

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(restablecimiento de la Justicia: perinorma y paz jurídica: endonorma), el escribano, como registrador primigenio a través del protocolo (7)(493), podrá ser siempre de gran utilidad para la judicatura.

IV. CONCLUSIONES

Hemos visto que nuestro derecho positivo, al organizar el régimen de las formalidades, ha consagrado a la fe pública en sus tres vertientes tradicionales: la judicial, la notarial y la administrativa.

Lo que algunos autores denominan fe pública registral no es sino una subespecie de la fe pública administrativa, de la que no carecen nuestros registros inmobiliarios, pues si bien no convalidan en la etapa inscriptiva (art. 4º, ley 17801), sí lo hacen en la faz certificante (art. 22, ley cit.). Por otra parte el opus del registrador es siempre un instrumento público (art. 979, inc. 2º, Cód. Civil), y la convalidación (presunción iuris et de iure) no se basa - a nuestro juicio - en la fe pública sino en la apariencia jurídica.

Examinamos también que, a veces, las tres clases de fe pública se superponen (como la notarial y la administrativa en las Escribanías Generales de Gobierno). De la misma manera pensamos que nada obsta a que la fe pública notarial pueda suplir o complementar a la fe pública judicial, con la que debe colaborar cuando no existen hechos controvertidos. En su concepción trialista la fe pública no forma espacios estancos sino intercomunicados y a veces reemplazables entre sí, lo que es posible cuando la ley no restringe la posibilidad de alternativa (art. 977, Cód. Civil). En consecuencia, la colaboración notarial con la judicatura no se limita a la elaboración del documento antilitigioso por excelencia, sino que tiene otras manifestaciones y puede avanzar aún más, como lo sostenemos en este ensayo.

Aunque sin ninguna economía procesal, la fe pública judicial puede subsumir a la notarial y, recíprocamente, muchas veces podrá el notario descongestionar la tarea judicial, ya sea en cuestiones de jurisdicción voluntaria, o simplemente ocupándose de la protocolización de piezas judiciales y de su inscripción, si correspondiere. En este supuesto habrá sí una verdadera economía procesal y además es reconocido el valor supletorio de la escritura pública cuando transcribe partes pertinentes de expedientes judiciales extraviados.

El escribano es el instrumentador por antonomasia. Casi siempre tiene que cumplir una previa tarea intelectual (asesoramiento, encuadre jurídico y redacción), por lo que necesita un alto nivel académico, pero también realiza una labor protocolizadora propiamente dicha (funcionarismo puro) y es en este aspecto de su quehacer cotidiano donde puede hacer mucho más de lo que hace por la comunidad a la que sirve.

PATRIA POTESTAD COMPARTIDA (*) (494)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RODOLFO E. OLIVÉ

Voy a referirme a un aspecto parcial de la reforma introducida a nuestra legislación civil por la ley 23264, sancionada el 25 de setiembre de 1985, promulgada el 16 de octubre y publicada en el Boletín Oficial el 23 del mismo mes; por lo tanto, de acuerdo con el artículo 2 del Código Civil, rige a partir del 1° de noviembre de 1985.

Expresada en números, la ley modifica 77 artículos del Código Civil, agrega tres nuevos artículos y deroga 61. Además, modifica un inciso y un artículo del Código de Comercio y cambia 7 artículos de 6 leyes. Finalmente, deroga totalmente la ley 14367, compuesta de 12 artículos.

La reforma es profunda, pues cambia sustancialmente el régimen de patria potestad, cuyo ejercicio pasa a ser compartido por ambos padres, con las variantes y distingos que ya analizaremos, y asimismo trata el régimen de filiación, cuyo aspecto más importante sería la equiparación de los derechos de los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales.

En esta exposición abordaré los aspectos de la ley vinculados con las modificaciones al régimen de patria potestad, considerando que este solo tema apenas si podrá ser esbozado en el tiempo que me he fijado, por lo que conviene acotar las pretensiones de esta charla: una apertura, un pantallazo, una introducción al estudio de este aspecto de nuestra legislación, que merecerá mejores analistas.

Puestos ya en el tema, quiero sin embargo formular - algunas aclaraciones liminares: la ley, al establecer el ejercicio conjunto, como ella dice, de la patria potestad, ha equiparado los derechos de la madre con el marido o padre de sus hijos, equiparación que como veremos no está circunscripta a este instituto, sino que correlaciona este mayor papel de la mujer con otras figuras, como la tutela y la curatela.

Este aspecto de la reforma ha suscitado algunos comentarios adversos. Uno, publicado en forma de solicitada en un diario de amplia difusión, lamenta que el Congreso "en 5 minutos, sin mandato de sus electores, aprobó un proyecto ateo demoledor de la familia" y con similar lenguaje afirma "que destituye al padre de su autoridad natural y derecho divino". Si esta solicitada pudiera obviarse, en razón de estar dictada por la pasión y la intolerancia, no es el caso de dos artículos publicados en una revista jurídica, uno de los cuales, al comentar esta ley, el autor lo titula: "Adiós a la familia", y en el otro se afirma: "No obstante, corresponde por ley natural al padre tomar la responsabilidad de la última decisión. El varón, como sexo fuerte, tiene la obligación de asumir el riesgo consiguiente. Y la mujer, como sexo más débil, se merece que su marido la proteja de ese modo" (sic.).

El análisis de este tema, que consiste en esencia en "redefinir el papel de la mujer en la sociedad actual", es apasionante, pero para no dejarme llevar por él, me limitaré a dos citas, una del propio Vélez Sársfield, en su siempre actual nota al artículo 305 del Código Civil, hoy derogado: "Esta era la marcha natural de la civilización, elevando, contra las más antiguas costumbres la condición de las madres de familia. El derecho ha marchado también, y acabará por ser reconocida en los países cultos la necesidad y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conveniencia de poner a la madre en sus relaciones de derecho, a la par del padre."

