y a la cual hemos de referirnos oportunamente.

La ley 14.367, de tanta trascendencia en las relaciones jurídicas de los hijos nacidos fuera de matrimonio, se presenta inicialmente como respondiendo al espíritu de amplitud y justicia que llevó a terminar con las distinciones hasta entonces existentes en lo referente al origen de los hijos extramatrimoniales.

Congruentemente con esta posición, el artículo 10 de la mencionada ley consagra que "Los deberes inherentes a la patria potestad son extensivos a los progenitores de los hijos nacidos fuera

de matrimonio, durante todo el término de la minoridad de estos últimos y de igual modo las responsabilidades y sanciones impuestas por la ley 13.944”.

Pese a ello, en redacción que Borda califica de infortunada y Belluscio de poco feliz, a renglón seguido la ley establece que los derechos de los padres quedan circunscriptos a la prestación de alimentos y al usufructo, si ha mediado reconocimiento espontáneo (art. 11, ley 14.367).

De esta manera, la ley procura efectuar una distinción entre deberes y derechos, lo cual se torna sumamente dificultoso en su concreción práctica, dada la particular esencia del complejo funcional paterno - filial.

Pero, además, no existe fundamento alguno para que el padre extramatrimonial sea privado del derecho a ser respetado y obedecido (art. 266 Cód. Civil), o del de establecer la radicación física del menor (art. 275), o del de requerir a la autoridad pública el reintegro del hijo (art. 276), o del de servirse de los auxilios propios de la edad de éste (art. 277), a modo de ejemplos. Igualmente, cabe señalar lo difícil que resulta determinar si una de las conductas esperadas por la ley constituye un derecho o un deber, ya que en el caso de la corrección paterna —para tomar uno de los elementos integrantes del complejo— el padre, a la vez que cumple con un deber, ejerce su fundamental derecho a moldear la personalidad del menor.

Es en tal sentido correcto el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires que sostuvo que los artículos 10 y 11 de la ley 14.367 confieren a los padres extramatrimoniales la patria potestad sobre sus hijos, y esta institución implica el derecho y el deber de tenerlos, criarlos y educarlos.

Pensamos que hubiera sido mejor que la ley determinara expresamente los derechos de los cuales se excluye a los padres extramatrimoniales judicialmente declarados tales, privándolos del usufructo de los bienes de sus hijos y de derechos hereditarios, esto último en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3584 del

Código Civil y lo establecido en el artículo 3571 in fine, Código Civil, según la redacción impuesta por la ley 17.711.

Igualmente, consideramos que la referencia contenida en el comentado artículo 11 de la ley 14.367 respecto del derecho a los alimentos, debe interpretarse a la luz de la fuente del deber alimentario, ya que en nuestro concepto ese derecho proviene de la filiación y no de la patria potestad, aunque se refuerce durante la vigencia de ésta.

La ley de adopción vigente permite concluir indirectamente en favor de las situaciones a que nos hemos referido, ya que no existe obstáculo legal alguno para que un padre extramatrimonial adopte a su hijo, habiéndolo así determinado la jurisprudencia al admitir la adopción de un hijo nacido de una relación adulterina.

La ley 19.134 sólo incidentalmente hace referencia a la adopción del propio hijo extramatrimonial (arts. 2º y 6º), pero no por ello deja de producirse la prevista consecuencia genérica de que el adoptado quede equiparado a la condición de hijo legítimo (artículo 18 para la adopción plena y artículo 20 para la adopción simple), con la específica de que la patria potestad —según lo señala la ley en el artículo 22, referido a la adopción simple— se transfiera al adoptante.

Oportunamente nos hemos ocupado de este tema, procurando mostrar las deficiencias de la ley de adopción en cuanto omite consignar con precisión y justeza el efecto derivado de la adopción en relación con la patria potestad de los padres de origen, así como el no haber previsto el otorgamiento de potestad específica al adoptante.

La patria potestad es un reflejo de la filiación y ésta tiene un basamento exclusivamente biológico. La adopción, en tanto pretende remedar a la filiación, acarrea igualmente un conjunto de derechos y deberes que corresponde poner en cabeza de los adoptantes para que puedan satisfacer la finalidad de la institución, que pese a las desvirtuaciones efectuadas por la propia ley y ampliadas por cierta doctrina, no deja de seguir reconociendo como meta el bienestar del menor adoptado.

Trátase en consecuencia de una potestad adoptiva que tiene su origen en la ley, no existiendo impedimentos para efectuar una asimilación entre ella y la patria potestad de raigambre natural.

La ley de reformas al Código Penal (ley 21.338), al introducir el artículo 20 bis, ha reconocido esta potestad adoptiva en su especificidad, distinguiendo el ejercicio abusivo de la misma y el ejercicio con abuso de la patria potestad.

Caracteres de la patria potestad. La patria potestad evidencia como primera nota distintiva el ser un complejo de derechos y deberes, una constelación normativa tipificante de la figura de la institución. Ello ya nos evidencia que es imposible parcializar el enfoque de su tratamiento y considerarla mero derecho o sólo conductas exigibles.

Este complejo de derechos y deberes no se limita a los que el código contempla en su regulación específica, pudiendo abarcar otros contenidos en distintas leyes, tal como lo ha señalado la doctrina francesa (Colin - Capitant, Planiol - Ripert, los Mazeaud).

Pero desde la perspectiva de los derechos que comprende, se aprecia en primer lugar como carácter el de la relatividad de los mismos. Precisamente en esta materia el abuso del ejercicio en los derechos fue sancionado por la jurisprudencia atento a la finalidad que reconocen las prerrogativas concedidas por la ley, otorgadas no en favor del padre sino teniendo en miras el bienestar de los hijos.

El artículo 1071 del Código Civil encuentra entonces aplicación a los fines de enmarcar debidamente el accionar de los progenitores, corrigiendo las extralimitaciones.

Igualmente, la patria potestad se encuentra bajo contralor de los entes del Estado a través de lo que se denomina Patronato del Estado y que conforma la tutela oficial sobre los menores.

El Código Civil consagra la intervención promiscua del Ministerio de Menores en todo asunto donde se encuentren comprometidos la persona o los bienes de los menores. Con la reforma del año 1968 (ley 17.711) al artículo 57 del Código Civil quedó zanjada una anacrónica disputa relacionada con la intervención de dicho Ministerio en los casos de menores sujetos a patria potestad,

corroborándose su intervención que ya había sido reconocida por un Plenario de las Cámaras en lo Civil y Comercial de la Capital Federal (La Ley 14-1080; Jurisprudencia Argentina, 43-1141).

