

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PATRIA POTESTAD(*) (438)

CARLOS H. VIDAL TAQUINI

- Presenta al disertante el escribano Rodolfo Emilio Olivé.

DR. VIDAL TAQUINI. - Agradezco los conceptos vertidos por el escribano Olivé, y en este esfuerzo común que hacemos con el Colegio de Escribanos vamos a retomar en alguna medida, después de lo visto el jueves pasado, temas relativos a la sanción de la ley 23264.

El tema central de hoy es el de la patria potestad. Pero cuando se menciona a la ley 23264 pienso que debemos adentrarnos en determinar cuál es la estructura que tiene dicha ley, cuál es el alcance que la misma proporciona sin tener en cuenta cuántos artículos ha modificado, cuántos ha suprimido y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuáles ha adicionado.

La ley 23264 fue sancionada bajo dos temáticas propagandísticas: una, la ley de la patria potestad; la otra, la ley de la igualdad de los hijos. Pareciera que con ello se quiere justificar el dictado de la ley o se quiere no dar a la ley el alcance que realmente tiene.

Esta ley, que ha tenido una gestación bastante larga, quizá comenzó en su espíritu por hacer algunos cambios sobre patria potestad; quizá por querer hacer algunos cambios relativos a la filiación. Pero el coronamiento final, a través de la conjunción de las dos medias sanciones del Senado previamente; de un mensaje enviado por el Poder Ejecutivo, en sesiones extraordinarias, cuando estaba pendiente de tratamiento en todo caso por la Cámara de Diputados aquellas dos medias sanciones del Senado, llevó a Diputados a confluir en un solo proyecto todos los antecedentes que hasta ese momento habían sido presentados; más las dos medias sanciones; más, a su vez, el mensaje del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, la media sanción de Diputados, cuando aparentemente va en revisión al Senado de la Nación, trae como consecuencia que éste plantee cuál era la Cámara de origen. En definitiva, Diputados cedió sus posiciones y reconoció que la Cámara de Senadores era Cámara de origen y, como consecuencia, también en el Senado se insistió en algunas de las proposiciones iniciales que dicha Cámara había tenido y consideró también otras contenidas en el proyecto de la Cámara de Diputados.

Así, después de casi dos años de fatigosas y largas tramitaciones, se sanciona la ley que en definitiva no es sólo la ley de patria potestad ni tampoco sólo la ley de igualdad de los hijos.

Debo dejar sentado este antecedente porque en mi consideración es fundamental, debido a que no se trató, como tímidamente quizá el mensaje del Poder Ejecutivo llevaba, de una mera modificación del quantum de la cuota hereditaria, prevista en el artículo 3579 respecto de los hijos extramatrimoniales, a una igualdad con los hijos matrimoniales, sino que se produce un brusco traslado del eje legislativo en la regulación del derecho de familia.

Ustedes saben que siempre ha habido dos extremos: o el derecho de familia se regula exclusivamente a través del matrimonio o se regula exclusivamente a través de la filiación. Pero ninguno de los dos podía llegar en cierta medida a satisfacer, y por eso más de un autor sostenía que sólo la familia matrimonial era la única familia, lo cual implicaba la negación de la familia natural, la que surge de la unión de un hombre y de una mujer y tienen un hijo; la cual es difícil desconocer.

Regular, quizá, el derecho de familia exclusivamente a través de la filiación, sin distinciones de ninguna naturaleza, significa borrar la posibilidad de una distinción entre la familia matrimonial y la familia extramatrimonial.

Por cierto, entonces, que la tarea del derecho, en el reconocimiento de la realidad biológica para la plasmación jurídica, estaría significando que ambos aspectos puedan y deban ser regulados.

Como dije, la ley 3264 no es una simple ley de patria potestad ni tampoco una simple ley que iguala el derecho de los hijos. Desde el punto de vista de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la filiación, está determinando que no hay una distinción de filiación en matrimonial y extramatrimonial. Pero no sólo para la línea descendente, sino que el concepto modificadorio, incluso el derecho de la sucesión, lleva inexcusablemente a que no exista distinción en el parentesco. Veamos por qué.

En el Código Civil la distinción tajante estaba dada en dos normas.

El artículo 365 determinaba claramente la distinción, ya que los parientes ilegítimos no hacían parte de la familia de los parientes legítimos y no tenían ningún otro derecho, salvo aquellos que hubiesen sido reconocidos.