La otra pertenece a Juan XXIII, en su encíclica "Pacem in Terris", ... "Señales de los tiempos. 39. Tres son las notas características de la época moderna... 41. En segundo lugar viene un hecho por todos conocido: el ingreso de la mujer en la vida pública, más aceleradamente acaso en los pueblos que profesan la fe cristiana, más lentamente pero siempre en gran escala, en los países de civilización y tradiciones distintas. En la mujer se hace cada vez más clara y operante la conciencia de la propia dignidad. Sabe ella que no puede consentir en ser considerada y tratada como un instrumento; exige ser considerada como persona, en paridad de derechos y obligaciones con el hombre, tanto en el ámbito de la vida doméstica como en el de la vida pública."

No hay duda que si no se entiende el cambio profundo que a lo largo de este siglo ha experimentado la ubicación de la mujer en la sociedad, tampoco se comprenderá la razón de esta reforma. Esto no se corresponde con una moda o "novelería, no ha surgido de pronto, sino que constituye un largo y doloroso proceso, aún inconcluso. Para referirme únicamente a mi país, recordaré que a principios de siglo, más exactamente en 1901, Cecilia Grierson, la primera médica recibida en la Argentina, era la única mujer profesional que ofrecía sus servicios en una publicación de la época. Por entonces ya las mujeres ocupaban puestos en talleres y fábricas. En la década del 20 la mujer era vendedora en negocios y tiendas; empleada, mecanógrafa y secretaria en oficinas; estaba al frente de pequeños comercios o industrias; ya tenía su propio peculio, soltera o casada. Se hizo necesario sancionar una ley que corrigiera las limitaciones del Código, la número 11357 llamada de los derechos civiles de la mujer, en el año 1926. Y hubo que esperar hasta el año 1948 para que la ley 13010 estableciera sus derechos cívicos. Meditemos que hace menos de 40 años la mujer argentina no tenía derecho a elegir ni ser elegida salvo el caso aislado de San Juan en el orden provincial - . Hoy tenemos una vicegobernadora, diputadas, concejalas., Quién puede hablar seriamente de la inferioridad o debilidad de la mujer? Por consiguiente las modificaciones introducidas por la ley 23264 no hacen más que adecuar la legislación a la realidad. Lo dice Borda (Familia): "En la práctica la patria potestad se ejerce conjuntamente, el derecho tiende a reconocer la coparticipación de la madre en La patria potestad con lo que no se hace sino reflejar la realidad..."

También conviene desvirtuar la especie que la ley se sancionó a la ligera, sin mayor análisis. Estuvo precedida por los proyectos presentados durante el año 1981 por los siguientes legisladores: 1) diputado Maglietti; 2) diputado Pedrini; 3) diputada Riutort de Flores y otros; 4) diputada Guzmán; 5) diputados Maya y García; 6) diputada Gómez Miranda; 7) senadores Ménem y Sánchez; 8) senadores Amoedo y Saadi. Además del propio proyecto del Poder Ejecutivo, elaborado en la Secretaría de Desarrollo Humano y Familia. EL Diario de Sesiones correspondiente a la reunión del 21 de marzo de 1985 en la Cámara de Diputados refleja el debate suscitado con motivo de la consideración del proyecto emanado del PE

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pero no explica, por supuesto, los trabajos y discusiones en la Comisión de Legislación General. Lo mismo puede decirse de la sesión del 5 de setiembre de 1984 cuando la Cámara de Senadores consideró el dictamen de la Comisión de Legislación General referido a los proyectos de los senadores Ménem y Sánchez y Amoedo - Saadi. Allí pueden leerse, además de las intervenciones de los señores senadores, las actas de las reuniones previas a las que fueron invitados a expresar su opinión destacados juristas, como el doctor Augusto C. Belluscio, ministro de la Suprema Corte de Justicia, y los camaristas Eduardo A. Zannoni y Gustavo Bossert, como asimismo los dictámenes formulados por escrito por los doctores Daniel Hugo D' Antonio y María Josefa Méndez Costa, profesores de la Universidad Nacional del Litoral. En mi opinión personal, la ley recogió lo más valioso de los distintos proyectos.

Por qué he elegido la expresión "patria potestad compartida" para titular esta exposición? No es una simple inquietud semántica. Es cierto que la ley habla de ejercicio "conjunto", o mejor, "conjuntamente", y esta expresión para nosotros los notarios tiene una acepción muy clara: lo que se ejerce entre ambos, al mismo tiempo, el uno con el otro. Es corriente el término en materia de poderes o representación societaria. Y si nos atenemos a la autoridad de los diccionarios, "conjuntamente" es sinónimo de colectivamente, juntamente, simultáneamente, de concierto, al mismo tiempo. O bien: con unión o concurrencia de dos o más cosas en un mismo sujeto o lugar; a un mismo tiempo.

AL analizar la ley, veremos que esto no siempre es así - y yo agrego, afortunadamente - . Y luego de establecer el principio general, explica en qué casos podrá actuar el uno o el otro - y no pronuncio la palabra "indistintamente" para no sembrar confusiones - . En estos casos la ley presume que los actos realizados por uno cuenta con la aprobación o consentimiento del otro.

Lo cierto es que este nuevo régimen de patria potestad es "compartida" en el sentido de que ambos padres la ejercen, participan de ella, en algunos casos (taxativos) juntos; en otros, cada uno por sí. Por eso Martín Alonso, en su Enciclopedia del Idioma, dice que "compartir" es participar uno en alguna cosa y trae como ejemplo, "compartir las penas con otro". Creo que esta expresión define mejor el nuevo régimen y así lo ha expresado con menos palabras, pero con más autoridad, la doctora María Josefa Méndez Costa en su dictamen ya referido.

El proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, tal vez entendiendo que la reforma profunda debía abarcar también el nombre de este instituto, cambió el Título III del Libro I, Sección II, por el "De la autoridad de los padres", pero Senado rechazó la nueva denominación, que sin embargo aparece en algunos de los artículos reformados. La modificación del ejercicio de la patria potestad - según palabras del miembro informante del Senado - debe entenderse como un complejo de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre sus hijos para protegerlos y formarlos con vistas al futuro. Es decir, se ha acentuado el concepto de que el ejercicio de la patria potestad se realiza en beneficio y protección del menor, más que como un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho o potestad de los padres.

Entrando de lleno en el análisis de los artículos reformados, empezamos por el 264 (*) (495).

Código Civil (Según art. 19, ley 10903)

La patria potestad es 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. El ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos 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 ejercerla, a la madre. El ejercicio de la patria potestad del hijo natural corresponde a la madre o al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre.

El artículo original del Código decía:

La patria potestad es el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados.

Ley 23264

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: 1°) En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente en tanto no estén separados o divorciados o su matrimonio fuese anulado.

Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el art. 264, quater, o cuando mediare expresa oposición. 2°) En caso de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación. 3°) 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. 4°) En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquél que lo hubiere reconocido. 5°) 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. 6°) A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cámara de Diputados, establecía: "La patria potestad o autoridad de los padres..." y agregaba al texto, después de "para su protección y formación integral", "que se ejercerá siempre en beneficio de éstos". Ambos textos subrayados fueron rechazados por el Senado.

El proyecto Ménem - Sánchez no incluía "para su protección y formación integral". Por su parte la redacción del apartado 1º) empezaba directamente: "A ambos padres indistintamente", es decir no hacía la aclaración "en el caso de los hijos matrimoniales". Tampoco incluía la presunción de conformidad a los actos de uno solo.

Este artículo redefine el concepto de patria potestad. En lugar de "el conjunto de derechos de los padres sobre los hijos", de que hablaba el Código de Vélez, aquí se puntualiza acerca de deberes y derechos, tendientes a la protección y formación integral de los menores. Las modificaciones de los otros artículos reiteran este concepto. según veremos. De otra parte, atribuye su ejercicio a ambos padres conjuntamente. Pero a renglón seguido establece la presunción que los actos de uno cuentan con la aprobación de otro, salvo las excepciones que en otro artículo se establece. Cómo juega esta presunción lo diré al comentar el artículo 264 quater.

Art. 264 bis

Ley 23264

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 el hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad.

La redacción del segundo párrafo es bastante confusa y confieso haberlo leído varias veces antes de descifrarlo. Sin pretender corregir el texto de la ley, he ensayado esta redacción al solo efecto de su mejor comprensión: "Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá como tutor del hijo de ambos, al abuelo cuyo hijo lo tenga bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad." Debe entenderse que si los padres conviven, la elección de tutor la tendrá que efectuar el juez, según las circunstancias del caso.

Art. 264 ter

Ley 23264

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo mas conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento mas breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministro Pupilar.

El juez podrá, aun 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 concurriese 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 dos años.

Se resalta que el juez resolverá lo que sea más conveniente para el niño. Y lo faculta a oír al menor, si lo cree oportuno.

Art. 264 quater

Ley 23264

En los casos de los incisos 1°, 2° y 5° del art. 964, se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos:

1°) Autorizar al hijo a contraer matrimonio.

2°) Habilitarlo.

3°) Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.

4.°) Autorizarlo para salir de la República.

5°) Autorizarlo para estar en juicio.

6°) Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial.

7°) Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el art. 294.

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

El primer inciso no merece aclaraciones, salvo que por la nueva redacción del art. 10 de la ley 2393, esta autorización es necesaria incluso en el caso de hijos emancipados por habilitación de edad: La habilitación del inciso 2°) comprende no sólo la del art. 131 del Código Civil sino la autorización para ejercer el comercio de los artículos 11 y 12 del Cód. de Comercio. Esta aclaración la formulo porque según veremos al cotejar el art. 131, la frase incidental referida a esa autorización ha sido suprimida en el nuevo texto. No requiere comentarios el inciso 3°), y en cuanto al inciso 4°): "Autorizarlo para salir de la República", debemos decir que por aplicación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del art. 3º del Código Civil, según la reforma del año 68, a partir de la vigencia de esta ley las anteriores autorizaciones dadas por el padre solamente. deberán ser complementadas por la autorización materna. El inciso 5º) tiene como única excepción la del art. 286, que ya comentaremos. Creo que una interpretación razonable sobre el ejercicio de la patria potestad sería: para todos los actos de la vida cotidiana que hacen a la crianza, cuidado, educación y asistencia de los hijos, bastará la intervención de uno solo: ya se trate de partir con ellos de vacaciones por el país, inscribirlos en una colonia de vacaciones, anotarlos en un colegio, o en cualquier academia o instituto con el objeto de proseguir estudios regulares, la enseñanza de un idioma, artes, o un oficio; hacerlos atender por médicos o en institutos hospitalarios para el cuidado de la salud. En todos estos casos y otros que se puedan presentar como ejemplo, la autoridad de un padre será suficiente. El padre disconforme con cualquiera de estos actos no podrá cuestionarlos en lo que hace a la intervención o derechos de terceros involucrados (gastos, honorarios o aranceles). Ello, porque así lo exige el principio de la seguridad jurídica, y hasta me permitiría afirmar, una razonable dosis de sentido común. Salvo los actos para los que la ley exige la voluntad conjunta (art. 264 quater o art. 294, por ejemplo) en todos los demás la actuación podrá ser indistinta.