El contralor de la patria potestad compete igualmente a los jueces en ejercicio de su actividad de tutela oficial (art. 4º, ley 10.903) y a los organismos técnico-administrativos de protección a la minoridad (Consejos del Menor, Dirección de Menores, Policías del Menor), acorde con sus funciones de resguardo de la minoridad.

La patria potestad es irrenunciable, ya que la ley determina la irrenunciabilidad de los derechos concedidos menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, tal como lo consagra el artículo 872 del Código Civil, habiendo consignado Vélez en la nota al artículo citado que, a modo de ejemplo, media imposibilidad de que el padre renuncie a los derechos que la ley le confiere sobre los hijos.

Como consecuencia de ello, no se pueden extinguir las obligaciones emanadas de la patria potestad mediante concesiones recíprocas, y el artículo 845 del Código Civil expresa que no se puede transigir sobre cuestiones relativas a la patria potestad.

Estos principios aparecen alterados por la ley de adopción en tanto permite la adopción plena cuando el padre del menor manifestó expresamente su voluntad de que el hijo sea adoptado, acorde a los efectos que devienen de la mencionada adopción plenaria (art. 11, inc. c y concs. ley 19.134).

Finalmente, cabe destacar que la patria potestad posee jerarquía constitucional, habiéndolo así consagrado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que la ubica entre los derechos naturales reconocidos implícitamente en el artículo 33 de la Constitución. Bidart Campos ha adherido a esta afirmación, que ya había sido puesta de manifiesto por Ramiro Podetti.

3. Titularidad y ejercicio de la patria potestad de hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos.

Una particularidad no suficientemente advertida por la doctrina y que determina consiguientes desajustes en lo vinculado con

la solución a problemas específicos de la patria potestad se traduce en que se pierde de vista que resulta imposible correlacionar lo atinente a la titularidad y ejercicio de la institución con las acepciones clásicas que devienen de los principios generales del derecho civil.

En la patria potestad la titularidad no se limita al aspecto estático ni quien aparece legalmente investido de la facultad de ejercerla dinamiza con exclusividad al complejo funcional paterno.

En el ámbito del derecho de familia interno, al cual el derecho positivo respectivo no debe contradecir, ambos progenitores concurren para arribar a la finalidad reconocida a la institución que nos ocupa. Y lejos de desconocerse esta realidad, el Código Civil la contempla, si bien por razones que luego señalaremos, reserva ciertos aspectos para el accionar unipersonal del progenitor, aunque controlado por los organismos estatales establecidos por la ley.

No deben extrañar estos obstáculos en la regulación de instituciones que al presente se consideran conformantes del Derecho de Familia y que en una etapa posterior irán a integrar una disciplina jurídica autónoma que se referirá al menor y comprenderá todos los elementos protectorios destinados a su persona.

Sostiene con razón Nicolás Lipari que en cierto sentido ha de asombrar el hecho de que el Derecho escrito se ocupe de la familia, dado que las relaciones familiares se desarrollan precisamente por su "naturaleza", como si el Derecho no existiese, por lo que su previsión normativa origina no pocas perplejidades en cuanto aparece realmente superfluo (*Derecho Privado*, Bolonia, 1980).

Tal vez el aspecto más destacable en lo que se refiere a titularidad de la patria potestad sea que la aptitud jurídica reconocida a los padres dista mucho de constituir un elemento meramente estático.

Resulta, por ende, y como consecuencia rigurosa, que el ejercicio de la institución puesto a cargo de uno de los progenitores no importa el desplazamiento del otro sino que por el contrario media una coparticipación en la faz dinámica que responde a la esencia de la patria potestad.

Así resulta con claridad de las propias normas estatuidas en la ley civil, las que originariamente destinadas sólo a los hijos legítimos, rigen ahora también sin distinción para la patria potestad extramatrimonial, cuando la filiación se ha establecido respecto de ambos progenitores.

De esa forma, después de consagrarse en el artículo 264 del Código Civil que la patria potestad corresponde a los padres, sin formularse distinción alguna, en el artículo 265 se reconoce a ambos la autoridad y el poder sobre los hijos, imponiéndoseles en un plano de igualdad los correlativos deberes.

Siempre dentro de esta orientación legislativa se incluye sin distinción a los progenitores como merecedores del respeto y la obediencia de los hijos, y se les reconoce el derecho de ser cuidados y de que se les prodiguen los auxilios necesarios (art. 266), desligándoseles de la obligación de establecer y dotar (art. 270) y responsabilizándolos por los daños causados por los hijos. Igualmente, en el artículo 277 y por remisión al artículo 265, se concede a los progenitores el derecho a que se les preste servicios propios de la edad.

Como consecuencia del deber de educación se otorga sin distinción la facultad de corregir (art. 278, 1ª parte), la que comprende por igual al padre y a la madre, como lo evidencia la circunstancia de que a los fines penales tanto uno como otro gozarán del marco de licitud de su conducta o se les reprochará por ellas, según se mantenga dentro de los límites correctivos o los excedan.

Igualmente, no pueden los hijos demandar a ninguno de sus progenitores por intereses ajenos, y en cuanto a los propios habrán de observar lo dispuesto en el artículo 285 del Código Civil; por igual padre y madre gozan del usufructo de los bienes de sus hijos (art. 287); se ven afectados por las cargas inherentes a él (art. 291) y poseen el beneficio consagrado en el artículo 292, segunda parte.

Las restricciones impuestas por el artículo 297, mientras no se trate de actos que por integrar la esfera de representación sólo atañen al padre, abarcan sin distinguos al padre y a la madre. Final-

mente, en lo que atañe a las vicisitudes de la patria potestad, comprenden ellas a ambos progenitores, según se advertirá al estudiar ese tema.

Todos los aspectos mencionados, que evidencian una indiferenciación legal respecto de uno u otro progenitor, destacan a su vez que la titularidad no constituye una realidad jurídica cristalizada, sino que, como peculiaridad esencial de la patria potestad, viene indudablemente a ser una participación activa en la vida de la institución.

En efecto, hay que precisar que el ejercicio de los derechos no importa exclusivamente el aspecto jurídico, sino que comprende también —y en algunos casos en gran medida— situaciones meramente fácticas, razón por la cual el referido ejercicio no queda reservado al investido legalmente de tal facultad.

Sostiene en este sentido Coviello que, siendo el ejercicio de los derechos la actuación práctica del contenido del derecho mismo o el hecho material que corresponde al contenido abstracto de un derecho, puede realizarlo no sólo quien posea el derecho mismo, sino también el que no lo tenga. Denomina a la segunda de las situaciones mencionadas posesión de un derecho, distinguiéndola de la posesión en sentido técnico.

