

## MAESTRÍA EN DERECHO REGISTRAL E INMOBILIARIO

### SISTEMA DE EJERCICIO UNILATERAL DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. CASOS DE EJERCICIO EXCLUSIVO POR UNO DE LOS PROGENITORES

Alumna: María Amalia Díaz Latrubesse

#### INTRODUCCIÓN

En el Derecho, desde las diferentes perspectivas, se ha conformado una coincidencia sobre lo que significa jurídicamente la patria potestad.

Esa noción elemental, señala que “la patria potestad es autoridad de los padres sobre la persona y bienes de los hijos menores, autoridad que comprende un conjunto de deberes y derechos, un complejo indisoluble de deberes y derechos, de potestades-funciones, de poderes-funciones, o complejo funcional de derechos y deberes, destacándose la función social que les atañe a los padres” .

La relación paterno-filial está en la realidad con anterioridad a cualquier intento legislativo. El padre y la madre, cuando la filiación queda determinada, preceden a toda norma jurídica. El legislador otorga, en una época determinada, carácter normativo a la idea general de la sociedad sobre la función paterno-filial, válida en esa época histórica.

El trayecto recorrido por la idea de la patria potestad, concebida en el Derecho Romano como poder absoluto a la entendida en el Derecho Contemporáneo como función social, ha respondido a distintas exigencias sociales. Como consecuencia de ello, las normas concretas dictadas en orden a la patria potestad han variado con el transcurso del tiempo, afirmándose que la historia de la patria potestad, en conjunto, constituye un proceso de debilitación de la autoridad paternal.

Entendida la patria potestad como “la regulación jurídica de los deberes y derechos que se imponen y reconocen a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores, en beneficio de éstos, en una sociedad determinada” , el contenido de esos deberes y derechos paternos significa una evaluación previa del legislador respecto de las funciones o roles de los progenitores. Para el cumplimiento de esas funciones, la ley impone deberes a los padres, reconociéndoles los derechos correlativos para facilitar y hacer posible la relación plena con el hijo. Pero esta prelación de los deberes respecto de los derechos de los padres en la ley, no debe entenderse en el sentido de que se han suprimido estos últimos.

En virtud de la reforma al Código Civil efectuada en el año 1985 con la sanción de la ley 23.246, se introdujeron modificaciones importantes al sistema del Derecho de Familia.

En lo que respecta al tema que nos ocupa, la ley 23.246 despejó la noción de patria potestad, haciendo posible que una noción jurídica “cotidiana” a la vida de los ciudadanos, pueda ser accesible a todos. De este modo, el primer párrafo del artículo 264 presenta con claridad la noción de patria potestad: es un conjunto de deberes que la ley impone a los padres sobre sus hijos menores mientras no se emancipen, reconociéndoles a la par los derechos respectivos para el cabal cumplimiento de los fines de la autoridad paterna. Esta autoridad, cuya estructura se define en deberes y derechos, conlleva entender que el ser padres es una función. Quedando así supera-

da toda idea de primacía o prerrogativa paterna, por resultar claro que la institución se establece en interés de los hijos y no de los padres.

La ley 23.264 introdujo en el artículo 264 del Cód.Civ., los fines que se establecen respecto de la patria potestad. La conformación legislativa de una autoridad sobre la persona y bienes de los hijos delineada con fines, le da a la patria potestad un contenido diferente, porque ya no se trata de una autoridad que se ejerce sin más, sino de una autoridad que debe ejercerse para que puedan lograrse los fines que el legislador tuvo en vista para la protección y desarrollo de los hijos menores. Los fines de la autoridad de los padres son, en la ley, la protección y formación integral de los hijos.

Desde la perspectiva que brinda el ejercicio de la función notarial, interesa sobre todo lo vinculado a los actos de gestión de los bienes de los menores. Y, es en esos aspectos donde la interrelación entre el ejercicio de la patria potestad y la representación legal de los menores por los padres se manifiesta estrechamente. Es que para realizar esos actos de disposición y administración, y que los efectos de los mismos repercutan sobre el patrimonio de los menores, los padres necesariamente deberán actuar en nombre y por cuenta de ellos, es decir, representándolos.