Este es mi concepto de la norma; la jurisprudencia irá señalando los justos límites entre una y otra forma de ejercer la patria potestad compartida.

Antes de seguir en el orden de los artículos reformados, comentaré un artículo anterior.

Art. 131

Cód. Civil

Los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el art. 134. Si se hubieren casado sin autorización, no tendrán hasta los veintiún años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación. Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad. Si se encontraren bajo tutela podrá el juez habilitarlo a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación paterna se otorgará por escritura pública que deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el Registro. A los efectos del ejercicio del comercio por el habilitado, deberá cumplirse con las disposiciones del Código respectivo. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

demuestren su inconveniencia, a pedido del padre, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar.

Ley 23264

Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el art. 134. Si se hubieren casado sin autorización, no tendrán hasta los veintiún años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación. Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres. Si se encontraran bajo tutela, podrá el juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado Registro. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar.

Referido a la emancipación por habilitación de edad, la reforma, con buen criterio, requiere el consentimiento del menor para que la emancipación surta efectos. La doctrina general era conteste que dado que la emancipación privaba al menor de algunos derechos (la posibilidad de pedir alimentos al progenitor), era razonable que el documento reflejase su conformidad. La segunda modificación ya no es tan feliz, pues reemplaza la palabra "escritura" por "instrumento público". En el debate parlamentario y de comisiones se sostuvo que pudiéndose hacer por acta judicial, la expresión "instrumento público" era comprensivo de ambos documentos. También se afirmó que en algunos lugares apartados de la República no había escribanos en las cercanías. Los argumentos no son muy sólidos, pues en lo que hace a la habilitación judicial, tanto el texto anterior como el nuevo la contempla. La nueva redacción deja abierta la puerta para la habilitación por instrumento administrativo. Pensemos que el oficial público interviniente en este acto debe calificar la capacidad de las partes para el acto que se proponen realizar y debe asesorarlos sobre las consecuencias jurídicas del mismo. El acto adquiere trascendencia tanto para los padres como para el emancipado. Se debe verificar el vínculo invocado y recoger la voluntad del emancipado, que es un incapaz relativo. Señalo por último que el Código Civil en su artículo 979 trae una enumeración de los instrumentos públicos, sin perjuicio de los que han creado o creen en el futuro leyes especiales. A las presuntas ventajas prácticas que habitualmente se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

invocan para suprimir la obligatoriedad de la escritura pública, señalo la desventaja que significa dejar en manos de determinados funcionarios que - autorizados por la ley para formar instrumentos públicos - carecen de la idoneidad necesaria para calificar un acto de la trascendencia del que aquí tratamos.

Art. 265

Cód. Civil

Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres. Tienen éstos obligación y derecho de criar a sus hijos, elegir la profesión que han de seguir, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de ellos o de la madre, Sino con los suyos propios.

Ley 23264

Los hijos menores; de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios

El nuevo artículo ha suprimido la facultad de "elegir la profesión que han de tener", por no corresponderse con la realidad. Ha reforzado el sentido de la institución en favor de los menores al hablar de "cuidado" en lugar de "poder" y ha dado una redacción más prolija al texto.

Art. 266

Cód. Civil

Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su 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. Tienen derecho a los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes legítimos

Ley 23264

Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su ancianidad y en 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. Tienen derecho a los mismos cuidados y auxilio los demás ascendientes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las modificaciones son de detalle; además suprime la expresión "legítimos" para adecuarlo al nuevo régimen sobre filiación.

Art. 267

Cód. Civil

La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, vestido, habitación, asistencia y gasto por enfermedades.

Ley 23264

La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.

Se reitera el concepto de "educación", ya expresado en el art. 265, como obligación alimentaria y se incluye el "esparcimiento".

Art. 269

Cód. Civil

Si el hijo menor de edad, ausente de la casa paterna, se hallase en urgente necesidad, que no pueda ser atendida por los padres, las suministros que se le hagan se juzgarán hechas con autorización de ellos.

Ley 23264

Si el menor de edad se hallare en urgente necesidad, que no pudiese ser atendida por sus padres, los suministros indispensables que se efectuaren se juzgarán hechos con autorización de ellos.

La reforma es de redacción, no se modifica el sentido del artículo. No es necesario que el menor esté ausente de la casa paterna, y se ha precisado que los suministros deben ser los "indispensables".

Art. 271

Cód. Civil

En caso de divorcio, o separación judicial de bienes, o de nulidad de matrimonio, incumbe siempre al padre el deber de dar alimentos a sus hijos y educarlos, si el juez los dejare en su poder.

Ley 23264

En caso de divorcio, separación de hecho o nulidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimentos a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos.

El artículo suprime la causa "separación judicial de bienes", que en la economía del Código no comportaba divorcio y que carece hoy de aplicación práctica (se otorgaba únicamente en beneficio de la mujer, arts. 1292 y sigtes.). En cambio, se agrega la causal "separación de hecho" y se reafirma que la obligación alimentaria y de educación la tienen ambos cónyuges, cualquiera que sea que tenga la tenencia.

Art. 272

Cód. Civil

Si el padre faltase a esta obligación, puede ser demandado por la prestación de alimentos, o por el propio hijo si fuese adulto, asistido por un tutor especial, o por cualquiera de los parientes; o por el Ministerio de Menores.

Ley 23264

Si el padre o la madre faltaren a esta obligación, podrán ser demandados por la prestación de alimentos por el propio hijo si fuese adulto, asistido por un tutor especial, por cualquiera de los parientes, o por el Ministerio de Menores.

