

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA MUJER Y EL DERECHO DE PATRIA POTESTAD SOBRE SUS HIJOS(*) (1022)

MARTA E. GOLDFARB y FLORA M. de KATZ

SUMARIO

I. Introducción. - II. Evolución histórica. - III. Régimen argentino: definición, caracteres y sujetos. - IV. Legislación comparada. - V. Conclusiones.

"Nada revela mejor la singular posición de la mujer en la historia que el hecho de que pueda hablarse de una historia de la mujer. Si empleáramos los términos de «Historia del hombre... en la Edad Media» notaríamos sin tardar lo sorprendente de esta expresión. La historia universal es la historia de los hombres y de su evolución. Sólo como un accidente aparece la mujer y la historia de su evolución".
Enrique Finke. La mujer en la Edad Media (1912).

I. INTRODUCCIÓN

El Año Internacional de la Mujer y nuestra particular vocación por el derecho nos estimuló a tratar este tema, con lo cual no pretendemos hacer una exégesis profunda del mismo, sino que aspiramos solamente a que la materia sobre los derechos de la patria potestad de la mujer sobre sus hijos sea modificada legislativamente otorgándole a ésta el ejercicio de este derecho conjuntamente con el padre.

En el devenir histórico la situación jurídica de la mujer en la sociedad ha tenido caracteres definidos y permanentes, ya nos ubiquemos en el derecho romano, época carolingia, derecho feudal y de la burguesía, en el ancien Régime o en la Revolución Francesa.

Las proyecciones prácticas no conciben con las teorizaciones sobre el tema. La puissance du mari, si bien presenta limitaciones, se mantiene más o menos firme a través de los distintos períodos históricos. La Revolución Francesa, que consagró la igualdad de todos los hombres, no la admitió entre el hombre y la mujer, y en consecuencia el legislador no la favoreció. Lo que ocurre es que, en general, las comunidades familiares dominadas por sentimientos afectivos por sobre intereses

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

familiares, han evolucionado en cuanto al concepto de la familia mucho más que los Códigos y las leyes, produciéndose en consecuencia un desfase total entre la realidad social y el derecho que la regula. De ahí que sea conveniente que el jurista busque actualizarse y que la norma, de tiempo en tiempo, se sumerja en la vida o sea en la realidad contemporánea para ver cómo la vida se la devuelve. Los hechos que se producen en los grupos familiares requieren ser estudiados y dirigidos para arbitrar, dentro del ámbito del derecho, soluciones de justicia, que a veces están vinculadas con intereses patrimoniales y otras con la sensibilidad de los protagonistas de los conflictos planteados. Las reformas de las leyes no pueden ser nunca eficaces si son el resultado de elaboraciones de gabinete apartadas de las líneas trazadas por la vida en grupo, es decir, de la vida social del momento.

La mujer ha sido excluida del ejercicio del derecho de patria potestad, y esta exclusión subsistente en numerosas legislaciones, es un antiguo resabio de la inferioridad jurídica de la mujer; ella tiene una verdadera *capitis diminutio*, y esto se deriva de que en determinados períodos históricos ha habido un predominio de lo masculino, sea en el arte, en la ciencia, en la industria, en el comercio, y ha sido siempre el hombre quien ha tenido un rol protagónico en estas manifestaciones; si bien tenemos que aceptar con irrefutable evidencia que esta situación está llegando a su fin y la mujer ha ingresado en nuestro siglo igualando sus derechos respecto del hombre, quien hasta ahora monopolizaba toda actividad.

La diferencia de sexos no implica inferioridad de ninguno de ellos y en particular con relación a su carácter de padres impone una actividad coparticipada, debiéndose consagrar como situación de hecho y de jerarquía primordial la importancia de la madre en la familia y no solamente en el cuidado y educación del hijo.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Es muy difícil establecer cuál ha sido la situación de la mujer en su función de madre a través de la Historia del derecho, ya que éste no siempre consagró normas que le otorguen a la madre el ejercicio de derechos en relación a sus hijos.