Antes de la reforma introducida por la Ley 17.711, el artículo 57 inciso 2º del Código Civil, no incluía a los padres como representantes de los menores, refiriéndose únicamente a los tutores. El texto de la norma decía que: “son representantes de los incapaces:... 2) de los menores impúberes y adultos, sus tutores”. Sin embargo, esa representación les era reconocida por aplicación de las normas que regulan la patria potestad, uno de cuyos derechos-deberes es el de representar a los menores sujetos pasivos de las relaciones jurídicas que nacen de aquella.

En virtud de la reforma al artículo 57 inciso 2º del Código Civil por la Ley 17.711, la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados, es de carácter expreso.

La representación comienza desde la concepción, conforme lo establecen los artículos 57 inciso 1º y 264 del Código Civil; determinando el primero que de las personas por nacer son representantes sus padres y la otra norma en su primera parte, que la patria potestad comienza a partir de la concepción.

La representación es uno de los deberes-derechos de la patria potestad. El principio general es que la representación se extiende a todos los actos de la vida civil, salvo los exceptuados por el artículo 62 del Código Civil.

La administración es de los padres, cuando están en ejercicio de la patria potestad (art. 293 Cód.Civ.). Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por el padre o la madre (art. 294 Cód.Civ., primera parte). Los padres pueden de común acuerdo designar a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos, el que necesitará el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también la autorización judicial. En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá recurrir 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 del Ministerio Pupilar (art. 294 Cód.Civ. segunda parte).

## 1. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

El ejercicio de la patria potestad no presenta el mismo régimen que el de su titularidad.

Titularidad “es el atributo que confiere la ley a los padres por su status de tales y, como sujetos de derecho, les permite su ejercicio, salvo las excepciones que la misma ley establece. Los padres, que actualmente son los titulares de la patria potestad, poseen la aptitud jurídica respectiva. Son los sujetos activos de la misma.”

Ejercicio, es la capacidad de obrar. Éste se encuentra contenido en la titularidad, sin embargo la ley prevé los casos en que esta función pueda ser ejercida por alguno de los titulares.

La funcionalidad de los deberes-derechos de la autoridad de los padres impide una distinción tajante entre la titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la misma, es decir, entre poseer los deberes-derechos de padres y ejercer esos deberes-derechos. El padre y la madre son los titulares de la patria potestad, es decir de los deberes-derechos que configuran la institución sobre la persona y los bienes de hijo menor, matrimoniales o extramatrimoniales, convivan o no con ellos, ejerzan o no la autoridad paternal.

Por otra parte, los deberes-derechos que comprende la patria potestad se actualizan, se hacen reales, a través de su ejercicio; es decir, del cumplimiento de los deberes y de la práctica de las facultades o funciones paternas referidas a la persona y bienes del hijo. El ejercicio está contenido en la titularidad.

El ejercicio de la patria potestad es concedido por la ley de manera diferente, es decir, a ambos padres o a uno de ellos. Dicho ejercicio puede ser compartido o unilateral, según las pautas establecidas por el artículo 264, segundo párrafo del Cód. Civ. al prever: “Su ejercicio corresponde:

1º- En el caso de los hijos extramatrimoniales, 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 artículo 264 quater, o cuando mediare expresa oposición.

2º- (Texto según Ley 23.515) En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio o nulidad de matrimonio, el 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.

3º- En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio al otro.

4º- En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiera reconocido.

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

6º- A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.” (el subrayado es nuestro).