En la nueva redacción, debe entenderse que entre "cualquiera de los parientes" estaría el otro cónyuge, si fuese uno el incumplidor.

Art. 273

Cód. Civil

Los padres responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habiten con ellos.

Ley 23264

Derogado.

En los fundamentos de los senadores Ménem - Sánchez a su proyecto, afirman haberlo elaborado tomando como base un trabajo de los juristas Eduardo A. Zannoni y Gustavo A. Bossert, que suprimieron este artículo en lo "que hace a la responsabilidad por los hechos cuasi delictuales de menores en donde se tomó en consideración el hecho objetivo de la guarda, antes que la tenencia conferida, atendiendo a los problemas que podrían suscitarse durante las visitas de padres a hijos o de hijos a padres

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

separados, vacaciones y otras situaciones similares."
Esta derogación está vinculada al nuevo texto del artículo 1114, según veremos.

Art. 274

Cód. Civil

Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código.

El proyecto del PEN modificaba este artículo que en lo fundamental introducía un párrafo: "Los menores serán oídos si tuvieren más de 18 años." Ambas Cámaras desecharon la modificación y mantuvieron el artículo en su redacción original.

Art. 275

Cód. Civil

Los hijos no pueden dejar la casa paterna, o aquella en que sus padres los han colocado, ni enrolarse en servicio militar, ni entrar en comunidades religiosas, ni obligar sus personas de otra manera, ni ejercer oficio, profesión o industria separada, sin licencia o autorización de sus padres.

Ley 23264

Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos les hubiesen asignado, sin licencia de sus padres. Tampoco pueden, antes de haber cumplido 18 años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres.

La redacción de este nuevo artículo está acorde con el artículo 264 quater y con el art. 128, según la modificación de la ley 17711.
La modificación del art. 276 es de mero detalle, al punto que creo no merece comentario.

Art. 277

Cód. Civil

Los padres pueden exigir que los hijos que están en su poder les presten los servicios propios de su edad, sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que ellos tengan derecho a reclamar paga o recompensa.

Ley 23264

Los padres pueden exigir que los hijos que están bajo su autoridad y cuidado les presten la colaboración propia de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa.

La nueva terminología está acorde con el espíritu de la reforma.

Art. 278

Cód. Civil

Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos; y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones excesivas de los padres.

Ley 23264

Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. EL poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren.

Art. 281

Cód. Civil

El hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, sino autorizado por el padre.

Ley 23264

Derogado.

Ya antes de la sanción de esta ley, otras leyes habían restado vigencia a este artículo.

Art. 282

Cód. Civil

Si el padre niega su consentimiento al hijo para intentar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una acción civil contra un tercero, el juez con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el padre, puede suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio.

Ley 23264

Si los padres o uno de ellos negaren su consentimiento al menor adulto para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el oponente, podrá suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio.

La modificación adecua la redacción a la patria potestad compartida.

Art. 283

Cód. Civil

Se presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algún empleo público, o alguna profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público o a su profesión o industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, no tuviese el padre.

Ley 23264

Se presume que los menores adultos, si ejercieren algún empleo, profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 131 Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo o sólo el usufructo, no tuvieren los padres.

La modificación vincula el texto de este artículo con los arts. 128 y 131 del Código.

Art. 284

Cód. Civil

Los hijos de familia adultos ausentes de la casa paterna, con licencia del padre, o en país extranjero, o en lugar remoto dentro de la República, que tuviesen necesidad de recursos para sus alimentos u otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar, o por el Cónsul de la República para contraer deudas que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

satisfagan la necesidad en que se hallaren.

Ley 23264

Los menores adultos ausentes del hogar con autorización de los padres, o en un país extranjero, o en un lugar remoto dentro de la República, que tuviesen necesidad de recursos para su alimento u otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan las necesidades que padecieren.

Las reformas son de detalle, adecuadas a la patria potestad compartida.

Art. 285

Cód. Civil

Los hijos de familia no pueden demandar a sus padres sino por sus intereses propios, y previa licencia del juez del territorio, aun cuando tengan una industria separada o sean comerciantes.

Ley 23264

Los menores no pueden demandar a sus padres sino por sus intereses propios, y previa autorización del juez, aun cuando tengan una industria separada o sean comerciantes.

Es una modificación de terminología.

Art. 286

Cód. Civil

No es precisa la autorización del padre para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto fuese demandado criminalmente, ni para las disposiciones de su última voluntad, ni cuando reconociere sus hijos naturales.

Ley 23264

EL menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar.

Igual que el anterior.

Art. 287

Cód. Civil

El padre y la madre tienen el usufructo de todos los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, con excepción de los siguientes: 1º) De los bienes que los hijos adquieran por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos. 2º) De los que adquieran por su trabajo o industria, aunque vivan en casa de sus padres. 3º) De los que adquieran por casos fortuitos, como juego, apuestas, etc. 4º.) De los que hereden con motivo de la incapacidad del padre para ser heredero.

Ley 23264

El padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes: 1º) Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres. 2º) Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres. 3º) Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo.

Vemos que la reforma ha suprimido de la excepción los bienes adquiridos por el menor por casos fortuitos, juego, apuestas, etc. Y ha incorporado como último inciso la disposición del art. 289, que fue derogado.

Art. 289

Cód. Civil

Tienen también los hijos la propiedad y usufructo de los bienes adquiridos por herencia, donación o legado, cuando el donante o testador ha dispuesto que el usufructo corresponda al hijo.

Ley 23264

Derogado

Art. 290

Cód. Civil

Es implícita la cláusula de no tener el padre el usufructo de los bienes donados o dejados a los hijos de familia, cuando esos bienes fuesen donados o dejados con indicación del empleo que deba hacerse de los *respectivos frutos, o rentas*.