Pues bien, un derecho puede ser ejercido por quien no es titular, siempre que no invada la esfera de los negocios jurídicos y se reserve a los hechos materiales, pues de ese modo en nada se altera la regulación legal. Y comprendiendo los hechos materiales en la patria potestad un amplio e importantísimo campo de actuación —a tal punto que constituyen la materia primordial del derecho de familia interno—, queda evidenciada la trascendencia que adquiere la titularidad, aunque no vaya acompañada por el ejercicio de los derechos - deberes en el sentido ya indicado.

Debemos destacar que la patria potestad mostrará diferencias ya sea que se trate de relación filial legítima o de la extramatrimonial. Es que aun cuando la ley se esfuerce por no formular distingos o establecer diferencias que resultan a esta altura de la evolución legislativa inaceptables, la propia realidad determina que

el funcionamiento de la institución sea distinto en el grupo familiar estable y cohesionado o en la mera relación concubiniaria, signada por la inestabilidad.

Igualmente, cabe computar que en el ámbito extramatrimonial es muy frecuente que la filiación se establezca sólo respecto de uno de los progenitores, lo que incide notoriamente.

Debe distinguirse, en consecuencia, el caso de los hijos matrimoniales y el de los extramatrimoniales.

Ejercicio sobre los hijos matrimoniales. Ha quedado advertida la importancia de la titularidad de la patria potestad y reseñada la amplitud de su regulación en la ley civil sustantiva.

Como consecuencia de ello, el ejercicio de la patria potestad en su efectividad jurídica —es decir, independientemente del ejercicio traducido en hechos materiales según indicáramos en el punto anterior—, no viene a ser un elemento netamente diferenciador. Mucho menos constituye para el progenitor no investido de él, un menoscabo o un desplazamiento de su propia condición.

En relación a los hijos legítimos el Código Civil establece que: “el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre, y en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercitarla, a la madre” (art. 264, segundo párrafo).

Dejando de lado la imprecisión derivada del hecho de que no es sólo en los casos de pérdida de la patria potestad o de su ejercicio cuando el complejo funcional pasa a ser ejercido por la madre, sino que la subsidiariedad materna es más amplia según veremos al tratar de las vicisitudes de la institución, la redacción otorgada al mencionado artículo 264 del Código Civil responde cabalmente a la naturaleza jurídica de la familia, asentada sobre el pilar matrimonial y jurídicamente integrada con la procreación.

Oportunamente hemos definido la familia diciendo que es: “la institución natural integrada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio, que conviven en el hogar común bajo la autoridad paterna”, estableciendo que la naturaleza jurídica

de tal grupo responde cabalmente a la idea institucional, donde se encuentran los clásicos elementos de obra a realizar, adhesión individual a la idea objetiva con expansión en el medio social, y sujeción de las voluntades al poder organizador que representa la comunión de las adhesiones individuales.

Es precisamente la presencia de este último elemento de la institución lo que determina necesaria e ineludiblemente la atribución legal del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, comprometiéndose irremediabilmente la naturaleza jurídica de la familia si no se establecen con precisión sobre cuál de ellos recae, en última instancia, la facultad decisoria.

No obstante lo anteriormente expresado, es preciso reconocer que son cada vez mayores los esfuerzos que se realizan por lograr el ejercicio conjunto de la patria potestad, siendo por lo demás innegable que la legislación comparada va consagrando paulatinamente esa solución.

La idea de la coparticipación materna en vida del padre aparece como reconocimiento de cotitularidad en el derecho germánico, sosteniendo Lehmann que, desconocida entre los romanos, la potestad materna fue imponiéndose en Alemania, habiendo el BGB reemplazado definitivamente la potestad del padre por la potestad de los padres. Por lo demás, la idea de un accionar colectivo ha estado presente en todas las legislaciones, aun en aquellas que, como el código francés, parecían reservar la autoridad únicamente al padre.

La consagración de una patria potestad ejercida conjuntamente por padre y madre aparece modernamente en el derecho de familia, produciendo como aspecto más destacable que con su consagración deben arbitrarse necesariamente organismos ante los cuales se pueda recurrir en caso de desacuerdo. Trasládase así el poder decisorio a un órgano extrafamiliar, colocándolo en la condición de su poder e introduciéndolo como elemento de la institución familiar en contraposición de su propia esencia, que rechaza toda intromisión que no esté motivada en superiores razones de contralor y protección a sus miembros.

Tanto es así que al promulgarse en 1957 en Alemania la denominada "ley de equiparación", modificatoria del Código Civil, se llegó al extremo de imponer a los padres el deber de "intentar ponerse de acuerdo" (redacción dada al art. 1627 del Cód. Civil alemán), disponiéndose que si no consiguen llegar a ese acuerdo, la decisión corresponderá al padre.

La solución de la ley alemana, igual a la consagrada por el Código Civil suizo, viene a ser un cabal reconocimiento de la infructuosa ingerencia de los organismos extrafamiliares en el ámbito propio de las relaciones familiares, admitiéndose en última instancia que la superación de los conflictos debe provenir del progenitor que haya sido investido de la potestad decisoria y no de quienes sean extraños a la institución.

Todo ello sin perjuicio de la intervención de organismos especializados en el tratamiento de los problemas que aquejan al grupo familiar, la cual no sólo admitimos sino que hemos destacado como imprescindible accionar estatal, integrante de una política familiar adecuada.

Pero consideramos que nada impide reconocer a la madre una efectiva participación en determinados actos, tales como los concernientes al alejamiento del hijo de la casa paterna, emancipación por habilitación de edad y celebración del matrimonio. Igualmente, consideramos conveniente su intervención conjunta en la elección del prenombre del hijo, que actualmente se reserva como derecho para el padre (art. 2º ley 18.248).

II. EFECTOS PERSONALES

4. Derechos y deberes de los padres respecto a la persona de sus hijos.

Guarda: El primer elemento que aparece en la patria potestad como integrador del complejo funcional de derechos-deberes, es el de la tenencia del hijo.

Este derecho-deber es tratado por la doctrina en función con lo que se denomina "guarda" del hijo e, incluso, se ha señalado que en esta materia el término está utilizado con impropiedad.

Pese a tal opinión, consideramos necesario distinguir con precisión ambos supuestos y percibir la tenencia del hijo como derecho-deber específico y diferenciado de la guarda, ya que esta segunda atañe a una realidad del derecho de familia perfectamente distinguible en su esencia y alcances.