No obstante ello, la excepción al régimen de ejercicio de la patria potestad establecido por el artículo 264 del Código Civil está prevista en el artículo 264 quater, por tratarse de actos que la ley ha valorado como trascendentes en la vida del menor, a saber: el matrimonio, la habilitación de edad, el ingreso a órdenes religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, egresar del territorio nacional, estar en juicio, disponer de bienes inmuebles o muebles registrables y administrar los bienes de los hijos. En consecuencia, se exige que concuerden las voluntades de ambos progenitores, es el

caso del los incisos 1º, 2º y 5º del artículo 264 del Cód.Civ.

Tanto los progenitores matrimoniales y extramatrimoniales que ejercen en forma compartida la patria potestad (art. 264 incs. 1º y 5º primera parte del Cód.Civ.), como los matrimoniales y extramatrimoniales que la ejercen en forma unilateral (art. 264 incs. 2º y 5º segunda parte del Cód.Civ.), deben consentir expresamente los actos enumerados en el artículo 264 quater : los dos padres, estén o no en ejercicio de la patria potestad, son los artífices de las decisiones fundamentales en la vida del hijo.

La norma no se aplica en los supuestos de los incisos 3º y 4º del artículo 264 quater del Cód. Civ., en que el ejercicio de la patria potestad corresponde a uno solo de los padres en modo pleno. Tampoco en los supuestos del inciso 6º en que resulte emplazado uno solo de los padres, ya que se tratará también de un ejercicio exclusivo de la patria potestad por el progenitor emplazado en tal estado de familia.

Dentro del sistema de ejercicio unilateral de la patria potestad, se prevé el ejercicio exclusivo por uno solo de los progenitores de la totalidad de la autoridad. Nos referimos a los casos de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad por uno de los padres y al reconocimiento unilateral del hijo extramatrimonial.

#### 1.1. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PARTE DEL PROGENITOR VIUDO

El ejercicio de la patria potestad se torna unipersonal cuando falta uno de los padres o está legalmente privado de dicho ejercicio, esto es, en los casos de suspensión o privación de la patria potestad que analizaremos más adelante.

La muerte, es una de las formas de extinción de la patria potestad; así lo establece el artículo 306 inciso 1º del Cód.Civ. , y atribuye de pleno derecho la patria potestad al padre sobreviviente.

Asimismo, la ausencia con presunción de fallecimiento, se asimila a la situación de muerte natural de uno de los progenitores. La declaración judicial de la ausencia con presunción de fallecimiento, extingue la patria potestad del padre ausente, asumiendo su ejercicio de pleno derecho el otro padre.

#### 1.2. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PARTE DEL PROGENITOR RECONOCIENTE EN FORMA VOLUNTARIA O FORZADA

##### 1.2.A RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

##### 1.2.A.1 RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO POR UNO DE LOS PROGENITORES

El artículo 264 inc. 4º atribuye el ejercicio de la patria potestad de los hijos extramatrimoniales, al padre que los hubiera reconocido.

Aquí, se configura la hipótesis del establecimiento incompleto de la filiación el padre o la madre, uno de ellos, ha reconocido al hijo.

En este caso no hay dificultades: ejerce la patria potestad el único progenitor que legalmente puede ser tenido por tal. Éste, ejerce unilateralmente la patria potestad desempeñando las funciones inherentes a ella de manera exclusiva.

Es uno de los casos excluidos del artículos 264 quater ya que el progenitor reconociente es el único determinado, y el que ejerce y actúa todos los deberes-derechos

emergentes de la patria potestad.

En este sentido, ha dicho la jurisprudencia que: “La plenitud de ese ejercicio, requiere de modo indispensable la tenencia del menor. De esa tenencia no puede ser privado, sino cuando existen causas de suma gravedad que así lo justifiquen” .

En caso de que el padre reconociente fuere menor de edad, se aplicará lo dispuesto por el artículo 264 bis Cód.Civ. .

#### 1.2.A.2. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO POR AMBOS PROGENITORES

El artículo 264 inciso 5° atribuye la patria potestad de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, si conviven a ambos y, en caso contrario, al que tenga la guarda otorgada en forma convencional o judicial o reconocida mediante información sumaria.