Castán Vázquez encuentra en las costumbres, en el derecho, en la historia, en la literatura, en el teatro como espejo de costumbres, la evolución de los derechos de la mujer; pero lo que ocurre generalmente es que, ya sea en la ciencia o en el arte, la mujer ha permanecido silenciosa para la historia. La tendencia moderna trata de reconocer los derechos maternos observándose una ampliación de la "patria potestad". Para muchos sociólogos, es un hecho incontrovertido que las sociedades primitivas fueron durante un largo período de filiación uterina, y la determinación de la familia se hacía a partir de la madre, quien era el núcleo del grupo familiar. La autoridad sobre los hijos pertenecía a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

madre, aunque no era ejercida habitualmente por ella, encontrándose testimonio de esta modalidad en Herodoto, Diodoro de Sicilia, entre los licios, los egipcios, los griegos y los antiguos germanos, así como aún hoy se lo puede observar entre pueblos primitivos como los naires⁽¹⁾(1023) que no conocen al padre y pertenecen a la madre, y los tauregs⁽²⁾(1024) cuya posición en la tribu es determinada por la madre. El matriarcado se impuso como consecuencia de la promiscuidad sexual que determinó la incertidumbre o desconocimiento de la paternidad. Esta tesis no es absoluta, pues podría ser que el matriarcado fue un fenómeno aislado, pero una fase obligada de la historia de la familia.

En tiempos históricos la familia es patriarcal, la madre y el hijo se hallaban sometidos al padre. En el derecho hebreo, como en el de los demás pueblos antiguos, se impuso ese sacrificio de la personalidad de la mujer madre, si bien con posterioridad y en forma paulatina se fue favoreciendo los derechos de ella limitando los del jefe de la familia. Antes de la aparición de las Tablas de la Ley (ley mosaica) el padre era juez, sacerdote y señor de la vida y de los bienes de sus hijos. Moisés respetó la autoridad del padre, pero la limitó, tendencia seguida por los doctores talmúdicos. El Talmud es esencialmente casuista al consagrar los casos de autoridad del padre sobre el hijo. El Tratado Kidushin (fol. 29) establece los deberes de los padres para con los hijos y para consigo mismo. En el derecho musulmán la condición de la mujer es en general inferior a la del hombre. En el período preislámico la mujer carece de derechos hereditarios y a la muerte del marido debe contraer nuevas nupcias con el pariente más próximo. La reforma de Mahoma mejora bastante su situación, adquiriendo derechos, aunque en la realidad su situación afectiva dentro de la familia era más favorable que lo que puede surgir del derecho escrito. En el período islámico del derecho musulmán la patria potestad era compartida por el padre y la madre; esta coparticipación está establecida en la Hadana, institución que regula la tutela ejercida por la madre para procurar a los hijos los cuidados necesarios. Esta institución, de origen tradicional, constituye un interesante ensayo para coordinar los derechos del padre y de la madre sobre los hijos. El derecho romano no otorgó a la mujer participación en el derecho de patria potestad; la potestad es del padre pues la madre está ubicada en la misma situación de los hijos. Tanto en el matrimonio cum manus como en el sine manus, la madre no tiene ningún rol, y toda la familia está nucleada en el jefe o sea en el padre, el pater familia. En la realidad, la situación jurídica de la madre fue modificándose con la evolución del derecho romano; en el Imperio se le reconocen a la mujer una serie de derechos y en el período justiniano, la madre interviene en alguna medida en el ejercicio de la patria potestad.

En el derecho germánico la patria potestad es ejercida por la madre en caso de ausencia del padre y en coparticipación con él, haciendo recaer el poder paternal sobre la madre y el padre conjuntamente.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

III. RÉGIMEN ARGENTINO: DEFINICIÓN, CARACTERES Y SUJETOS

La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado. Esta figura jurídica fue definida dentro de estos términos por nuestro codificador Vélez Sársfield en el art. 264, Libro I, Sección II, Título III del Código Civil(3)(1025).

La patria potestad es un derecho personal, indelegable, intransferible, no es perpetuo ya que termina con la emancipación del hijo, pero el titular del mismo puede, frente a ciertas situaciones, ser privado de su ejercicio. La patria potestad se concede en interés de los hijos, y los derechos que surgen de la misma son un medio de protección del menor y no pueden ejercerse arbitrariamente. Es un derecho de orden público y no puede renunciarse; en consecuencia son nulas las convenciones que tienen por objeto modificar sus normas legales. Es un derecho personalísimo y no puede ser delegado, excepto cuando se dan circunstancias que así lo justifiquen; es unipersonal e indivisible.

a) Patria potestad de los hijos matrimoniales

El art. 264 del Código Civil establece que el derecho de patria potestad de los hijos legítimos corresponde a ambos padres, siendo a cargo de ambos la crianza, enseñanza y educación del menor, pero es el padre el que ejerce la representación legal del hijo y quien tiene a su cargo el usufructo de sus bienes. Es decir, 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. Es interesante subrayar los casos en que se inician juicios de divorcio, casos en que el ejercicio de la patria potestad se limita, quedando en manos de los jueces, quienes ordenan las medidas más convenientes a los hijos menores del matrimonio, otorgando la tenencia del hijo a aquel de los padres que resulte más apto para educarlo.