Desde el punto de vista jurídico, el artículo 3582 insistía en ese mismo concepto, y allí claramente se precisaba la existencia de los dos tipos de familia dentro del Código Civil: la familia legítima y la familia ilegítima.

En estos momentos, y a través de la modificación que se introduce al artículo 240, la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, y luego dice que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. Ya veremos si cabe mantener o no esta calificación.

Pero lo importante es la siguiente parte del artículo: "La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código."

Apreciamos que hay vocación alimentaria sin distinciones, salvo las limitaciones exclusivamente de extensión en cuanto a que ciertos parientes, que fija el calificativo jurídico, no tienen derecho de alimentos, y fundamentalmente en cuanto al derecho de sucesión. Recuérdese que el orden hereditario es de descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales. Es decir, esta extensión de todos los derechos subjetivos que tienen los parientes sin distinciones de ninguna naturaleza hace, fundamentalmente, que no se trata sólo de una ley que ha igualado el derecho de los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, sino que han quedado igualados los derechos de los ascendientes, de los descendientes y de los colaterales hasta el límite que la ley está imponiendo en cada una de las distintas regulaciones que hará a la vitalidad de los derechos subjetivos familiares que se puedan ejercer.

Este es el concepto de la ley, y por eso la patria potestad es una de las tantas regulaciones que contiene la ley 23264. Y por ello mismo, esta ley no es de patria potestad exclusivamente, y tampoco lo es en cuanto a igualdad de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio.

La patria potestad es una regulación jurídica que reconoce como basamento la paternidad y la maternidad. Es decir, no existe en este aspecto una concesión graciosa por parte del derecho de darle a los padres esa autoridad respecto de los hijos. La ley regula exclusivamente esa preexistencia biológica, porque si no existe, tampoco hay patria potestad.

Mucho se ha discutido a través de los tiempos si la patria potestad estaba ligada con la posible capacidad o incapacidad de la mujer. Quizá también propagandísticamente se ha sostenido que no darle a la madre el ejercicio de la patria potestad era nada más y nada menos que una consideración de incapacidad por parte de la mujer.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se debe tener presente que a esta altura de los tiempos nadie puede tener la idea de que la incapacidad de la mujer casada pueda ser mantenida, de la misma manera como todavía en nuestro ordenamiento positivo se debe seguir transitando para lograr igualaciones de derechos, que en algunos casos no existen, a pesar de que el principio general de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer casada haya sido consagrado.

Es cierto que en el Código Civil la mujer casada era una incapaz de hecho relativa a raíz del matrimonio. Eso no quiere decir que el codificador no tuviese la idea de la igualdad de derechos de la mujer - quizá era cuestión de aquel instante la incapacidad relativa -, porque por la marcha del derecho, dice la nota al artículo 305, la madre será puesta a la par del padre, o como también lo expresa en la nota al título de la sociedad conyugal, al decir que la mujer será elevada en rango a la par del marido.

Pero ello era así, más que nada por una cuestión de organización; vale decir, la patria potestad no estaba significando que la madre no iba a tener el ejercicio porque era incapaz, sino simplemente porque los tiempos precisaban que el padre, cabeza de familia, fuese el que tuviese el ejercicio. Pero a diferencia de otras legislaciones, el codificador daba la titularidad al padre y a la madre, y salvo lo referido al ejercicio de la administración, Vélez aludía normalmente a los padres. Como acotación, debemos decir que decididamente hoy tenemos que hablar de Vélez Sársfield en tiempo pasado.

Sin embargo, no era una cuestión de incapacidad sino de organización desde el momento que ante la pérdida de la patria potestad del padre, y aun en los supuestos de pérdida del ejercicio o de su suspensión - que eran los casos considerados en el Código relativos a la extinción de la patria potestad -, la madre era la que asumía el ejercicio.

Es cierto que el Código preveía que si la mujer volvía a casarse perdía el ejercicio de la patria potestad, que no lo recuperaba aunque nuevamente enviudara, lo cual reparó en cierta medida la ley 10903 porque modificó el artículo 308 sosteniendo que si la mujer volvía a enviudar, asumía nuevamente el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior. Situación ésta que culmina con la ley 11357 al prescribir que la madre ejerce la patria potestad de los hijos del matrimonio anterior aunque volviese a contraer matrimonio.

Esto también nos indica cómo el legislador, a través de los tiempos, va cambiando en función de la organización que cree más apropiada para el desarrollo del instituto.