En efecto, la guarda presupone una actividad que responde a su significado en el habla castellana signada por comportamientos de custodia, defensa o conservación. La tenencia, en cambio, refiérese a un aspecto meramente material o fáctico, implicando la proximidad física de algo o alguien, por lo cual en el artículo 155, inciso 1º del Código Civil español se la define como el deber de los padres de tener a sus hijos “en su compañía”, y doctrinariamente se la denomina deber de convivencia o unidad de domicilio.

En el caso del hijo esa proximidad física puede o no ir acompañada de los ingredientes propios de la guarda que a nuestro criterio corresponden a la satisfacción de los deberes de cuidado y vigilancia y abarcan igualmente lo vinculado con la asistencia material del menor.

Según manifestamos, la tenencia posee vida propia en materia de relaciones jurídicas familiares. Se la reclama o ejerce con independencia del futuro y efectivo cumplimiento de los otros derechos-deberes, adquiriéndosela sin perjuicio de la conducta posterior que podrá satisfacer o no el cabal funcionamiento de la patria potestad, y perdiéndosela aun cuando se haya encuadrado el accionar paterno en lo legalmente esperado.

Una evidencia de esta última situación la constituye el otorgamiento de la tenencia del hijo menor de cinco años a la madre, aunque sea culpable del divorcio (art. 76, 1ª parte, ley 2393).

En suma, la tenencia del hijo, su concesión o pérdida —como elemento puramente material y fáctico—, se independiza de los derechos-deberes restantes y por esa circunstancia aparece ajustada la redacción del artículo 265 del Código Civil, que no la menciona entre los allí consignados.

Pero como derecho-deber específico se encuentra establecida en el artículo 275 y constituye uno de los elementos de manifestación de la autoridad y del poder mencionados en el ya citado artículo 265. El dispositivo legal que mencionamos en primer lugar declara en su primer párrafo: "Los hijos no pueden dejar la casa paterna, o aquella en que sus padres los han colocado", complementándose con el artículo 276, el cual señala que la violación de este deber filial por los hijos o por obra de terceros faculta a los padres a exigir de las autoridades públicas toda la asistencia necesaria a fin de que les sean restituidos.

La tenencia del hijo por los padres significa tanto la ya mencionada proximidad física efectiva como la posibilidad de que se la consiga y se realice.

Cuando la convivencia matrimonial se ha visto interrumpida, entienden la jurisprudencia y la doctrina que deben aplicarse por analogía las normas referidas a la tenencia en caso de divorcio.

Esta especie, es decir el divorcio, ha tenido en la legislación argentina una evolución derivada de la reforma operada en el artículo 76 de la ley de matrimonio civil por la ley 17.711, mientras que la ley 2393 había reproducido prácticamente lo dispuesto en el artículo 213 del Código Civil.

Mientras para Vélez Sársfield los hijos menores de cinco años debían quedar siempre bajo la tenencia de la madre y a partir de allí ir con el progenitor más idóneo, para la ley 2393 la solución era similar, pero sin la rigurosidad establecida en el Código para el caso de los niños menores de cinco años, ya que no se utilizó el adverbio "siempre".

La ley 17.711 varió el sistema y pasó a dar preferencia para la tenencia de los hijos mayores de cinco años al cónyuge inocente, quedando el artículo 76 redactado así: "Salvo causas graves, los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, los mayores de esa edad quedarán a cargo del cónyuge inocente, a menos que esta solución fuera inconveniente para el menor; si ambos cónyuges fueran culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso".

Sin lugar a dudas que las pautas seguidas por la reforma a la ley civil de 1968 constituyen un sistema totalmente diferente del hasta entonces observado y que Vélez Sársfield había rechazado en la nota al mencionado artículo 213, declarando que nada tiene que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta que uno u otro observarán con los hijos.

Pese a ser objeto de críticas, las que han determinado que se postule y recomiende el regreso a las soluciones anteriormente legisladas, no puede dejar de reconocerse que es difícil establecer hasta dónde una o varias inconductas matrimoniales dejan de constituir un ataque a la formación personal de los hijos, y, consiguientemente, la vulneración de los deberes paternos.

Por lo demás, la actual redacción otorgada por la ley 17.711 deja abierta siempre la posibilidad de considerar el importante elemento de la idoneidad, pues el otorgamiento de la tenencia al cónyuge inocente tiene como supuesto previo que sea ella conveniente para el menor, extremo igualmente computable en caso de culpabilidad mutua.

Agreguemos que somos partidarios de toda norma que distinga las situaciones de inocencia y culpabilidad en el divorcio e imponga efectos negativos para el culpable, pues de ese modo se logra el efecto disuasivo que debe producir la legislación en esta materia.

En cuanto a la jurisprudencia posterior a la reforma, podemos señalar que no ha dejado de considerar la idoneidad del progenitor como antecedente sumamente valorable y adicional a la conveniencia de que los hermanos vivan juntos, estableciendo con toda razón que el culpable del divorcio, por su desventaja en cuanto al régimen de tenencia, debe centrar su esfuerzo en demostrar el perjuicio que a los niños acarrearía la aplicación del principio general contenido en el artículo 76, ley 2393.

Por tanto, en nada deja de cumplimentarse con el deber de tenencia si el hijo ha sido colocado, con finalidades educativas o de cuidado y vigilancia, en casa de terceras personas o en establecimientos especializados.

La tenencia, como derecho integrante de la patria potestad, corresponde tanto al padre como a la madre, sean legítimos o extramatrimoniales, reconocidos o declarados tales, siempre que medie convivencia con el hijo. La jurisprudencia ha establecido que el artículo 264 del Código Civil, en cuanto otorga al padre legítimo el ejercicio de la patria potestad, no quita que el deber legal de la crianza incumba por igual a ambos progenitores, y hasta principalmente a la madre, lo cual implica reconocer a ésta una total paridad en lo referente al derecho de tener al hijo para poder cumplir el mencionado deber de crianza.

Igualmente, la vinculación de la tenencia con los otros derechos-deberes a que hiciéramos alusión ha llevado a los tribunales a consagrar que el derecho de exigir que las autoridades públicas presten a los padres toda la asistencia que sea necesaria para conseguir que sus hijos sean restituidos a su autoridad, está condicionado al fiel cumplimiento de los deberes que le son correlativos. Y, precisamente, no resulta extraño que con la intervención de tales autoridades, generalmente especializadas en materia de minoridad, quede al descubierto que la huida del hogar familiar estuvo por lo común determinada por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

Pero existen situaciones donde la proximidad física entre el hijo y su progenitor se ve alterada por circunstancias ajenas a la voluntad del padre.