Cuando se interrumpe la convivencia del matrimonio ya sea por divorcio o nulidad del mismo, el juez, tomando en cuenta el interés de los hijos dispondrá que en el futuro vivan con el padre o con la madre. La función educativa y protectora propia de la patria potestad es ejercida por la madre, y la función del padre quedará limitada al deber de representación del hijo y administración de sus bienes. En estos casos el juez puede impedir que el hijo sea llevado por uno de los padres a un lugar fuera de su jurisdicción (art. 209, Cód. Civil)(4)(1026). Si el hijo fuere menor de cinco años, la tenencia del mismo es atribuida a la madre en caso de divorcio, pero es el padre quien ejerce el derecho de patria potestad, si bien debe ejercerlo de manera tal que no dificulte las funciones confiadas a la madre.

La conservación de la patria potestad es punto sumamente controvertido. En el supuesto de que la tenga uno u otro de los padres y pudieran llegar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a perderla por algún motivo sobreviniente, es evidente que en ese caso debe ser otorgada a aquel de los padres que justifique mejores aptitudes y medios para educar al hijo, pero no deberá quitársela a uno para otorgársela a otro de mejor situación económica, porque sería una solución sin duda injusta.

Los padres pierden el ejercicio del derecho de patria potestad si no cumplen respecto de sus hijos con las obligaciones de manutención y alimentación (por aplicación analógica del art. 76 de la Ley de Matr. Civil 2393). Es conveniente aclarar que una cosa es pérdida de la patria potestad y otra, suspensión del ejercicio de la misma. Pérdida es la contemplada en el art. 308, y suspensión, la establecida en el art. 12 del Código Penal, caso en que el padre haya sido condenado a pena de prisión o reclusión por más de tres años. Hay ciertos casos graves en los cuales el juez resuelve privar a los progenitores del ejercicio de la patria potestad de sus hijos: a) Cuando los padres del menor cometen delitos tanto contra la persona, como contra los bienes de él - b) por abandono de los hijos menores por parte de sus padres; c) cuando los padres dan a los hijos consejos inmorales o estimulan en ellos un peligro material o moral (art. 307 Cód. Civil)(5)(1027).

Cuando la conducta de los padres no es tan grave no le impone la pérdida del derecho de patria potestad, sino solamente la pérdida de su ejercicio. El art. 308 establece que pierden el ejercicio de la patria potestad los padres que hubieren sido condenados por delitos graves o que hubieren sido condenados en distintas oportunidades, lo que demostraría que se trata de delincuentes profesionales o peligrosos. En cambio habría privación temporaria, si alguno de los padres hubiere sido condenado a prisión o reclusión por más de tres años (art. 12 Cód. Penal).

Son causales de suspensión del ejercicio del derecho de patria potestad: a) ausencia del padre, desconociéndose su paradero, antes de la reforma de la ley 10903 decía "ignorándose su existencia": b) incapacidad mental del padre, como consecuencia de la sentencia que lo declaró interdicto; levantada la interdicción, recupera el padre el ejercicio del derecho e) cuando el hijo es adoptado por un tercero, pues en este caso transfiere la patria potestad al adoptante (art. 14 ley 18252); si fallece el adoptante o se revoca la adopción, los padres recuperan la patria potestad sobre el hijo; d) cuando el trato es excesivamente duro, o cuando incurre en ebriedad consuetudinaria, conducta incorrecta o negligencia que pone en peligro la seguridad, salud o moralidad de los hijos.

Es interesante recordar que la ley 10903 modificó el art. 264 introduciéndole dos novedades: a) el ejercicio del derecho de patria potestad no consiste solamente en el conjunto de derechos, sino que agrega también "y obligaciones"; b) la patria potestad corresponde a los padres legítimos y a los naturales.