Ciertamente, las críticas siempre estuvieron a la orden del día.

La patria potestad no es sólo el conjunto de derechos. Hay también obligaciones, deberes. En la evolución, se ha ido considerando de esa manera; pero en definitiva, más allá de la patria potestad, se está en presencia de un derecho subjetivo, y en todo derecho hay un correlativo deber.

De manera que lo único que puede interesar es que o se acentúa el deber o se acentúa el derecho. En este aspecto de la patria potestad, el acento estaba dado más en las obligaciones que en el derecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Recuerdo siempre que el ex artículo 265 decía que los padres tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, etcétera. Es decir, que tanto se criticaba cuando en definitiva ya Vélez Sársfield en el artículo 265 se refería a los padres y anteponía el deber al derecho. Y era lo lógico, porque cuando hacía referencia al deber de criar al hijo se daba por sentado que el hijo no tenía posibilidades de exigir a los padres que lo criaran. Son los padres los que tienen el deber de criar y educar a sus hijos. Y cuando aludía al derecho, no se remitía al derecho hacia el hijo, sino hacia los terceros, o sea, que nadie se entrometa en la crianza y educación del hijo. Primero está el padre para criar y educar al hijo; si lo hace bien o mal, la ley prevé distintas instancias.

Dicho esto, no es cuestión de discutir si está bien o mal que la madre tenga el ejercicio de la patria potestad. Quizá lo que se debe indagar es cuál es la solución correcta a adoptar. Así comienzan las disquisiciones: o una titularidad en conjunto con ejercicio conjunto, o una titularidad con ejercicio indistinto, o aquella que surgió como una fórmula un tanto mixta, la del ejercicio compartido, en el entendido que compartir es estar uno junto a otro y puede ser que de esa forma se transforme en la posibilidad de una igualdad en ese ejercicio, con la consideración de que en ciertos casos ya no sea tan compartida, sino conjunta.

Esto trae como consecuencia que si la patria potestad fuese indistinta en su ejercicio, llevaría a que cualquiera de los padres realizase el acto sin que el otro pudiese ejercer quizá el acto de oposición, salvo cuando el acto fuese ejercido en abuso del derecho o cuando realmente se tornase perjudicial para el menor.

Se ha sostenido que el ejercicio de la patria potestad en conjunto también es inconveniente por la sencilla razón de que los actos comúnmente llamados domésticos o los más importantes que pudiera determinar el legislador necesitasen el consenso del padre y la madre, con lo cual el conflicto solía agravarse en dos aspectos: uno, en cuanto a no encontrar una rápida solución antes que el problema pudiese existir, y otro, porque siempre se puede plantear el disenso de alguno de los padres, lo cual también provoca el interrogante de qué sería lo mejor para el hijo. Respecto de este último aspecto, el disenso que pueda existir es algo propio de una forma pura de ejercicio indistinto. Se han preconizado varias soluciones. Algunos se muestran partidarios de que en caso de disenso, resuelva el padre. A mi juicio, esto es gatopardismo, porque le estaríamos dando a la madre el ejercicio y en definitiva sigue resolviendo el padre, sería suficiente que el padre diga no a lo que la madre dice sí.

A esta altura ya no deben preocupar aquellos argumentos filosóficos de que el padre es la cabeza de la familia; de que es natural, y que por lo tanto es él el que debe decidir; que la mujer está en inferioridad; etcétera. Es absurdo sustentar esta postura.

Otra solución es, ante el disenso, mantener la práctica que hasta ese momento existía.

La tercera solución es la que ha primado en la ley 23264, y es la de que ante cualquier cuestión entre padre y madre, el juez es el que tiene que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resolver.

Quizá esta solución no es la más afortunada, pero tampoco debemos alarmarnos de que el juez resuelva, y no porque los jueces siempre van a resolver bien.

Es muy común y vale la pena repetirlo, a pesar de ser del conocimiento de ustedes, que no había conflicto entre padre y madre porque el ejercicio de la patria potestad lo tenía el padre. Esta solución, aun antes de la sanción de la ley 23264, no ofrecía ningún inconveniente. La madre está todos los días con el niño, es la que resuelve una serie de problemas; y en todo caso es sabido que cuando existe avenimiento, es porque todo lo que haga al interés del hijo va a ser resuelto de acuerdo por ellos. Porque los padres tratan de que sus hijos triunfen, y esto será la mayor satisfacción del padre.