Por cierto que en tales supuestos se produce una modificación marcada en el funcionamiento de la patria potestad, pues para el logro de su finalidad la institución requiere la armoniosa satisfacción de todos los derechos-deberes. La tenencia, a su vez, constituye el presupuesto para el debido cumplimiento de las restantes conductas, que se ven entorpecidas y hasta anuladas cuando se produce el distanciamiento material.

La tenencia del hijo legítimo se muestra afectada por las vicisitudes que afectan al grupo familiar, donde la convivencia constituye uno de sus elementos caracterizantes.

Siendo la plataforma de sustentación del cumplimiento de los restantes deberes paternos, la tenencia determina que cuando la unión matrimonial se desestabiliza, debe ineludiblemente confrontarse la idoneidad de uno u otro progenitor para que se la otorgue. Constituiría grave perjuicio para el hijo la circunstancia de quedar físicamente próximo a quien no resultara capaz de lograr la finalidad de la institución.

En caso de alejamiento de los cónyuges unidos por matrimonio válido el interrogante que se plantea es si cabe tomar en consideración la culpabilidad del cónyuge en la disociación familiar o si dicha culpa viene a ser un elemento más computable para determinar su idoneidad como progenitor, que es el factor que haya de tomarse en cuenta de manera exclusiva.

La separación de hecho, según sabemos, no es precisada sino a los fines legales de sancionar al culpable en la esfera conyugal patrimonial (arts. 1306, párr. 3º y 3575, Cód. Civil); mas, originando una situación respecto de los hijos que debe ser solucionada, han entendido la jurisprudencia y la doctrina que deben aplicarse por analogía las normas referidas a la tenencia en caso de divorcio. En nuestra opinión no corresponde una acción específica para requerir la tenencia del hijo cuando sólo media separación fáctica de los cónyuges, pues no pueden los jueces avanzar sobre el tema de la culpabilidad en la separación, pero procede la acción de amparo cuando lo que se enerva es la institución en su integridad, siendo entonces la tenencia uno de los derechos-deberes afectados.

El supuesto de divorcio encuentra solución en el artículo 76 de la Ley de Matrimonio Civil y durante la sustanciación del proceso de divorcio por causa manifiesta el tema puede plantearse en las oportunidades previstas por el artículo 68 de la ley 2393. En el régimen del artículo 67 bis los cónyuges pueden acordar lo vinculado a la tenencia de los hijos, pero el juez siempre tiene la potestad de acordar lo más conveniente para los menores.

Educación. Cabe distinguir la instrucción, como desarrollo de la inteligencia o adquisición de conocimientos básicos para la vida

de relación, de la educación, que tiene un sentido más amplio y general, procurando —al decir de Bonet Ramón—, el desenvolvimiento de todas las facultades físicas y psíquicas, a lo que agregamos la orientación que posee y que se traduce en arribar a un desarrollo pleno del hijo como persona.

El artículo 265 del Código Civil hace referencia a este deber condicionado a la situación social y económica de los padres. La referencia a elección de profesión tiene sus límites en el propio discernimiento del menor, que debe ser respetado en esta materia.

El ingreso en órdenes religiosas o militares se encuentra sometido al requisito de la previa autorización paterna o a la subsidiaria venia judicial (art. 275 Cód. Civil).

Dentro de la esfera formativa educacional se comprenden los derechos paternos de iniciar a los hijos en determinado culto religioso, el cual puede ejercitarse hasta la edad de catorce años, debiendo respetarse a partir de la misma la decisión del hijo (art. 921 Cód. Civil) y el de controlar las amistades, prohibiendo en su caso determinadas relaciones.

Corrección. Directamente vinculado con el deber de educación, a punto tal que Marcadé lo considera una consecuencia del mismo, se encuentra el derecho-deber que tienen los padres de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos (art. 278 Cód. Civil).

Los límites de este accionar se encuentran en la propia finalidad que lo justifica, pudiendo determinar sus extralimitaciones una conducta delictiva.

El mismo artículo 278 contempla la posibilidad de hacer detener al hijo en un establecimiento correccional por el lapso de un mes y con intervención judicial, afirmando Busso y Borda que los jueces deben examinar la procedencia de la solicitud de internación.

Asistencia. La asistencia paterna comprende los aspectos morales y materiales, confundándose en el caso del primero con el deber de educación, atento a la generalidad de éste.

En cuanto a la asistencia material, el artículo 265 del Código Civil hace referencia a la obligación de alimentar a los hijos según

la condición y fortuna de los padres, mientras que los artículos 267 y 270 precisan los alcances de este deber.

La fuente desde la que deriva la obligación alimentaria es el parentesco y no la patria potestad, como se advierte con la subsistencia de este deber pese a enervarse la vigencia de la institución. Nos remitimos, en consecuencia, al tema de la obligación alimentaria paterno - filial.

Recordemos, no obstante, que la prestación alimentaria para el hijo menor cesa por haber éste contraído matrimonio sin autorización o por haber dejado la casa paterna sin la correspondiente licencia (art. 373) y que presenta dicho deber la característica de no exigir la acreditación de carencia de medios en el solicitante.

5. Derechos y deberes correlativos de los hijos.

La ley impone a los hijos determinadas conductas, lo cual hace aparecer supuestos de derechos paternos sin el correlativo aspecto de conductas específicamente exigibles.

Es así como el artículo 266 del Código Civil establece que los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. El respeto no muestra estrictamente un contenido jurídico, pero sí la obediencia, sobre la cual cabe interrogarse acerca de sus límites, impuestos rigurosamente por el propio bienestar del hijo.

También el artículo 266 citado dispone que los hijos, aun emancipados, están obligados a cuidar a sus padres en la ancianidad, en el estado de demencia o enfermedad, y a proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios. El párrafo final de este artículo extiende estos deberes en relación a los demás ascendientes legítimos.

El artículo 277 del Código Civil, por su lado, autoriza a los padres a exigir que los hijos les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa.

Lehmann coloca esta prerrogativa en la categoría de consecuencia de la comunidad doméstica y pone como requisito que el hijo permanezca en el hogar de los padres, recibiendo educación por parte de ellos.

La jurisprudencia ha resuelto que los progenitores no pueden obligar compulsivamente a los hijos a que les presten otros servicios que los propios de la edad.

El artículo 285 del Código Civil consagra, a su vez, la prohibición para los hijos de demandar a sus padres, salvo que se trate de intereses propios y previa licencia judicial.

6. Responsabilidad paterna por los daños causados por sus hijos.

El artículo 273 del Código Civil dispone que los padres responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habitan con ellos.

El artículo 1114 del mismo Código establece, en tanto que el padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que están bajo su poder, y que habitan con ellos, sean legítimos o naturales.