La patria potestad es compartida por los padres en la práctica, indistinta para los actos cotidianos y obligatoriamente conjunta para los actos trascendentes en la vida del hijo que prevé el artículo 264 quater Cód.Civ. De este modo, serán válidos los actos que realice uno de los padres, presumiéndose el consentimiento del otro, salvo que medie expresa oposición (art. 264 ter Cód.Civ.) o se trate de actos trascendentes (art. 264 quater Cód.Civ.).

La segunda parte del inciso 5° del artículo 264 atribuye la patria potestad del hijo extramatrimonial reconocido por ambos padres que no conviven, a aquel que tenga la guarda del menor otorgada en forma convencional o judicial, o reconocida a través de información sumaria.

Respecto a la guarda otorgada por simple información sumaria, la jurisprudencia ha dicho: “...la ley prevé tal trámite a fin de evitar al progenitor que tiene consigo al niño y media una absoluta desvinculación con el otro, la necesidad de acudir a la vía litigiosa.”

La patria potestad se atribuye, en el supuesto de no convivencia de los padres extramatrimoniales, a uno de los padres en función de la guarda del hijo, guarda que surgirá de la convención de los padres, la decisión judicial o de la información sumaria. La jurisprudencia ha sostenido que: “para resolver la atribución del ejercicio de la patria potestad sobre un hijo extramatrimonial reconocido en un mismo acto por ambos padres, es un factor de significativa importancia el hecho de quién ejerce la tenencia, pues esta base ofrece la ventaja de no innovar en la situación del menor”

#### 1.2.B EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PARTE DEL PROGENITOR RECONOCIENTE EN FORMA FORZADA

Según el artículo 247 del Cód.Civ. , la filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento voluntario de los padres o por la sentencia que la declare en el juicio de filiación correspondiente.

El artículo 264 inciso 6° del Cód.Civ. atribuye el ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre del hijo declarados tales judicialmente.

Puede ocurrir, que uno solo de lo progenitores reconozca voluntariamente al hijo o que uno solo de ellos sea declarado padre o madre en el juicio de filiación, pudiendo

do presentarse distintas situaciones:

En el caso de que haya reconocimiento voluntario del hijo por uno de los padres y el establecimiento de la filiación en sentencia judicial para el otro padre, la patria potestad corresponde al primero; el padre que reconoció voluntariamente al hijo desplaza a quien ha debido asumir a la fuerza su rol de padre y el nexo biológico creado.

El supuesto del inciso 6° se presenta como residual: uno o ambos padres han sido declarados tales por sentencia judicial. La ley otorga el ejercicio de la autoridad, al progenitor que ha sido determinado a través del juicio de filiación correspondiente, aún cuando la filiación haya sido fijada compulsivamente.

Si en el juicio de filiación ha sido declarada sólo la paternidad o la maternidad, debe aplicarse el inciso 4° del artículo 264: el ejercicio de la patria potestad se atribuye al padre determinado tal por la sentencia respectiva.

Si han sido declaradas la paternidad y la maternidad, se atribuirá la patria potestad a ambos padres si conviven o a uno de ellos si no conviven.

### 1.3 EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR PARTE DEL PROGENITOR A QUIEN SE LE QUITA LA PATRIA POTESTAD

El artículo 307 del Código Civil regula los supuestos de privación de la patria potestad como sanción por un lado y el artículo 309 los casos de suspensión del ejercicio de la patria potestad por causas no imputables al incumplimiento específico de los deberes-derecho que la patria potestad acarrea, por el otro.

Una vez privados los padres de la autoridad o suspendidos en el ejercicio, corresponde establecer el régimen de atribución de la patria potestad. En ese sentido, es semejante el régimen de atribución de la patria potestad, en los supuestos de privación o suspensión de ella, conforme lo dispone el artículo 310 de Código Civil al establecer: “Perdida la autoridad por uno de los progenitores, o suspendido uno de ellos en su ejercicio, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, los menores quedarán bajo el patronato del Estado nacional o provincial.”