Pero cuando el acuerdo no existe, es porque se rompe la armonía conyugal. Quizá el conflicto sobre cualquier aspecto que haga al ejercicio de esa patria potestad por parte del padre o de la madre, sea simplemente un conflicto que está anexo al que ese padre y esa madre están sosteniendo en su relación. Por eso no me preocupa tanto la solución que da en el caso de disenso la ley 23264, porque el juez no va a intervenir cuando el conflicto entre el padre y la madre no es tal, sino que lo hará porque previamente se ha producido el conflicto entre el marido y la mujer.

La definición que se ha esforzado en dar la ley 23264 es que ahora la patria potestad es un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos para su protección y formación integral; señalo que esto último es un agregado que no tiene por qué ir en la definición ya que simplemente se está expresando uno de los fines que puede tener la patria potestad, desde la concepción de los hijos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

El ejercicio de la patria potestad ha llevado a toda una discriminación porque el artículo 264 en seis incisos trata diversos supuestos. Aquí la ley hace una distinción entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y quizá en algunos de ustedes surja la pregunta: si hace unos instantes se decía que las calificaciones han desaparecido, ¿cómo es posible que aquí exista esa calificación?

También cabe pensar que el texto de la ley no distingue la maternidad - en la maternidad no importa si la mujer es casada o no - y habla de paternidad matrimonial o extramatrimonial, pero a los fines de la determinación de la paternidad.

Es decir que, aun cuando este supuesto del ejercicio de la patria potestad distingue, lo es porque hay una realidad que no puede ser negada, pero no lo es a los fines de seguir en la calificación, pues la calificación desaparece en orden a que ambos padres tienen la misma medida y extensión de deberes y derechos. Aquí solamente se siguen manteniendo estos aspectos a los fines exclusivos de contemplar una situación de hecho que obligadamente llevan a su determinación. Pero, adviértase que la extensión del ejercicio de la patria potestad, ya sea del hijo matrimonial o extramatrimonial es la misma, de manera que nos encontramos con una circunstancia que no hace a aquello que he afirmado: de que no existen más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

calificaciones y por ende la familia es una sola.

El artículo 264, inc. 1º dice que en el caso de los hijos matrimoniales el padre y la madre - la ley dice conjuntamente y en realidad no es así - tendrán el ejercicio de la patria potestad en tanto no estén separados o divorciados o que su matrimonio fuese anulado. Y a renglón seguido expresa: "Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 264 quater, o cuando mediare expresa oposición." Es decir, es aquello que se había señalado. Puede parecer indistinto para los actos generales porque solamente son siete actos excepcionales los que requieren el consentimiento expreso de ambos padres, de tal forma que aquí, quizá, para no determinar en forma pura ni lo de indistinto ni lo de conjunto, la expresión "compartida" es la que más se aviene a la figura que ha estructurado la ley en cuanto a la patria potestad.

Vale decir que todos los actos, salvo los que oportunamente se examinarán en el artículo 264 quater, pueden ser realizados indistintamente por el padre o por la madre, y entiendo compartidos porque hay un asentimiento tácito del padre o de la madre ante el acto que está realizando el otro. Si hay oposición, quizá el acto no se realice, y allí se llegará al juez, y dependerá de la naturaleza del acto el poder determinar si esa posición puede fructificar o no, porque en más de un supuesto quizá el acto sea irreversible, cual era la objeción que se le hacía al sistema puro del ejercicio de la patria potestad indistinta.

Con buen criterio la ley ha llenado un vacío en los supuestos de divorcio o nulidad del matrimonio, a lo cual agrego el de separación de hecho. Poco a poco la separación de hecho va adquiriendo cada vez mayores posibilidades de que se la contemple en ciertas y determinadas regulaciones. Dice la ley que el ejercicio corresponde 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.

Ya en el sistema anterior, cuando se daban las vicisitudes del divorcio o de la nulidad del matrimonio, el conferir la tenencia del hijo a uno de los padres significaba un desmembramiento de derechos y de deberes, porque aun cuando en el caso de la mujer que detentaba la tenencia de su hijo no tuviese el ejercicio de la patria potestad porque se mantenía en cabeza del padre, es indudable que por detentar la tenencia de su hijo allí también iba teniendo mayores derechos y mayores deberes en relación al ejercicio de la patria potestad.