Ley 23264

Es implícita la cláusula de no tener los padres el usufructo de los bienes donados o dejados a los hijos menores, cuando esos bienes fuesen donados o dejados con indicación del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos o rentas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Art. 293

Cód. Civil

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.

Ley 23264

Los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, con excepción de los siguientes: 1) los que hereden con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres. 2) Los adquiridos por herencia, legado o donación cuando hubieran sido donados o dejados por testamento bajo la condición de que los padres no los administren.

La aplicación de esta norma, en lo que hace a las excepciones, podrá plantear algunas dudas doctrinarias: EL testador desheredará a uno de los progenitores; también hay que pensar que difícilmente la sanción de indignidad alcance a los dos. En tal caso, ¿podrá ser administrador el otro cónyuge solamente? También podrá darse el caso, en el inciso segundo, que la condición testamentaria se refiera a uno solo de los cónyuges. Se plantearía la misma pregunta. Aunque me inclino por la respuesta afirmativa, la respuesta la tendrán los tribunales. Recuerdo que el último apartado reproduce la norma - adaptada a la patria potestad compartida - que figuraba en el art. 294, que ahora tiene una redacción totalmente distinta.

Art. 294

Cód. Civil

El padre no tiene la administración de los bienes donados o dejados por testamento a los hijos, cuando han sido donados o dejados bajo la condición de que no los administre.

Ley 23264

La administración de los bienes de los hijos será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por el padre o la madre. Los padres podrán designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos, pero en ese caso el administrador necesitará el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también la autorización judicial. En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los padres podrá requerir al juez competente que designe a uno de ellos administrador.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si se piensa en bienes de los menores recibidos por donación o herencia, habrá que descartar la sucesión de cualquiera de sus padres, pues en ese caso la administración estará a cargo del cónyuge sobreviviente. Podemos imaginar legados de parientes colaterales, ascendientes. También debemos incluir en esta administración los emolumentos por actividades artísticas o profesionales de menores no adultos.

Al principio general del ejercicio de la patria potestad conjunta, el artículo plantea dos variantes: a) que los actos conservatorios puedan tener una gestión indistinta; b) que los padres puedan designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos. ¿Cómo debe entenderse esta última disposición? 1) Los padres deberán presentarse ante el juez competente y manifestar su voluntad para que el juez la homologue. ¿Cuál es el juez competente? En principio, el del domicilio. ¿Es revocable esta autorización? ¿Con o sin causa? ¿En tal caso, requiere otra homologación o pronunciamiento judicial?

Me parece que a esta delegación de facultades podría aplicarse con provecho el instituto del mandato. Tendría como ventaja que, mientras no hubiera conflicto o controversia entre mandante y mandatario, podría darse por plazo, con facultades expresas (es decir, limitando su accionar). Podría revocarse, sin invocar causa legítima.

Art. 295

Cód. Civil

La condición que prive al padre de la administración de los bienes donados o dejados a los hijos, no le priva del derecho al usufructo.

Ley 23264

La condición que prive a los padres de administrar los bienes donados o dejados a los hijos, no los priva del derecho al usufructo.

Art. 297

Cód. Civil

Los padres no pueden enajenar sin autorización del juez del domicilio, los bienes inmuebles de los hijos, ni las rentas que estén constituidas sobre la deuda nacional; ni constituir derechos reales sobre dichos bienes; ni transferir derechos reales que pertenezcan a los hijos sobre bienes de otros; ni comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes muebles o inmuebles de sus hijos en remate público; ni constituirse cesionarios de créditos, derechos o acciones contra sus hijos, a menos que las cesiones no resulten de una subrogación legal; ni hacer remisión voluntaria de los derechos de sus hijos; ni hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

materna de ellos, o de la herencia en que sea con ellos coheredero o legatario; ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos, o de terceros.

Ley 23264

Los padres no pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes de sus hijos aunque sea en remate público; ni constituirse cesionario de créditos, derechos o acciones contra sus hijos; ni hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con ellos coherederos o colegatarios; ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros. Necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros.

El nuevo régimen se torna más severo, prohibiendo ciertos actos en forma absoluta. La autorización judicial no obviaría la prohibición. Se procura defender el patrimonio del menor. Si bien esta prohibición absoluta pareciera dirigida a la contratación entre los padres y el menor, alcanza a terceros cuando prohíbe fianzas en favor de ellos. Y se mantiene la nulidad absoluta del art. 299, que no fue modificado.

Art. 298

Cód. Civil

No podrán tampoco enajenar los ganados de cualquier clase, que formen los establecimientos rurales, sino aquellos cuya venta es permitida a los usufructuarios que tienen el usufructo de rebaños.

Ley 23264

Igualmente necesitan autorización judicial para enajenar ganados de cualquier clase que formen los establecimientos rurales, salvo aquellos cuya venta es permitida a los usufructuarios que tienen el usufructo de los rebaños.

La nueva redacción fue requerida por el cambio producido en el artículo anterior, donde hay actos que ni con autorización judicial se pueden realizar.

Art. 303

Cód. Civil

Removido el padre de la administración de los bienes, el juez la encargará a un tutor especial, y éste entregará al padre el sobrante de las rentas de los bienes de los hijos, después de satisfechos los gastos de la administración,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los alimentos y educación de ellos.

Ley 23264

Removido uno de los padres de la administración de los bienes, ésta corresponderá al otro; si ambos fueren removidos, el juez la encargará a un tutor especial y éste entregará a los padres, por mitades, el sobrante de las rentas de los bienes, después de satisfechos los gastos de administración y de alimentos y educación de los hijos.

Art. 305

Cód. Civil

Los derechos y deberes del padre sobre sus hijos y los bienes de ellos corresponden a la madre viuda.