En consecuencia, si uno de los padres es privado de la patria potestad o suspendido en su ejercicio, se atribuye su ejercicio en forma exclusiva al otro padre. Y, si ambos progenitores son privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio, corresponde la designación de un tutor legal de conformidad a lo normado por el artículo 264 bis del Código Civil .

Autores como Méndez Costa , entienden que la ley 23.264 incluye dos supuestos de tutela general legal:

- el de los hijos de progenitores extramatrimoniales menores de edad no emancipados, para cuya tutela se prefiere a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los padres que tenga al hijo bajo su cuidado y amparo, aunque el otro se emancipe o llegue a la mayoría de edad –artículo 264 bis del Cód. Civ.; y,

- el de los hijos entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores (art. 309 2do. párr. Cód.Civ). Consecuentemente, a falta de tutela legal, los menores quedan bajo el patronato del Estado Nacional o Provincial (art. 310 Cód. Civ.).

Importa señalar, que la potestad jurisdiccional del Estado para sustituir a los padres en el ejercicio de la patria potestad, se justifica solamente cuando hay elementos que se revelan en forma manifiesta como de peligro para los menores y, asimismo, que la intervención del Estado se debe limitar a aquellos casos en que la conducta de los padres exige su actuación para proteger a los menores y preservar el orden público.

### 1.3.A PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La privación de la patria potestad se encuentra reglada en los artículos 307, 308 y 310 del Código Civil y la sentencia que prive de la patria potestad a uno de los padres, atribuye el ejercicio de la autoridad al otro.

La reforma introducida por la ley 23.264 ha reestructurado el sistema de sanciones a los progenitores. En la privación de la patria potestad normada en el nuevo artículo 307 se unificaron los supuestos anteriores “nominados” pérdida y pérdida del ejercicio de la patria potestad conforme el texto anterior según Ley 10.903 de los artículos 307 y 308 del Código Civil.

En coincidencia con el régimen anterior, la privación de la patria potestad es una sanción; la diferencia fundamental radica en que en la ley 23.264 conforme lo establece el nuevo artículo 308, no es una sanción definitiva.

En los supuestos de privación de la patria potestad, se advierte la desaparición de su ejercicio en beneficio del hijo y la pertinencia de la sanción, más como medio de protección del hijo que de reproche a la conducta del padre. Los supuestos que contempla el artículo 307 configuran una verdadera claudicación de la patria potestad, con efectos nocivos para el menor.

a) La condena por un delito cometido por el padre contra el hijo o por el padre con el hijo (inc. 1º)

Este inciso priva de la patria potestad al progenitor condenado por delitos cometidos contra el hijo o por delitos cometidos con el hijo.

La novedad que introdujo la ley 23.264 radica en la privación de la patria potestad cuando el progenitor delinque junto al hijo menor.

Las condiciones que deben reunirse para que pueda declararse la privación de la patria potestad, son las siguientes:

- El padre debe ser condenado en sede penal.
- El delito debe ser cometido contra la persona o los bienes del hijo o cometidos con el hijo.
- La condena del padre debe ser en calidad de autor, coautor, instigador o cómplice del hecho.
- El delito que motive la condena contra el padre debe ser doloso.

b) El abandono de alguno de los hijos (inc.2º)

Aún cuando el menor haya quedado bajo la guarda o custodia del otro padre o de un tercero, el padre que abandona a alguno de sus hijos pierde la patria potestad.

El abandono puede presentarse en diversos aspectos: implica un no desprenderse, un no preocuparse, situaciones éticas que deberán considerarse desde el punto de vista del menor. No importan las razones que hubieran inducido a los padres al abandono.