Parece bien la forma en que se ha solucionado en materia de divorcio o nulidad de matrimonio, pero en el de la separación de hecho, para que esta posibilidad exista, se deberá promover el correspondiente juicio a los fines de poder ser otorgada la tenencia a alguno de los padres.

Esto lleva a una situación que puede ser conflictual. Normalmente, la tenencia de hijas; el régimen de visitas, es cuestión conexas con el juicio de divorcio, pero en el caso que se examina se está en presencia de una cuestión conexas por la separación de hecho de los cónyuges sin juicio de divorcio, y muchas veces pienso que va a ser utilizado como preconstitución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de prueba para el juicio de divorcio posterior.

Es cierto que el ejercicio de la patria potestad lo tendrá aquél a quien se le otorgue la tenencia, pero no es menos cierto que el padre que no tiene el ejercicio no se constreñirá a lo que la ley determina: tener una adecuada comunicación con el hijo y supervisar su educación.

La cuestión es muy limitada y pienso que se deben tomar en consideración otros aspectos también importantes, no sólo la comunicación, la visita, la educación. ¿Será sólo eso? ¿Será sólo la educación, si el hijo va o no a la escuela?

El hecho de que el ejercicio de la patria potestad lo tenga uno de los padres, no implica la pérdida de la titularidad del otro. En consecuencia, se debe tener en cuenta que la titularidad da el complejo general de derechos y deberes que la ley está determinando, porque el ejercicio es la faz dinámica exclusivamente a los fines de efectivizar, en todo caso, algunos de esos derechos y deberes.

La ley dice que en el supuesto de la muerte de uno de los padres - lo que es obvio -, de ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio, corresponderá al otro ejercerla.

Luego establece que en el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido.

En el caso del hijo extramatrimonial reconocido por ambos padres, a los dos, si "convivieren", término éste sumamente importante.

Hace ya bastante tiempo que en materia de deberes conyugales, frente a la denominación común del deber de cohabitación, he insistido en que se debe hablar de convivencia, porque los padres, bajo el mismo techo, pueden cohabitar pero no convivir. Considero sumamente útil la expresión "convivieren" utilizada en la ley - ya se emplea en alguna otra, como en la 23226 - porque tiene mayor intensidad, mayor fuerza.

Aquí cabe acotar aquello que dije acerca de los antecedentes de la ley.

El proyecto de la Cámara de Diputados empleaba la expresión "conviviente" porque en concordancia con la eliminación de las calificaciones jurídicas de matrimoniales y extramatrimoniales no hacía distinciones; sólo hablaba del padre y de la madre, si convivía o no con el hijo.

La existencia en la ley en esta parte de la distinción de matrimoniales y extramatrimoniales es consecuencia exclusiva de la insistencia del Senado en la redacción conforme a la media sanción que en su momento había dictado.

Finalmente dice el artículo 264 que el ejercicio se acordará a quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.

Los actos excepcionales son los determinados en el artículo 264 quater.

"Autorizar al hijo para contraer matrimonio."

El tema es bastante simple y sencillo y no ofrece mayores inconvenientes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cuando los hijos menores pretenden contraer matrimonio, en realidad no se los está autorizando, sino asintiendo y en todo caso ejercerán la oposición que prevé el artículo 24 de la ley 2393, que quizá no le queda mucha vida por delante, porque se empezó con el divorcio y ahora se piensa en modificar toda la ley de matrimonio. Lo mismo sucedió con la patria potestad en cuanto a la igualdad de hijos y se terminó por cambiar toda la estructura del derecho de familia.

"Habilitarlo."

La habilitación es también un acto que requiere el consentimiento expreso de los padres. Es fundamental considerar que se compatibiliza con la modificación que también esta ley introduce al artículo 131, de lo cual lo más importante a señalar es que el hijo, para ser habilitado, debe dar su consentimiento. Esto pone fin a la burla del instituto por parte de los padres que habilitaban a sus hijos a fin de eximirse del cumplimiento de la obligación alimentaria. Los hijos no estaban en condiciones de ser habilitados, y entonces los padres ejercían abusivamente el derecho. Afortunadamente la jurisprudencia, ante ciertos casos en que esas circunstancias se habían dado, reaccionó y consideró que había un ejercicio abusivo y que a pesar de la habilitación, si el hijo venía estudiando bajo el cuidado de la madre, el padre también debía seguir pasando alimentos.