La ley 21182, recientemente vetada, modificaba el art. 264 del Cód. Civil, otorgando el derecho del ejercicio de la patria potestad de los hijos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

matrimoniales, en forma indistinta a la madre o al padre. En caso de divorcio o separación de hecho, el ejercicio de este derecho correspondía a aquel de los padres a quien se le hubiere otorgado la tenencia provisoria o definitiva del menor.

b) Patria potestad de los hijos extramatrimoniales

A partir de la sanción de la ley 14367, existen hijos matrimoniales y extramatrimoniales, quedando incluidos dentro de esta última categoría los naturales, adulterinos e incestuosos. Los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales por el momento del nacimiento y no por la época de su concepción.

El art. 264 dice que la patria potestad de los hijos naturales corresponde a la madre en primer término, correspondiéndole subsidiariamente al que lo reconozca o aquel que haya sido declarado su padre o su madre. El art. 2º de la ley 11357 establece que la patria potestad del hijo natural la tiene la madre con los mismos derechos que la legítima, y que la tendrá también el padre que voluntariamente lo hubiere reconocido. El reconocimiento puede ser hecho por el padre o la madre, en forma conjunta o separada, pero ese reconocimiento es irrevocable (art. 2º ley 14367). El art. 6º de la ley 14367 estatuye que el hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de los progenitores adquiere su apellido o el de aquel que lo hubiere reconocido o el de aquel que hubiere sido declarado judicialmente su padre o su madre. La ley 18248 que modificó la ley mencionada en último término dispone que el hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido.

Si fuere reconocido por ambos padres simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre pero podrá agregar el de la madre.

Si el padre lo reconoció con posterioridad a la madre, podrá con autorización judicial mantener el apellido de ellas si lo conocieren en general por ese nombre; aunque podrá con autorización judicial optar dentro de los dos años de haber cumplido 18 años o de haberse emancipado o del reconocimiento del padre si fuese posterior.

La vetada ley 21182 modificaba el artículo 264 contemplando expresamente el caso de los hijos extramatrimoniales cuyos padres son menores de edad no emancipados, situación en que la patria potestad hubiese sido ejercida por el padre o la madre de los menores que ejercieren la patria potestad de ellos o por su tutor; y estas personas continuarían ejerciendo este derecho aunque uno de los progenitores alcanzare la mayoría de edad o se emancipara.

c) Patria potestad de los hijos de la mujer viuda

El artículo 308 del Código Civil en su última parte prescribe que la mujer viuda que contrajere nuevas nupcias pierde el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos de su anterior matrimonio. Borda considera que esta norma se justificaba en la época en que se dictó el Código Civil, dada la particular situación de incapacidad y dependencia en que se encontraba la mujer. Llama la atención que Vélez Sársfield haya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consagrado una disposición así, en total contradicción con la nota al art. 305, tomado a su vez del art. 168 del Proyecto de Goyena. La ley 10903 introdujo al art. 308 in fine una modificación importante, pues dispone que si la mujer viuda contrae nuevas nupcias pierde la patria potestad de sus hijos, pero si vuelve a enviudar la recupera. La ley 11357, de los Derechos Civiles de la Mujer, mejoró notablemente su situación, y consecuentemente la de la viuda, al establecer que la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado civil, goza de plena capacidad.

El art. 3º de la ley 11357, en el inc. 1º dispone que la mujer casada mayor de edad, conserva y ejerce la patria potestad de los hijos de un matrimonio anterior(6)(1028)

El decreto - ley 17711/68 terminó con las dudas que pudieren surgir de la ley, al establecer que la mujer mayor de edad cualquiera sea su estado tiene plena capacidad civil, derogando así los arts. 3º, 4º, 7º y 8º que eran objeto de confusas interpretaciones. En consecuencia la mujer viuda conserva la patria potestad de sus hijos aunque contrajere nuevas nupcias; así lo interpretan Borda, Salas y Falbo, si bien el art. 308 in fine consagra la situación inversa. La ley 21182 en su art. 29 derogaba el segundo párrafo del referido artículo 308 in fine, con lo cual la mujer viuda conservaba la patria potestad de los hijos de su anterior matrimonio. Como consecuencia de haber sido vetada esta última ley, rige la disposición anterior.