Se ha entendido jurisprudencialmente, ante la necesaria armonización de textos confusos, que la responsabilidad del artículo 1114 no radica en la falta de los hijos sino en la de los propios padres, pero en el artículo 273 éstos responden directamente, sin necesidad de prueba de la culpa, ante la falta de discernimiento de sus hijos, mientras que en el supuesto contemplado por el artículo 1114, la responsabilidad es refleja, indirecta, se extiende durante toda la minoridad y el damnificado está obligado a probar la culpa del menor en el hecho dañoso.

Desplazada a terceros la vigilancia sobre los hijos, cesa la responsabilidad de los padres (art. 1115 Cód. Civil), pero la misma se mantiene si estaba al alcance de la esfera de actuación paterna impedir el daño (art. 1116).

7. Representación. Actividad jurídica de los menores, judicial y extrajudicial, excluida de la representación paterna o sujeta a asistencia.

El artículo 274 del Código Civil delinea con notoria imprecisión el derecho-deber de representación del cual se encuentra investido el padre en ejercicio de la patria potestad. Establece dicho artículo que los padres, sin intervención alguna de sus hijos, pue-

den estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato dentro de los límites de su administración.

Este dispositivo legal debe ser correlacionado con el artículo 56 del Código en tanto establece como regla general la representación a los fines de suplir la incapacidad, y con el artículo 57, inciso 2º del mismo Código que señala que los menores tienen como representantes a sus padres o tutores (texto según ley 17.711).

Resulta de interés destacar que en su redacción originaria el artículo 274 se refería sólo a los menores impúberes, siendo perfeccionado en dicho aspecto por la ley de fe de erratas Nº 1196.

Trátase la paterna, en consecuencia, de una representación legal, universal y necesaria, que funciona sin perjuicio de la promiscua reconocida al Ministerio de Menores (art. 59 Cód. Civil).

A la representación paterna le es aplicable lo normado por la ley civil con relación al mandato (art. 1870, inc. 1º) y encuentra límites de funcionamiento en el interés del hijo representado, contemplándose la nulidad de los actos cumplidos sin la previa autorización judicial cuando ésta es requerida (art. 1042 Cód. Civil) y en los casos en que mediara fraude, simulación, objeto prohibido e incumplimiento de formalidades (art. 1044).

Igualmente, son de aplicación las disposiciones de los artículos 1872, 506, 512 y 1904 del Código Civil, que hacen a la responsabilidad del representante.

Pero la representación del hijo encuentra peculiaridades y excepciones. En los primeros supuestos la ley permite que sea el propio menor quien realice el acto, mas requiriendo la expresión del representante —asistencia—, lo cual tipifica al acto como complejo, plurisubjetivo y desigual por tratarse de situaciones en las que existe una voluntad principal, la del menor, y una inferior, la del representante.

Entre estos actos que concreta el menor, con asistencia paterna, encontramos los siguientes:

- a) celebración de convenciones prenupciales (arts. 1217, 1221 y 1222 Cód. Civil);

- b) celebración de matrimonio (art. 10, ley 2393);
- c) contrato de locación de servicios, trabajo o empleo público hasta la edad de dieciocho años (arts. 128 y 275 Cód. Civil);
- d) ingreso en órdenes religiosas o militares (art. 275 Cód. Civil);
- e) constitución de residencia separada (art. 275, Cód. Civil);
- f) ejercitar acción civil (art. 281 Cód. Civil);
- g) otorgar mandato en proceso laboral (artículo 33 Ley de Contrato de Trabajo).

A estas posibilidades cabe agregar la de disponer de órganos para trasplantes antes de la edad legal, conforme a la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia en un caso revestido, sin dudas, de particularidades especialísimas (L.L. 1981-A-397).

Deteniéndonos ahora en aquellos supuestos donde, haciéndose excepción legal al funcionamiento de la representación y apareciendo como un otorgamiento anticipado y específico de la plena capacidad, se autoriza al menor a realizar por sí mismo los actos, sin requerir de asistencia alguna.

Podemos observar que así ocurre en las siguientes situaciones:

- a) celebración de testamento (arts. 286 y 3614 Cód. Civil);
- b) reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 286 Código Civil y art. 41 dec.-ley 8204/63);
- c) defensa en sede penal (art. 286 Cód. Civil);
- d) aptitud procesal laboral (art. 33 L.C.T. y leyes procesales locales);
- e) aptitud procesal civil para estar en juicio por cuestiones vinculadas a bienes adquiridos con el trabajo (art. 128 Cód. Civil);
- f) celebración de contrato de trabajo y ejercicio profesional (art. 128 Cód. Civil);
- g) administración y disposición de bienes adquiridos con el trabajo (arts. 128, 287 y 1807, inc. 7º Código Civil);
- h) adquisición de la posesión, desde los diez años (art. 1293 Cód. Civil);

- i) desempeño del mandato (art. 1897 Cód. Civil), aun por el impúber (Belluscio, Llambías) o sólo por el menor adulto (Machado, Borda);
- j) celebración de microcontratos, aun por los menores impúberes (doctrina general);
- k) concertación de depósito necesario (art. 2228 Cód. Civil);
- l) disposición de órganos para trasplantes (art. 13, ley 21.541);
- ll) otorgamiento de poder para celebrar matrimonio (art. 15, ley 2393 (Díaz, Belluscio);
- m) ejercicio de la acción de disenso matrimonial (Belluscio, Mazzinghi);
- n) solicitud de emancipación por habilitación del menor sujeto a tutela (art. 131, párr. 3º, Cód. Civil);
- ñ) ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio (art. 85, inc. 1º, ley 2393);
- o) requerimiento de rendición de cuentas al tutor, desde los 18 años (art. 459 Cód. Civil);
- p) reclamo de suministros (art. 269 Cód. Civil);
- q) contraer obligaciones naturales (art. 515 Cód. Civil) y doctrina (Llambías);
- r) opciones sobre el apellido (arts. 4º y 5º ley 18.248);
- s) adquisición de dominio (cosas abandonadas y perdidas, caza, pesca, tesoro) (Spota).

En caso de duda acerca de la extensión temporal de la posibilidad de actuación del menor habrá de estarse a lo más beneficioso para el mismo. Pero en los supuestos donde no aparezca clara la excepción a la condición básica de incapacidad que tienen los hijos menores, la representación paterna funcionará plenamente.

III. EFECTOS PATRIMONIALES

8. Derechos y deberes de los padres respecto a los bienes de sus hijos.

La patria potestad precipita sus efectos también en relación con el aspecto patrimonial relacionado con los hijos. La delimita-

ción de tales efectos no siempre resulta clara, en tanto aparecen confusos los márgenes existentes en algunos aspectos, tal como ocurrir con la representación y con la responsabilidad de los padres por los daños ocasionados por los hijos, donde no puede negarse la presencia de elementos netamente patrimoniales.