Para tristeza de los escribanos, la reforma del artículo 131 ha eliminado en cierta medida la exigencia anterior de que la habilitación debía hacerse por escritura pública. En la actualidad, ese artículo regla que "la habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas". Por lo tanto, para determinar cuál es el instrumento público apto debemos remitirnos al artículo 979 del Código Civil, que establece todos los instrumentos públicos. Antes, la norma que examinamos se refería a la escritura pública, pero como pueden imaginar, ya no es lo mismo.

No vale la pena analizar las razones que tuvo el legislador para tomar esa decisión. No quisiera decir que está mal que ahora se haga por instrumento público y no solamente por escritura pública, porque en algunos lugares del país pueden existir dificultades para ello, y quizá también porque resultase más oneroso que el instrumento público. Se dará el caso de que se presente una mera actuación ante el juzgado de paz de la provincia, lo que será perfectamente válido para poder habilitar al menor, ya que significaría un instrumento público.

Pensando en que se mantenga el medio de la escritura pública, se debe tener en cuenta que deben concurrir el padre, la madre, y también el hijo, si se hace en un solo acto. Si se hace en actos distintos, creo que no puede haber discusión en este aspecto. Es decir, en la medida en que a través de distintos actos se estuviese reuniendo el consentimiento del padre, de la madre, y del hijo, a los fines de la habilitación, me parece suficiente.

Pero para producir efectos, no hay que olvidar la inscripción en el Registro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Un aspecto interesante a ponderar es si la habilitación pone fin o no a la patria potestad.

Antes de la sanción de la ley 23264 se sostenía que la habilitación producía el acabamiento de la patria potestad.

En mi concepto, la posición coherente era la de la suspensión del ejercicio de la patria potestad en la misma medida en que se da la posibilidad de revocar esa habilitación. Por supuesto, hay que distinguir la habilitación civil de la comercial.

Si bien la ley 23264 guarda silencio en cuanto a si la habilitación pone fin o no a la patria potestad, el hecho de que "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", está significando simplemente que se produce una suspensión de ese ejercicio, porque la potencialidad que queda subyacente hará que los padres puedan llegar a revocar esa habilitación que en su momento habían concedido.

"Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o e seguridad."

Aquí no se presenta inconveniente alguno cuando hay concurrencia conjunta.

"Autorizarlo para salir de la República."

Quizá fue éste uno de los aspectos que presentaba mayores inconvenientes en cuanto al no ejercicio por parte de la madre, que no podía sacar al hijo del país, sobre todo si estaba separada judicialmente de su marido; tenía que ir a pedirle su autorización.

Lamentablemente, el problema no se ha solucionado para la mujer, porque aunque esté separada, siempre tendrá que seguir pidiéndole autorización al padre para poder sacar al hijo del país. El único consuelo o satisfacción que le queda, es que el padre también tiene que requerir la autorización de la madre si quiere sacar del país a su hijo.

Este aspecto tiene implicancias notariales. Se puede sostener que aquí se necesita, salvo alguna autorización judicial, la escritura pública, a la cual deben concurrir tanto el padre como la madre, para dar su consentimiento.

Esta situación ha quedado complementada por la resolución 2895/85 de la Dirección Nacional de Migraciones, que determina los distintos títulos que deben ser exhibidos en cada uno de los supuestos que se correlacionan con los que se especifican en el artículo 264, salvo uno que hay que tener en consideración el configurado en el inciso 6º: "A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido."

Ahí se da el caso de que uno de los padres ha reconocido voluntariamente al hijo, y el otro padre no, y el reconocimiento surge forzado. En

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencia, el ejercicio lo tiene sólo quien ha reconocido voluntariamente al hijo, pero no hay que olvidar que a pesar del reconocimiento forzado se va a hacer la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el cual expedirá una partida en la que figuren el padre y la madre. Por ende, aquel que voluntariamente ha reconocido, no puede sólo, a través del título, acreditar que tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad. De manera que este hecho tendrá que ser exteriorizado en algún instrumento judicial, expedido en el juicio, en el cual conste esta circunstancia; de lo contrario no habrá posibilidad alguna de que pueda salir del país por falta del consentimiento del otro padre.

Ante la facción de una escritura, este aspecto debe ser tomado en consideración, y se deberá exigir la presentación de instrumento judicial que esté precisando la circunstancia.

"Autorizarlo para estar en juicio."