IV. LEGISLACIÓN COMPARADA

Países Latinos

Francia

En las regiones francesas de droit coutumier y antes de la sanción del Código Civil, la patria potestad era ejercida conjuntamente por el padre y la madre, siguiendo en esto los principios del derecho germánico. En estas regiones el derecho romano del poder paterno fue difícil de imponer pues en pays de droit coutumier puissance paternelle n'a lieu, principio que también se encuentra en Aragón, pero que no debe interpretarse como que la patria potestad no existiese, sino que se la entendía en forma diferente a como se la entendía en Roma. Las costumbres de Charles Vitry o Chateau - neuf Beaumanoir señalan la existencia de la patria potestad ejercida por ambos en igualdad de condiciones. La costumbre Beaumanoir dice: Père et mère ont leurs enfants en leur garde... La mujer representa a la familia y cuida sus tradiciones; una costumbre de Bretaña dice: Femme si doit garder le feu, l'ostel et les enfants. La madre conjuntamente con el padre dan el consentimiento para el matrimonio de los hijos, o puede iniciar acción cuando el padre quiere dar al hijo una educación que no está de acuerdo con la jerarquía de nacimiento del hijo. El Código de Napoleón adoptó la corriente del derecho romano, desfavorable a la madre y el derecho coutumier favorable a ella. El 3 de enero de 1972 se dictó la ley 723 por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la cual se reforma la ley de filiación, la que presenta una modificación importante al consagrar la igualdad de los hijos, no habiendo más diferencias entre hijos naturales o hijos de un casamiento anterior, reforma que afecta las normas sobre sucesión.

España

Algunos autores han creído encontrar en el derecho privado español vestigios de matriarcado que probablemente hayan llegado a la península con los celtíberos y su primitiva legislación; por otra parte, otros autores consideran estas teorías un tanto aventuradas dado los elementos que se tienen en cuenta para su enunciación. Se encuentran fundamentos de autoridad conjunta en el derecho consuetudinario de la España goda, cuando los padres debían dar consentimiento para el matrimonio de los hijos. Lo que probablemente haya ocurrido es que el derecho germánico haya dejado su impronta. La patria potestad conjunta y solidaria se observa en la España medioeval, modificando el esquema romano y surgiendo de los fueros municipales; así el castellano. el aragonés del siglo .XII al XV y sobre todo el de Cuenca Teruel. que crea la patria potestad conjunta y solidaria, si bien en algunos casos de fallecimiento de uno de los padres o de ambos, crea la pater parental. Es difícil llegar a saber cómo en el derecho español hubo patria potestad conjunta. Rafael de Ureña sostiene que su aparición está determinada por la influencia del derecho musulmán, ya que el elemento islámico tuvo gran influencia en el derecho español y tiene rasgos de semejanza con el derecho germánico. y aunque los musulmanes no impusieron su religión y su derecho a los pueblos que habitaban en España, éstos recibieron su influencia que volcaron en los Fueros de los Municipios.

En el siglo XIII y por influencia del derecho romano desaparece la patria potestad conjunta, y al unificarse el derecho se le dio a la madre la patria potestad subsidiaria, y así la consagró el Código Civil disposición muy criticada y atacada de antifeminista, y al decir de J. Hospital Rodes (Cien crónicas forenses, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, 1.16): "Viejo Código éste, injusto y vejatorio para la mujer. De origen fundamentalmente napoleónico, Bonaparte vació en él sus querellas con Josefina y María Luisa". Osorio y Gallardo, autor que siempre defendió la patria potestad conjunta, ha referido casos en que habiendo sido abandonados los hijos y la mujer por el marido, siguen éstos ejerciendo la patria potestad, o cuando habiendo diferencias entre cónyuges. el marido puede tomar decisiones que llegan a ser, a veces, arbitrarias (Cartas a una muchacha, sobre derecho civil). Castán Vázquez considera que el art. 154 del Código Civil no es justo ni satisfactorio. Propugna la reforma legislativa de la referida norma, consagrando la participación de la madre junto con el padre en el ejercicio de la patria potestad y previendo alguna solución en caso de desacuerdo. Ureña hizo la apología de la patria potestad conjunta, tradición de la España medioeval y reflejo de la comunidad de vida entre marido y mujer. Sánchez Román está dentro de la misma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tesitura y De Diego piensa que la patria potestad no debe ser ejercida ni por el padre ni por la madre, sino por ambos en forma conjunta, opinión sostenida también por Puig Peña. Castán Tobeñas sostiene que la patria potestad de la madre está regulada en el Código Civil con trazos menos progresistas que en el derecho alemán.

Países germánicos

Suiza

El Código de 1907 reconoce en forma expresa la patria potestad conjunta del padre y de la madre; en caso de diferencias otorga al padre la facultad de decisión. Si fallece uno de los cónyuges, este derecho corresponde al supérstite, y si hubiere divorcio, el derecho es ejercido por aquel de los cónyuges a quien se le entregare la tenencia de los hijos.