Ley 23264

Derogado

Art. 306

Cód. Civil

La patria potestad se acaba: 1° Por la muerte de los padres o de los hijos. 2° Por profesión de los padres, o de los hijos, con autorización de aquéllos, en institutos monásticos. 3° Por llegar los hijos a la mayor edad. 4° Por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización.

Ley 23264

Se agrega como último inciso: 5° Por la adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la adopción.

Art. 307

Cód. Civil

La patria potestad se pierde: 1° Por delito cometido por el padre o madre contra su hijo o hijos menores, para aquél que lo cometa. 2° Por la exposición o el abandono que el padre o madre hiciera de sus hijos, para el que los haya abandonado. 3° 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.

Ley 23264

El padre o madre quedan privados de la patria potestad: 1° Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo. 2° Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero. 3° Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

La modificación de este artículo profundiza y amplía las causas de la pérdida de la patria potestad, a tenor del concepto que ésta tiene en mira la educación, guía y protección del menor. Con la nueva redacción, se incorpora el texto del artículo siguiente - 308 -, al que se le da una nueva redacción, y además se elimina el último y equívoco último párrafo de aquél. A este respecto, cabe comentar que originariamente el art. 308 del Código decía: "308. La madre viuda que contrajere segundas nupcias, pierde la patria potestad." Según la reforma del art. 39 de la ley 10903, el artículo tuvo la siguiente redacción: "...La madre que contrajere nuevas nupcias pierde el ejercicio de la patria potestad de los hijos de los matrimonios anteriores, pero enviudando lo recupera." Posteriormente, la ley 11357 de los derechos civiles de la mujer, en su art. 3° establecía: "La mujer mayor de edad, casada: 1) Conserva y ejerce la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior." Por último, la ley 17711 del año 1968 derogó parcialmente la ley 11357, y entre otros artículos, el 3°, por lo que se planteaba la duda si el texto del art. 3° de la ley 10903 había recuperado su vigencia. Con la nueva redacción del art. 308 ha cesado la discusión.

Art. 308

Cód. Civil

EL padre o la madre que haya sido condenado por delito grave o que haya sido objeto de varias condenas, que demuestren que se trata de un delincuente profesional o peligroso, pierde el ejercicio de la patria potestad.

La madre que contrajere nuevas nupcias pierde el ejercicio de la patria potestad de los hijos de los matrimonios anteriores, pero enviudando lo recupera.

Ley 23264

La privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos.

Art. 309

Cód. Civil

EL ejercicio de la patria potestad queda suspendido en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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; o 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.

Ley 23264

El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada conforme a los artículos 15 a 21 de la ley 14394. También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres, o de inhabilitación según el artículo 152 bis, incisos 1 y 2, hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el artículo 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 del caso.

El nuevo artículo tiene una redacción más precisa con relación a la ausencia con presunción de fallecimiento, e incluye como motivo de suspensión del ejercicio de la patria potestad, la inhabilitación. Otros aspectos del artículo reemplazado (conducta notoria, malos tratos) han sido incorporados al actual art. 307. En cuanto a la incapacidad mental, ha sido reemplazada por el término "interdicción". Recordemos que el art. 304, que no ha sido modificado, menciona la causal de demencia en forma incidental. Y de manera más categórica se manifestaba el primitivo art. 310 del Código, luego modificado por el art. 3° de la ley 10903: "La patria potestad se suspende por ausencia de los padres, ignorándose la existencia de ellos, y por su incapacidad mental." El art. 12 del Código Penal se refiere a que la reclusión y prisión por más de tres años lleva implícita la inhabilitación y la privación de la patria potestad, mientras dure la pena.

Art. 310

Cód. Civil

En los casos de pérdida de la patria potestad (art. 307) o de su ejercicio (art. 308), los menores quedan bajo el Patronato del Estado Nacional o Provincial. En los casos de suspensión (art. 309) quedan, durante ésta, también bajo el Patronato del Estado Nacional o Provincial.

Ley 23264

Perdida la autoridad por uno de los progenitores, o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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.

La reforma adecua el texto al régimen de la patria potestad conjunta y tiene una redacción más prolija.

Art. 390

Tutela
Cód. Civil

La tutela legítima corresponde únicamente a los abuelos y hermanos del menor, en el orden siguiente: 1° Al abuelo paterno. 2° Al abuelo materno. 3° A las abuelas paterna o materna. 4° A los hermanos o medio hermanos del menor, cualquiera fuere el sexo. Estas personas se reemplazarán en la tutela en el orden en que van designadas.

Ley 23264

La tutela legal corresponde únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexos.

Art. 391

Cód. Civil

El juez no confirmará o dará la tutela legítima sino al que por sus bienes o buena reputación fuese idóneo para ejercerla, quedando esta calificación al arbitrio del juez, debiendo siempre preferir el pariente más idóneo al menos idóneo, no obstante el orden establecido en el artículo anterior.

Ley 23264

El juez confirmará o dará la tutela legal a la persona que por su solvencia y reputación fuese la más idónea para ejercerla, teniendo en cuenta los intereses del menor.

La modificación de estos artículos está vinculada: a) al nuevo régimen de filiación (tutela legal, en lugar de tutela legítima); b) no estrictamente al régimen de patria potestad compartida, sino a la equiparación de los derechos de la mujer con los del hombre, lo que forma parte del espíritu de la reforma introducida por la ley 23264. Igualmente, se da prioridad a los intereses del menor.

Art. 478

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Curatela
Cód. Civil

El padre, y por su muerte o incapacidad la madre, son curadores de sus hijos legítimos solteros o viudos que no tengan hijos varones mayores de edad, que puedan desempeñar la curaduría.