Este inciso se debe interpretar en concordancia con los artículos 272, 285 y 286, como asimismo que la falta de autorización de los padres o de uno de ellos hará que el juez supla la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio, como lo manda el artículo 282.

Lo más importante son los incisos 6º y 7º del artículo 264 quater.

Dice el inciso 6º: "Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial."; y el 7º: "Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el artículo 294."

Los siete incisos del artículo 264 quater conforman los siete actos excepcionales que necesitan del consentimiento expreso de ambos padres. Esta enunciación es taxativa, de manera que no puede, por interpretación, extenderse a otros actos en los que se pueda pensar que por alguna similitud son de aplicación las exigencias del consentimiento expreso de ambos padres.

Lo que acabo de expresar coincide con una solución jurisprudencial que quizá sea el primer fallo en que se aplica la ley 23264, y tiene también implicancias notariales.

El caso versaba sobre la donación que la abuela efectuaba a uno de sus nietos, la que fue aceptada solamente por la madre. Al pretender inscribirse el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal observó que faltaba el consentimiento del padre, diciendo que se estaba en presencia de un acto de disposición, y que ante la necesaria aceptación de la donación debía forzosamente cumplirse con el requisito del consentimiento expreso de ambos padres.

La resolución del Registro fue apelada, y la Cámara Civil, Sala C, revocó dicha decisión en orden de lo que acabo de expresar: no se está en presencia de un acto de disposición y, por tanto, implícitamente se aplica el inciso 1º del artículo 264. De manera que la aceptación por la madre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

significa que se presume el consentimiento del padre con esa aceptación. Este caso nos trae otra reminiscencia, la artículo 94 del decreto - ley 2080/80, que dice: "Tratándose de menores cuya representación fuere ejercida por sus padres, se entenderá que la adquisición se hace por el menor, inscribiéndose, en consecuencia, el bien a nombre de éste.

"Cuando la adquisición fuere realizada por el padre o la madre por derecho propio, acordándose una estipulación a favor del menor o con carácter de donación para éste, el bien se inscribirá a nombre del padre, dejándose constancia de la estipulación o donación, salvo que la adquisición se presente para su registro juntamente con el documento de aceptación, o que ésta estuviera contenida en el mismo acto, en cuyo caso el bien se inscribirá a nombre del menor."

También en esta materia se debe recordar la disposición técnico - registral número 5, del Registro de la provincia de Buenos Aires, del año 1976, que da una solución distinta ya que cuando estas adquisiciones se efectúan por los padres para los hijos, la inscripción siempre se hace a nombre del menor sin distinción de ninguna naturaleza.

Esta disposición técnico - registral - fácil en la provincia de Buenos Aires, difícil en la Capital Federal porque se necesitará de un decreto modificatorio del decreto - ley 2080/80 - deberá forzosamente adecuarse a la ley, porque en estos casos no se puede hablar del padre, sino de los padres o en su defecto de la madre cuando ella efectúa la adquisición.

Un aspecto esencial es la posibilidad de la delegación en los actos de administración.

En principio, la delegación no puede ser tácita, porque no estamos tanto en presencia de los supuestos del inciso 1° del artículo 264, si bien la ley distingue los actos de disposición y los actos de administración, y también el artículo 294 especifica los actos conservatorios, que pueden ser otorgados - dice - indistintamente por el padre o la madre. Si la madre quiere hacer pintar la casa del hijo, no tendrá problemas porque es un acto conservatorio.

Pero cuando entramos en los actos de administración habrá que ver cuáles son los actos de administración puros, porque se puede distinguir el acto de administración extraordinario del acto de administración ordinario. Vender una cosecha, por ejemplo. Aquí se plantea una cuestión un poco complicada, y no hablo de la venta de ganado porque se necesita la autorización judicial, según el artículo 298, salvo aquellos cuya venta es permitida a los usufructuarios que tienen el usufructo de los rebaños.

La venta de una cosecha no es un acto conservatorio sino de administración, pero puede resultar un acto de administración ordinario, y entonces quizá allí aunque se esté exigiendo que los actos de administración necesitan del consentimiento expreso de los padres, la naturaleza del acto lleva a que pueda ser ejercido indistintamente por cualquiera de los dos, porque si para vender la cosecha hay que esperar el consentimiento de ambos, la cosecha se puede perder.