Alemania

Si bien no se desconoce la patria potestad paterna, el derecho nunca habló de patria potestad de la madre, y en el caso de fallecimiento del padre, la madre podía llegar a ser tutora si ofrecía ciertas garantías. En el derecho actual la madre tiene el derecho de patria potestad en defecto del padre, pero no participa en el ejercicio conjunto. Estas normas han sido criticadas por civilistas alemanes partidarios del ejercicio conjunto. Las constituciones de Alemania, la República Federal y la República Democrática consagran la igualdad de los hombres y mujeres y el goce de los mismos derechos.

Países socialistas

URSS

La patria potestad es una de las instituciones del derecho de familia que se modificó como consecuencia de la revolución de 1917. Los Códigos soviéticos de la familia, de 1918, han legislado sobre algunas relaciones entre padres e hijos para favorecer a estos últimos, apareciendo la madre con iguales derechos que el padre, siendo resueltas todas las cuestiones por ambos, y si hubiere desacuerdo lo resolverá el Tribunal local con participación de los padres. El Código de la Familia de 1926 siguió la misma orientación; y la Constitución de 1936 reconoce en el aspecto económico, público, cultural y político iguales derechos a la mujer y al hombre. El Código de la Familia de 1944 derogó al de 1926 suprimiendo o limitando algunas normas que se habían dictado en la época de la revolución, pero los derechos de la madre subsisten, y Hazard ha hecho notar que, a través de decisiones judiciales, se prefiere el hogar dirigido por la madre. El Soviet Supremo aprobó en 1968 los Fundamentos de la Legislación de la URSS y de las repúblicas federadas, en los cuales las normas relativas al matrimonio y a la familia son establecidas expresamente; de acuerdo con estos Fundamentos se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

renovó toda la legislación de familia, y en el curso de los años 1969 y 1970 se promulgaron nuevos códigos de matrimonio y de la familia. En los referidos Fundamentos se establece que el padre y la madre tienen iguales derechos y deberes con respecto a sus hijos, que ninguno tiene supremacía sobre ellos y que las cuestiones relacionadas con los hijos deben ser resueltas de común acuerdo, así lo relativo a la educación y la institución en que la misma debe ser impartida. En los casos en que los padres no pudieren ponerse de acuerdo, el conflicto deberá ser resuelto por un órgano de tutoría o de curadoría o por vía judicial. En caso de que los padres no vivan juntos por haberse divorciado o por otras causas, deberán determinar de común acuerdo con quién de ellos vivirá, y si no consiguiesen ponerse de acuerdo, se resolverá judicialmente. De los derechos de padres pueden ser privados tanto el padre como la madre, por violación sistemática de los deberes a su cargo. En el caso de que ambos sean privados del ejercicio de la patria potestad, los hijos son entregados a órganos de tutoría o curadoría. Como consecuencia de esta privación, los padres pueden perder el derecho de educar al hijo y los derechos que pudieren corresponderles en los bienes del hijo, no correspondiéndoles prestación de alimentos. Aunque los padres sean privados de la patria potestad, igualmente deben sostener a los hijos, siendo ésta la obligación más importante, deber moral y jurídico al mismo tiempo. No pagar alimentos a los hijos es considerado conducta ilícita y antisocial y pasible de sanciones, perdiendo el derecho de heredar a los hijos.

Yugoslavia

La legislación de este país es favorable a los derechos de la madre, y la ley de 1947 proclama la igualdad del marido y la mujer con relación a los hijos.

Austria

El Código Civil establece la potestad del padre sobre los hijos menores. En 1926 adoptó el suizo, y en especial lo referente a patria potestad.

Polonia

El Código Civil de 1825 adoptó la patria potestad conjunta con decisión del padre en caso de desacuerdo. En el año 1946 se dictó la Ley de Derecho de Familia, en la que se estableció la igualdad entre el padre y la madre en cuanto al ejercicio de los derechos paternos.