Ley 23264

E] padre o la madre son curadores de sus hijos solteros o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curaduría.

La nueva redacción de este artículo y del 1114 que se transcribe a continuación, están vinculados a la equiparación de la mujer con el hombre dentro del régimen específico de curatela y en general de familia, y su responsabilidad ante los actos de los menores.

Art. 1114

Cuasidelitos. Responsabilidad de los padres
Cód. Civil

El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean hijos legítimos o naturales.

Ley 23264

El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviera al cuidado de otro progenitor.

EL nuevo texto se armoniza con la derogación del art. 273.

Matrimonio
Ley de matrimonio civil N° 2393
Art. 10

La mujer mayor de doce años y el hombre mayor de catorce, pero menores de edad y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, no pueden casarse entre sí ni con otra persona, sin el consentimiento de su padre legítimo o natural que lo hubiese reconocido, o sin el de la madre a falta del padre, o sin el del tutor o curador a falta de ambos, o en defecto de éstos sin el del juez.

Ley 23264

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La mujer mayor de catorce años y el hombre de dieciséis años pero menores de edad aunque estén emancipados por habilitación de edad no pueden casarse entre sí ni con otra persona sin el consentimiento de su padre y de su madre; o de aquel de ellos que ejerza la patria potestad o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o en su defecto sin el del juez. Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito necesitan consentimiento del curador o autorización del juez.

Recordamos que la edad mínima para casarse ya había sido modificada por la ley 14394, artículo 14.

En general, la reforma de este artículo no resulta muy feliz. El primer aspecto a considerar es el agregado por el cual los menores de edad, "aunque estén emancipados por habilitación de edad" no pueden casarse sin la autorización de sus padres. Esto modifica la interpretación mayoritaria sobre el tema y hace entrar en colisión algunas disposiciones del Código. Ejemplo: El art. 306 en su anterior y nueva redacción establece que la patria potestad se acaba... "4º) Por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización." Si bien la redacción histórica de este artículo no preveía la emancipación por habilitación de edad, el legislador tuvo ahora la oportunidad de modificar su texto. Tampoco lo hizo al retocar el art. 131. Por consiguiente, subsisten las divergencias doctrinarias sobre cuáles son los alcances de esta emancipación por habilitación de edad: si efectivamente la patria potestad se acaba, o simplemente se atempera, se atenúa, etc. Nadie ha discutido que el menor emancipado por habilitación de edad puede ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, o bien salir de la República, o estar en juicio...

Pienso que el padre que decide emancipar a su hijo ha reflexionado cuidadosamente sobre la madurez intelectual y espiritual del mismo; al otorgar dicho acto lo realiza porque está convencido de que su hija o hijo es un ser adulto y responsable. Como nadie lo obliga a dar ese paso, si no tiene esa íntima convicción, no lo emancipa. El agregado de este artículo hace pensar que se trata de una emancipación "a medias".

Dice también el artículo que los menores no podrán casarse "sin el consentimiento de su padre y de su madre; o de aquel de ellos que ejerza la patria potestad". No es exactamente así: puede ser que uno de ellos ejerza la patria potestad (art. 264, apartado 2º) pero igualmente necesitará el consentimiento del otro (art. 264 quater, inciso 1º).

Lo que debió modificarse

Creo que al legislador se le pasó por alto el art. 383 del Código Civil, relativo a la tutela: "El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento."

Si bien puede interpretarse que el art. 21 salvaría esta contradicción, personalmente no creo que sea de estricta aplicación. Para una próxima modificación, sugeriría esta redacción para el artículo 383: "Cualquiera de los padres que sobreviva al otro, podrá designar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo su patria potestad."

PRACTICA NOTARIAL

LA LEY 23264 SOBRE REFORMA DE LA PATRIA POTESTAD. SU REPERCUSIÓN EN LAS ESCRITURAS (*) (496)

CARLOS NICOLÁS GATTARI

Tres fórmulas comentadas: habilitación de edad, autorización para viajar y compra con dineros del menor. Tres temas para reflexionar: ¿Quién acepta por el menor la donación que le hace uno de sus padres? ¿El menor que trabaja sin título habilitante y por cuenta propia puede adquirir y disponer de bienes? ¿Qué pasa ahora con la DTR 5/76 de la provincia de Buenos Aires?

I. HABILITACIÓN DE EDAD

(1) UNO. - Habilitación de edad. Mario Lipio y otra a Alejandro Lipio. En la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, a veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y seis, ante mí, Rolandino Tabelión, titular del registro 2000, comparecen Mario LIPIO y Juana Simona SOPRO, mayores de edad, de mi conocimiento.

1. Exposición y declaración. a) Los comparecientes manifiestan que de su matrimonio nació su hijo Alejandro el 29 de enero de 1968. b) En ejercicio de la patria potestad que ambos ejercen sobre el mismo, formal y expresamente deciden habilitar la edad de Alejandro Lipio para todos los actos de la vida civil y comercial.

2. Aceptación. Presente desde el comienzo, Alejandro Lipio, a quien conozco, consiente y acepta explícitamente su habilitación.

3. Datos personales proporcionados por los requirentes: Alejandro Lipio, soltero, matrícula 10500000; cónyuges en primeras nupcias Mario Lipio y Juana Simona Sopro, matrículas 12345 y 54321, todos viven en avenida Callao 3208, 6°, H, de esta ciudad.

4. Legitimación de parentesco. Tengo a la vista libreta de familia 5251/57, expedida por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de la que surge el nacimiento de Alejandro (29/1/68), hijo de Mario Lipio y de Juana Simona Sopro (Acta 10, sección 195 tomo 1).

LEO esta escritura a ,los otorgantes, quienes la firman ante mí.

1. Estructura instrumental. Además de la comparecencia y el