Pero es indudable que la ley tipifica a la administración y al usufructo como derechos-deberes directamente relacionados con los bienes filiales, lo cual autoriza a un tratamiento específico.

9. a) Administración. Bienes excluidos. Inventario y rendición de cuentas. Actos permitidos y actos que requieren autorización judicial.

El artículo 293 del Código Civil establece que el padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aun de aquellos bienes de que no tenga el usufructo.

Cabe así reconocer en la administración los caracteres de legalidad y universalidad, con los mismos alcances observados para el deber de representación.

La administración de los bienes compete al padre en ejercicio de la patria potestad, aplicándose en subsidio las reglas del mandato (art. 1870, inc. 1º, Cód. Civil).

Los alcances de la administración paterna han sido debidamente determinados por la jurisprudencia expresando que su propósito es mantener el capital de los menores, para entregarlo a la libre administración de ellos al término de su incapacidad en el ejercicio (Plenario Cáms. Cap. del año 1933, voto Dr. Tobal, E.D. 1-1037; J.A. 43-1141).

Se encuentran excluidos de la administración paterna los bienes donados o dejados por testamento a los hijos bajo tal condición (art. 294 Cód. Civil) y los adquiridos por el menor con su trabajo, profesión o industria (arts. 128, 287 y 1807, inc. 7º Cód. Civil).

A dichos supuestos caben agregar el del artículo 3749 del Código Civil, que priva de los derechos de usufructo y administración al desheredado, respecto de los bienes que sus descendientes reciban por representación, y el del artículo 3301 del mismo Código referido a la ineptitud del indigno.

El artículo 296 del Código Civil, por su parte, establece que en los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre o de la madre, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio.

La esfera de actuación paterna comprende todos los actos típicos de administración, lo cual importa autorizar los actos conservatorios y sus asimilados tendientes a mantener incólume el capital de los menores.

La ley ha consagrado prohibiciones para actos con vigencia en la propia relación paterno - filial. Ellas son las de contratar (art. 279, 297, cláusula 5ª, 1160 y 1361 Cód. Civil), que admite las excepciones de constitución de sociedades civiles y comerciales y la de la donación; la de que el padre se constituya en cesionario de créditos, derechos o acciones contra su hijo (art. 297, cláusula 6ª) y haga remisión voluntaria de los derechos de sus hijos o los obligue como fiadores de ellos o de terceros (art. 297, cláusula 9ª).

Igualmente, cabe considerar prohibida la remisión voluntaria de derechos (art. 297, cláusula 8ª).

Requieren autorización judicial, por su parte, los siguientes actos: enajenación de inmuebles y rentas constituidas sobre las deudas estatales; constitución de derechos reales sobre inmuebles y títulos públicos; transferencia de derechos reales que pertenezcan a los hijos sobre bienes de otras personas y partición privada de la herencia que tiene como sucesores a padres e hijos (art. 297 Código Civil).

A estos supuestos cabe agregar el de la disposición del dinero de los menores, que la jurisprudencia somete a la previa autorización judicial (ver Plenario Cáms. Civ. Cap. antes citado) y la enajenación de ganados de cualquier clase (art. 298 Cód. Civil).

En cuanto a los arrendamientos de bienes de los hijos, el artículo 300 del Código Civil dispone que llevan implícita la condición de que acabarán cuando concluya la patria potestad.

Responsabilidad; sanciones. Casos en que el padre carece de administración o la pierde. La administración paterna concluye por

los mismos motivos que hacen finalizar la vigencia de la patria potestad. Pero además la ley civil contempla situaciones en las que el padre es apartado de la administración, ocurriendo ello cuando la misma haya sido ruinoso o llevada con ineptitud probada, o cuando el padre haya caído en insolvencia (art. 301 Cód. Civil).

En la última de las situaciones mencionadas cabe incluir al estado de concurso, aun cuando la ley de la materia sólo se refiera al usufructo (arts. 111 y 112, ley 19.551). Pero el padre insolvente podría continuar su administración si diera fianza o hipotecas suficientes (art. 302), solución legal que nos resulta abiertamente criticable.

Removido el padre de la administración, debe designarse un tutor especial (art. 303 Cód. Civil).

10. b) Usufructo. Naturaleza jurídica. Titularidad.

Establece el artículo 287 del Código Civil que el padre y la madre tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, debiendo extenderse este derecho a todos los progenitores, excepto los extramatrimoniales declarados judicialmente, pues se encuentran privados del mismo (artículo 11, ley 14.367).

Aun cuando el artículo 2816 del Código Civil mencione al usufructo paterno entre las normas relacionadas al respectivo derecho real, en el recordado Plenario de las Cámaras Civiles de la Capital del año 1933, a través del voto del doctor Tobal, se puso de manifiesto la diferencia existente entre ambos.

Tales diferencias se advierten en cuanto al origen, que en el usufructo paterno se encuentra en la ley, como así también en las limitaciones impuestas a los titulares y cargas que sobre ellos pesan (arts. 291 y 292 Cód. Civil).

La titularidad corresponde a ambos progenitores, como surge claramente del texto legal, y la doctrina ubica al usufructo como derecho de carácter ganancial, haciendo referencia al mismo el artículo 1272 del Código Civil.

Bienes excluidos. Cargas, embargo. Casos en que el padre carece de usufructo o lo pierde. Las excepciones a la universalidad del usufructo se encuentran establecidas en el mismo artículo 287 y refiérense a los bienes adquiridos por los hijos por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos; por su trabajo o industria; por casos fortuitos (juego, apuestas, etc.) y los heredados con motivo de la incapacidad del padre.

Igualmente, se encuentran excluidos del usufructo los bienes adquiridos por los hijos a través de herencia, donación o legado, cuando el donante o testador haya dispuesto que el usufructo corresponda al hijo (art. 289).

El usufructo paterno muestra como primordial característica la de estar afectado a las cargas reales impuestas en el artículo 292 del Código Civil, las que son: a) las propias de todo usufructuario; b) gastos de subsistencia y educación de los hijos; c) pago de intereses y d) gastos de enfermedad y entierro del hijo y de quien lo hubiera instituido heredero.

El derecho a percibir los frutos civiles emergentes del usufructo se encuentra supeditado al cumplimiento de estas cargas (art. 2865 Cód. Civil) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado que los padres adquieren la propiedad de las rentas de los bienes de sus hijos de lo que exceda una vez satisfechas tales cargas (L.L., 4-714).