Países escandinavos

La patria potestad es ejercida por ambos padres, y en caso de resolver la educación del menor, deberán ponerse de acuerdo, y si surgieren

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conflictos, deberá recurrirse a la autoridad

Países Latinoamericanos

México

El Código de 1928 dispone que la madre participa en el ejercicio de la patria potestad, es decir, ésta es conjunta. Si el hijo es extramatrimonial, pero los padres viven juntos, ambos ejercen conjuntamente la patria potestad. El ejercicio de este derecho corresponde primero a los padres, luego a los abuelos paternos, y a falta de éstos, a los maternos. Si son hijos nacidos fuera del matrimonio, la patria potestad corresponde al padre que lo reconoce, y si no viven juntos, al que resuelva ejercerla; si no hubiere acuerdo, resuelve el juez. En 1953 se reformó el Código Civil, quitándosele al hombre, padre o abuelo, que ejerciere la patria potestad en el cargo de administrador de los bienes del menor, esa función; el administrador debe ser designado de común acuerdo, pudiendo recaer el nombramiento en la madre o en la abuela en su caso, subsistiendo la obligación de pedir autorización al otro cónyuge para los actos de administración.

Uruguay

En 1946 se promulga una ley que establece que el hombre y la mujer tienen igual capacidad civil y ejercen la patria potestad conjuntamente sin perjuicio de las decisiones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o le confieran a algunos de ellos o a otra persona. En el caso de que los menores tuvieran bienes, los cónyuges decidirán cuál será el que ejerza la administración de los mismos. Uno de los cónyuges podrá solicitar la intervención del juez letrado de menores para prevenir o corregir actos o procedimientos del otro que considere perjudiciales para la persona o bienes del menor; estas disposiciones rigen también para los casos de hijos naturales reconocidos por el padre y la madre. Tanto la ley francesa como la española se pronuncian a favor del padre, si bien la uruguaya entrega al juez la decisión del conflicto.

Países del Common Law

Gran Bretaña

El derecho inglés no emplea la expresión patria potestad sino el de tutela o curadoría (guardianship). Las leyes sobre la tutela han evolucionado notablemente; en su origen tenían carácter patriarcal y feudal, pero al abolirse las formas feudales de posesión en 1660, estas leyes también se modificaron estableciéndose la igualdad de derechos para la mujer y el hombre, modificaciones que se concretaron en los años 1886 y 1925. La legislación inglesa no se basa en los derechos del padre o de la madre sino en los intereses del hijo. Durante la vida del hijo, aquél tiene la guarda del menor, y a su muerte, la ejerce la madre sola o en colaboración con un tutor designado por escritura o por testamento del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

padre o por el Tribunal.

En Estados Unidos, el régimen de la patria potestad sigue los mismos lineamientos que en Gran Bretaña.

V. CONCLUSIONES

1º) La corriente legislativa del derecho moderno tiende a que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos padres, y si bien dentro de nuestro régimen jurídico y en la faz jurisprudencial ha habido excepciones a la norma del artículo 264, éstas han sido muy limitadas, y se impone sin lugar a dudas una modificación de la ley de fondo, consagrando expresamente el ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores. La reciente ley 21182, sancionada el 30 de setiembre de 1975 y ya vetada, establecía el ejercicio indistinto de este derecho, tesis que no compartimos.

2º) La ley que reformaba los artículos 264 y 308 in fine del Código Civil, si bien era un avance de la legislación en cuanto al reconocimiento de los derechos de la mujer, creemos que su funcionamiento hubiera generado grandes problemas. Al permitir que ambos padres ejercieran el derecho de patria potestad en forma indistinta, hubieran surgido dificultades en aquellas familias en que las relaciones del matrimonio fueren conflictivas, a pesar de lo cual cualquiera de ellos, y sin la autorización del otro y burlando su buena fe, hubiera podido llevarse al hijo menor de edad fuera del país sin que el otro cónyuge pudiera oponerse.

3º) Consideramos que el derecho de patria potestad de los hijos de padres divorciados, debería ser ejercido por quien tuviere la tenencia provisoria o definitiva del menor.

4º) Compartimos la derogación al artículo 308 in fine, pues la redacción del Código da lugar a interpretaciones contradictorias, a pesar de la orientación unánime de la doctrina.

No es posible admitir que, aún hoy, ja mujer viuda siga sometida y privar a la madre de ejercer un derecho tan primordial por el solo hecho de volver a casarse. De ahí que abogamos por que en un pronto término se derogue este párrafo del mencionado artículo 308 que suscita tantas interpretaciones contradictorias, con vistas a que la mujer viuda conserve el ejercicio del derecho de patria potestad de los hijos de su anterior matrimonio, aunque contrajere nuevas nupcias.