En materia de abandono, el criterio ha dejado de ser objetivo para centrarse en el análisis de la conducta de cada progenitor por ser las obligaciones emergentes de la patria potestad, personalísimas, indelegables e intransferibles.

Con anterioridad a la sanción de la ley 23.264, se dudaba sobre si debía acreditarse, por quien solicitaba la pérdida de la patria potestad, el hecho objetivo del abandono y el carácter malicioso del mismo. Debate que quedó superado en 1985 con la sanción de la ley 23.264, ya que el nuevo inciso 2° del artículo 307 estableció que el abandono se configura aún cuando el hijo quede bajo la guarda del otro progenitor o un tercero.

Se ha adoptado el criterio subjetivo para tipificar la causal del abandono, es decir, que la ley no atiende ni espera que el menor padezca el desamparo física ni espiritualmente.

La reforma siguió la denominada “tesis subjetiva” en lo que se refiere al abandono del hijo, resultando indiferente, a los fines sancionatorios, que el menor haya quedado al cuidado del otro padre o de terceros. Para sancionar la indolencia del progenitor con la privación de la patria potestad, es suficiente el abandono en poder del otro padre ya que, quien resigna voluntariamente los deberes paternofiliales no es menos reprehensible porque el otro progenitor o un tercero asuman el rol del quien se desentendió de deberes primordiales, ínsitos en el concepto de patria potestad. En este caso, la pérdida de la patria potestad se extiende a todos los hijos que estén bajo su autoridad.

#### c) La colocación del hijo en situación de peligro material o moral (inc.3°)

Este inciso se refiere a la causal de pérdida de la patria potestad más relevante en el orden práctico. Comprende el peligro en que puede colocar el padre al hijo en todos los planos de la vida: la seguridad, la salud física o psíquica y su moralidad. Asimismo, describe ampliamente los medios a través de los cuales el padre puede arriesgar la vida y el desarrollo integral del menor: malos tratos, ejemplos perjudiciales, conducta notoria o delincuencia.

Las conductas llevadas a cabo por los progenitores, desvirtúan los fines reconocidos legalmente a la patria potestad.

Las situaciones que no puedan ser encuadradas en los incisos 1° y 2° del artículo 307 encontrarán su marco en el inciso 3° de la misma norma.

#### 1.3.b Suspensión de la patria potestad

Los supuestos de suspensión de la patria potestad se encuentran reglados en el artículo 309 del Cód.Civ. En los cuatro casos del primer párrafo, es decir: las resoluciones judiciales que declaren la simple ausencia, la interdicción del padre, la inhabilitación de la persona y la condena penal a más de tres años de prisión o reclusión, adjudican de pleno derecho el ejercicio unilateral de la patria potestad al otro padre.

El segundo párrafo, describe la facultad del juez de ordenar la suspensión del ejercicio de la autoridad, cuando los padres entregan al hijo a un establecimiento tutelar de menores, previendo para ello un procedimiento básico.

Esta suspensión del ejercicio de la autoridad de los padres, a diferencia de los casos de privación de la patria potestad previstos en el artículo 307 del Código Civil, no es sancionatoria para los progenitores, sino que refiere a situaciones fácticas constatadas judicialmente, que tornan exigible ese efecto.

a) La simple ausencia declarada judicialmente

La simple ausencia declarada judicialmente produce, de pleno derecho y por imperio del nuevo artículo 309, la suspensión del ejercicio de la patria potestad del progenitor declarado ausente.

La simple ausencia, se configura cuando el ausente ha dejado bienes que requieren atención y administración, en estado de abandono sin haber dejado mandatario o ser insuficientes o haber caducado los poderes conferidos con esa finalidad.

Importa destacar, como se ha señalado precedentemente, que lo normado por el 309 para la simple ausencia, se diferencia de la ausencia con presunción de fallecimiento en que conforme lo establece el artículo 264 inciso 3º, ésta última se ha asimilado a la situación de la muerte natural de uno de los padres, dando por extinguida la patria potestad del declarado ausente con presunción de fallecimiento.

b) La interdicción de alguno de los padres

La sentencia de interdicción que declara la incapacidad absoluta de hecho del progenitor, suspende el ejercicio de la patria potestad en lo que a él respecta mientras dure la incapacidad y no sea rehabilitado- (artículo 150 y conon. Cód. Civ.)

Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 23.264, en el marco del texto anterior del artículo 309 su segundo y tercer párrafo establecía: “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; o si por consecuencia de su ebriedad consuetudinaria, inconducta 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.”; alguna jurisprudencia, aceptaba la suspensión anticipada del ejercicio de la patria potestad en beneficio del hijo, frente a un juicio de interdicción en trámite o por iniciarse.

Como consecuencia de la reforma, frente al nuevo texto del artículo 309 del Cód. Civ., no es necesario que recaiga una resolución disponiendo la suspensión del ejercicio de la patria potestad, resultando suficiente acreditar –con la sentencia respectiva- la declaración de incapacidad. De esta manera, ha quedado superado el conflicto generado sobre el tema, al resultar indubitable que debe tratarse de un demente declarado tal por sentencia judicial, como surge de la utilización de los vocablos “interdicción” o “rehabilitación”.

c) La inhabilitación de alguno de los padres

El inhabilitado es una persona capaz para el Derecho, que sufre algunas restricciones que se expresan en el artículo 152 bis del Código Civil, como consecuencia de la reforma introducida por la ley 17.711 .

Para los supuestos de los incisos 1° y 2° del artículo 152 bis, entre los efectos de la inhabilitación, se agregó expresamente la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Consecuentemente, quien sea inhabilitado por embriaguez habitual o uso de estupefacientes o por estar disminuido en sus facultades sin llegar al supuesto de demencia, es suspendido en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad no emancipados.

La sentencia que declara la inhabilitación acarrea, de pleno derecho, la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, sin necesidad de solicitar declaración judicial al respecto.

d) La condena penal a más de tres años de reclusión o prisión

En caso de que la madre o el padre fueran condenados en sede penal a más de tres años de reclusión o prisión, quedan suspendidos -de pleno derecho- en el ejercicio de la patria potestad.

Por imperio del artículo 309, la sentencia que condena al progenitor a más de tres años de reclusión o prisión suspende al padre condenado en el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores no emancipados, mientras dure la pena (art. 12 Cód. Penal).

e) La entrega del hijo a un establecimiento tutelar

El segundo párrafo del artículo 309 prevé la suspensión del ejercicio de la patria potestad, en el caso de que los hijos menores sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores, estableciendo un procedimiento para que el juez pueda decretarla.

En este supuesto, la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, opera por sentencia judicial recaída –específicamente- sobre la suspensión de la autoridad, a diferencia de los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 309 en que opera de pleno derecho frente a la simple ausencia declarada, la interdicción, la inhabilitación y la condena penal de más de tres años de reclusión o prisión.

La resolución judicial deberá ser tomada de acuerdo a las circunstancias del caso y con audiencia de los padres. La entrega del menor a un establecimiento tutelar importa que éste ejerza el patronato del Estado, juntamente con los jueces y el Ministerio de Menores.

## 2. CONCLUSIÓN

Finalmente, si bien puede afirmarse que con la sanción de la ley 23.264 el Código Civil Argentino se ha actualizado en materia de patria potestad colocando su eje legislativo en los deberes de los padres con los hijos, reconociendo luego a los progenitores los derechos correlativos que permitan cumplir su función, pautando con claridad la idea de patria potestad. Frente a los incesantes cambios culturales y sociales, los juristas (sobre todo los operadores del Derecho por su permanente contacto con la realidad) deben constituirse en observadores constantes y conscientes de esos cambios como también en entusiastas estudiosos del Derecho, a fin de advertir si frente a éstos, las normas -en su aplicación concreta- caen en desuso o existen lagunas en el Derecho ante nuevas realidades, creando y promoviendo de ser necesarias, modificaciones normativas.