El usufructo termina con la extinción de la patria potestad y se encuentra sujeto en su vigencia a las modalidades legalmente impuestas a la institución. Pero el padre demente, pese a encontrarse sujeto a la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, conserva el usufructo (art. 304 Cód. Civil).

11. Vicisitudes de la patria potestad

a) *Extinción.* La patria potestad encuentra natural fenecimiento con la muerte de los padres o de los hijos (art. 306, inc. 1º, Código Civil), supuesto al cual cabe asimilar la muerte presunta atento a los efectos que derivan de la respectiva declaración.

Igualmente se extingue la patria potestad con la mayoría de edad, pues es en tal oportunidad cuando se agota la finalidad temporalmente fijada (art. 306, inc. 3º, Cód. Civil), correlacionándose ello con lo dispuesto por los artículos 128 y 129 del mismo Código.

La emancipación legal determina también la extinción de la institución (art. 306, inc. 4º), consecuencia rigurosa del cese de toda incapacidad como regla general (art. 128). Pero para el cónyuge menor del matrimonio putativo, la emancipación queda sin efecto si ha sido de mala fe (art. 132 Cód. Civil), con lo cual la patria potestad no se extinguirá.

A los casos que hemos señalado cabe agregar la adopción plena, atento a las consecuencias que se derivan de dicho estado.

b) *Pérdida*. La patria potestad se pierde: 1º) por delito cometido por el padre o la madre contra su hijo o hijos menores, para aquél que lo cometa; 2º) por la exposición o el abandono que el padre o madre hiciera de sus hijos, para el que los haya abandonado; 3º) por dar el padre o la madre a los hijos consejos inmorales o colocarlos dolosamente en peligro material o moral, para el que lo hiciera (art. 307 Cód. Civil).

Trátase de inconductas paternas que pueden subsumirse en la situación grave de abandono en que es colocado el hijo.

En lo que respecta a la conducta delictiva, debe tratarse de delito doloso, pudiendo ser contra la persona o los bienes del menor, siendo necesario que haya recaído sentencia penal condenatoria.

La pérdida de la patria potestad tiene como nota distintiva que el apartamiento del progenitor respecto del complejo funcional de derechos-deberes adquiere carácter definitivo e irrevocable.

Esta solución, congruente con la gravedad de la inconducta paterna, responde a una interpretación jurisprudencial, en tanto la ley nada dispone al respecto. Se puede inferir la intención legal de la circunstancia de no haberse contemplado la revisión para el caso de pérdida de la patria potestad, cuando sí se lo hace en los su-

puestos de privación de su ejercicio y suspensión del mismo (art. 12, ley 10.903).

c) *Pérdida del ejercicio*. Dispone el artículo 308 del Código Civil que el padre o la madre que haya sido condenado por delito grave o que haya sido objeto de varias condenas que demuestren se trata de un delincuente profesional o peligroso, pierde el ejercicio de la patria potestad.

Pero además de estas situaciones, cabe agregar la especie de la inhabilitación que se impone por ejercicio abusivo de la patria potestad (art. 20 bis Cód. Penal) y la accesoria contemplada en el artículo 12 del mismo Código para los penados con prisión o reclusión por más de tres años.

Igualmente, el menor habilitado que ejercía la patria potestad sobre su hijo extramatrimonial quedará privado del ejercicio si se revoca la emancipación.

La privación del ejercicio de la patria potestad es esencialmente temporaria y los padres podrán solicitar que la medida se deje sin efecto transcurridos dos años de la resolución definitiva, si probaren que se hallan en situación de ejercer cabalmente sus deberes (art. 12, ley 10.903).

d) *Suspensión del ejercicio*. Establece el artículo 309 del Código Civil que el ejercicio de la patria potestad queda suspendido en ausencia de los padres ignorándose su paradero, y por incapacidad mental, en tanto dure la ausencia o la incapacidad. Los jueces pueden suspender el ejercicio de la patria potestad si el padre o la madre tratasen a sus hijos, sin motivo, con excesiva dureza; si por consecuencia de su ebriedad consuetudinaria, conducta notoria o negligencia grave, comprometiesen la salud, seguridad o moralidad de los hijos. Esa suspensión puede durar desde un mes hasta que el hijo menor llegue a la mayor edad.

Según se advierte, el artículo contempla una amplia gama de posibilidades. Algunas de ellas evidencian conducta paterna, pero otras son ajenas a la voluntad del progenitor.

El artículo 12 de la ley 10.903 posibilita que los padres soliciten que la medida sea dejada sin efecto si hubiesen transcurrido dos años, probando que se hallan en situación de cumplir convenientemente sus obligaciones. Pero en el caso de demencia la rehabilitación correrá aparejada a la recuperación del insano y, en los demás supuestos, siempre habrá que mostrar que cesaron los motivos que originaran la medida.

Asimilado a los supuestos mencionados por la ley se encuentra en nuestra opinión el inhabilitado (art. 151 bis Cód. Civil). Contrariamente a la opinión de Borda, pensamos que el inhabilitado no se encuentra en condiciones de ejercer la patria potestad, y que la respectiva sentencia suspende al padre en el ejercicio de la misma, de pleno derecho.

c) *Desmembramiento de la patria potestad.* Existen situaciones donde, sin avanzar sobre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad en su aspecto integral, se produce no obstante el enervamiento parcial de ciertos derechos-deberes que integran el complejo, dándose así lugar al desmembramiento de la institución.

El ejemplo más patente de dicha situación se encuentra en la privación de tenencia, la que puede derivar como consecuencia de los siguientes casos:

- a) separación provisional por juicio de divorcio (art. 68, ley 2393);
- b) divorcio (art. 76, ley 2393);
- c) protección de la persona del menor (arts. 234 y concs. del Cód. Proc. C. y Com. de la Nación);
- d) medida facultativa prevista en el artículo 11 ley 10.903;
- e) internación del hijo en establecimiento de protección (art. 8º ley 10.903);
- f) medida tutelar respecto del menor incurso en hecho ilícito (art. 2º, ley 22.278);
- g) disposición provisional en caso de hechos ilícitos (art. 1º, ley 22.278).

Las decisiones judiciales que avanzan sobre la tenencia de los hijos, fundándose en el prevaleciente interés de los mismos y con la finalidad de asegurar su bienestar, resultan legitimadas por la labor que compete a los organismos de la tutela oficial en orden a lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 10.903.

Si la medida excede tales marcos de legitimidad, se abre la posibilidad de recurrir a la acción de amparo, que puede ejercitarse también respecto de particulares, en orden a la jerarquía constitucional que, como derecho, posee la patria potestad.