Por todo ello es que propiciamos la reforma legislativa, que deberá contemplar las siguientes situaciones:

a) Hijos matrimoniales y los padres viven juntos: la patria potestad debe ser conjunta.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Hijos matrimoniales y los padres están divorciados: la patria potestad debe ser ejercida por quien tenga la tenencia provisoria o definitiva del menor.

c) Hijos extramatrimoniales y los padres viven juntos, habiendo reconocido ambos al hijo: la patria potestad será conjunta.

d) Hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos y los padres viven separados: el ejercicio de la patria potestad deberá ser ejercida por aquel de los progenitores con quien viva el menor.

e) Hijos extramatrimoniales reconocidos sólo por uno de los padres con quien vive el menor: la patria potestad debe ser ejercida por ese progenitor.

f) Hijos extramatrimoniales reconocidos voluntariamente por uno de los padres y forzosamente por el otro: la patria potestad será ejercida por aquel que lo hubiere reconocido voluntariamente y a cargo de quien estuviere el mismo

g) Hijos de madre viuda: ésta tiene siempre la patria potestad de los hijos de su anterior matrimonio y la conserva aunque contrajera nuevas nupcias.

5º) La reforma debería prever la intervención de los Tribunales de Menores en caso de desacuerdo o abuso de derecho, en cuyo caso el juicio sería sumarísimo.

6º) La salud de los hijos depende en gran medida del rol que el padre y la madre tengan, ambos en forma conjunta, dentro de la familia; una ley cuyo objeto son los menores de edad no debe tender a simplificar trámites, debe asegurar ciertos derechos esenciales del menor y estos derechos - obligaciones deben ser ejercidos por el padre y la madre en forma conjunta, debiendo ambos asumir la responsabilidad frente a los hijos, quienes necesitan una imagen de unidad y no de división de la figura matrimonio - pareja - padres. La realidad que aprehendimos a través de nuestro quehacer notarial y el valioso aporte de ciencias interdisciplinarias nos llevan a sostener nuestra tesis.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Gutiérrez: Panorama del derecho mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.

Belluscio, Augusto César: Nociones de derecho de familia, t. VII, Librería Omeba, 1972.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- Borda, Guillermo A.: Tratado de derecho civil argentino. Familia, vol. II, Editorial Perrot, 1973, 5º ed. actualizada.
- Castán Vázquez, José M.: La participación de la madre en la patria potestad, Imprenta Mas, Madrid, 1957.
- Goldstein, Mateo y Ossorio y Florit, Manuel: Código Civil y leyes complementarias anotadas y comentadas, t. I, Librería Omeba, 1963.
- Rébora, Juan Carlos: Instituciones de la familia, t. IV, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1947.
- Salas, Acdeel E.: Código Civil anotado, t. I, Editorial Depalma, 2ª ed. actualizada, 1971
- Sedugün, Piotr: Matrimonio y familia en la U.R.S.S.; la nueva legislación soviética. Tercer Congreso de Derecho Civil, t.II, 1961.

LEY DE SOCIEDADES **COMERCIALES**

FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES(*) (1029)**

FERNANDO H. MASCHERONI

Ha dicho con mucho acierto el señor Presidente del Colegio, que me siento un amigo de esta casa, donde he tenido la gran satisfacción - cuyo recuerdo guardo - de haber dictado el primer curso en el país sobre la ley de sociedades y que comenzó, precisamente, el mismo día en que se promulgara esa ley. Esa satisfacción, y ese privilegio los debo también al Colegio y al Instituto de Cultura Notarial.

Antes que nada, quiero aprovechar esta ocasión para felicitar a la Revista del Notariado y muy especialmente a su director, el doctor Pelosi, a quien, evidentemente, se le debe en forma fundamental el éxito y la alta calidad intelectual y profesional de esa publicación.

Vamos a ocuparnos hoy de un tema que, además de presentar un indudable interés general desde el punto de vista puramente técnico, ofrece aristas o ribetes que lo hacen excepcionalmente interesante en la aplicación profesional de todos los días, y también porque ha dado lugar - en ciertos aspectos de su aplicación - a opiniones encontradas o polémicas sobre el alcance que, en ciertos supuestos, puede tener la facultad de los administradores de las sociedades mercantiles.

A modo de advertencia preliminar, quiero especificar que al hablar de los administradores de sociedades mercantiles, vamos a hacerlo con especial referencia a los administradores de los tipos societarios más evolucionados técnicamente, es decir, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones, por cuanto en estos tipos societarios se encuentra más diferenciado el órgano administrador, y sus funciones específicas, así como el estudio de los