<sup>13</sup> Art. 306 inc. 1º Cód. Civ.: “La patria potestad se acaba:  
1) por la muerte de los padres o de los hijos;”

<sup>14</sup> Art. 264 inc. 4º Cód. Civ.: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona 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.

Su ejercicio corresponde:

4) en el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquél que lo hubiera reconocido;”

<sup>15</sup> CNCiv., Sala E, 25/6/1988, pág. 138

<sup>16</sup> Art. 264 bis Cód. Civ.: “Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aún cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad.

<sup>17</sup> Art. 264 inc. 5º Cód. Civ.: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los 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.

Su ejercicio corresponde:

5) en el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si conviven, y en caso contrario a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional o judicial, o reconocida mediante información sumaria;”

<sup>18</sup> Art. 264 ter Cód. Civ.: “En caso de desacuerdo 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. El juez podrá, aún de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de 2 años.”

<sup>19</sup> CNCiv., Sala G, 9/5/90, LL, 1990-E-167

<sup>20</sup> CNCiv., Sala C, 4/3/82

<sup>21</sup> Art. 247 Cód. Civ.: “La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.”

<sup>22</sup> Art. 264 inc. 6º C.C.: “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.

Su ejercicio corresponde:

6) a quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.”

<sup>23</sup> Debe tenerse en cuenta que en nuestro sistema la determinación de la maternidad está prevista en el artículo 242 Cód. Civ.

<sup>24</sup> Texto según ley 23.264.

<sup>25</sup>Arts. 389 y concs. Cód. Civ.

<sup>26</sup>MENDEZ COSTA, María Josefa, *Bienes de los hijos menores; administración, disposición, usufructo*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1987, pág. 45.

<sup>27</sup>Art. 309 Cód. Civ.: “El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los arts. 15 a 21 de la ley 14.394. También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el art. 152 bis, incs. 1 y 2, hasta que sea rehabilitado y en los supuestos establecidos en el art. 12 del Código Penal.

Podrá suspenderse el ejercicio de la autoridad en caso de que los hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. La suspensión será resuelta con audiencia de los padres, de acuerdo a las circunstancias.”

<sup>28</sup>Texto según ley 10.903

<sup>29</sup>Cám. Penal Rosario, Sala II, 8/7/85, J.A., 1986-II-264.

<sup>30</sup>Art. 152 bis Cód. Civ.: “Podrá inhabilitarse judicialmente:

1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

<sup>31</sup>Art. 12 Cód. Penal: “La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de bienes y del derecho a disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.” (el subrayado es nuestro)

## BIBLIOGRAFÍA

AXELRUD de LENDNER, Rosa M. y otros, Patria potestad y reformas al Derecho de Familia en Revista del Notariado 806 págs. 1823-1869

ARMELLA, Cristina Noemí, Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de Cincuenta Años de Jurisprudencia Agrupada y Anotada, Bs. As., Ed. Ad. Hoc, 1998, Tomo II

BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Bs. As., Ed. Depalma, 1996, 6ta. edición, Tomo I

BELLUSCIO, Augusto, C.- ZANNONI, Eduardo A., Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Bs. As., Ed. Astrea, 1979, Tomo II.

BUERES, Alberto J.- HIGTHON Elena I., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Bs. As., Ed. Hammurabi, , 2005, 2da. Reimpresión, Tomo 1B

CIFUENTES, Santos-SAGARNA, Fernando, Código Civil. Comentado y anotado, Bs. As., Ed. La Ley, 2003, Tomo I

CURSACK, Eduardo V., “Incapaces e inhabilitados como sujetos negociales y sus representantes legales...” en Revista Notarial 929 pág. 213

GATTARI, Carlos N., “La ley 23.264 sobre reforma de la patria potestad. Su repercusión en las escrituras” en Revista del Notariado 803 págs. 973-985