Por allí se ha querido significar que en la delegación hay mandato. No pienso que resulte así, porque no se van a realizar actos de la madre, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejemplo, que el padre estuviera ejecutando como mandatario de ella. Aquí no hay mandante ni mandatario, sino simplemente una delegación, sin perjuicio de que analógicamente se puedan llegar a aplicar algunas reglas del mandato.

Y esto me hace acordar que cuando se habla del asentimiento conyugal se dice que es un poder. No es poder ni es mandato, es asentimiento conyugal.

Que la forma después se tenga que cubrir a través de la escritura pública, no significa que esa escritura conforme un mandato, ni que el asentimiento es un poder ni que la delegación de la administración también sea un poder. Quedan muchísimas cosas por decir que ocupan nuestra mente. Como concepto final señalo que la ley varía los supuestos de extinción de la patria potestad, porque ahora ésta se acaba, se priva o se suspende. Posiblemente la solución que se da a través de los artículos 306, 307, 308 y 309 sea bastante correcta. Al acabamiento de la patria potestad se agrega que también ella se acaba por la adopción de los hijos, sin perjuicio de que se la restituye en caso de revocación o nulidad de la adopción, lo que no estaba dicho pero sí sobreentendido en la ley.

Los distintos supuestos de privación de la patria potestad están precisados taxativamente en el artículo 307, en tanto que el 308 prevé que la privación de la autoridad de los padres puede ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o en interés de los hijos.

Interés de los hijos, interés familiar, beneficio para la familia, felicidad para la familia. Más allá de todas las disquisiciones doctrinarias que surjan de la hermenéutica de esta ley - que se califica de superómnibus por la cantidad de temas que comprende -, es mi mayor deseo que en esta nueva organización que el legislador ha dado a la familia argentina, ella encuentre la felicidad que merece, y que esta reforma no sea exclusivamente un germen de discordia.

ESC. OLIVÉ. - Como es costumbre por cortesía de los expositores, si alguien desea formular alguna pregunta aclaratoria o ampliatoria sobre el tema abordado por el doctor Vidal Taquini, puede hacerlo en este momento.

- Luego de unos momentos.

ESC. OLIVÉ. - Como parece que el doctor Vidal Taquini los ha dejado sin dudas, me voy a permitir formularle dos comentarios.

Uno, referido al tema del instrumento público que incorpora el artículo 131 de la reforma.

Para defender en alguna medida el instrumento público, se dijo que esas dos palabras eran omnicomprendivas y que había que entender que en algunas zonas del país era dificultoso encontrar un escribano, que el problema era mucho más de carácter territorial que de costos y que por lo tanto un juez de paz podía brindar esa autorización. Y se concluía que las palabras "instrumento público" comprendían tanto a las actas judiciales como a las escrituras públicas. Esto no nos mortifica a los escribanos porque tenemos mucho respeto a la Justicia. Pero en la redacción del artículo del Código Civil, la aptitud, calidad o calificación decreciente de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instrumentos públicos comprende también a los que surgen del derecho administrativo.

El derecho administrativo es un derecho que crea continuamente nuevas formas, figuras, instancias y jurisdicciones, y podemos llegar a concluir - y lo hicimos - que un acto tan solemne e importante como es el de la emancipación, donde están en juego los intereses del menor, la calificación de un menor de edad en cuanto a su capacidad para hacer esa aserción o negativa, la vinculación, etcétera, quedan en manos de un funcionario administrativo, cuya calificación o capacidad no está contenida en ninguna ley normativa.

Esta es nuestra objeción notarial de fondo, digamos, y no al hecho de que nos quiten el trabajo.

DR. VIDAL TAQUINI. - La observación del escribano Olivé es válida, pero no absoluta.

No debemos olvidar que este instrumento público, en principio por sí mismo, no tiene efecto para la habilitación, sino que debe ser complementado con la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y conforme a la reglamentación que tiene, o pueda tener en el futuro en adecuación a la ley 23264, queda facultado para hacer las observaciones correspondientes para no inscribir la habilitación, y por tanto ella no tendrá efecto.

Pero fijémonos cuál puede ser el funcionario administrativo; puede ser el oficial del Registro Civil. Tendríamos que ver qué clase de funcionario administrativo es.

Pero esto no es ni más ni menos que un avance, como ocurre incluso en la calificación de aspectos jurídicos y hasta en el otorgamiento de una pensión.

ESC. OLIVÉ. - El otro comentario reviste menor relevancia.

Usted, doctor Vidal Taquini, ha manifestado que la emancipación suspende el ejercicio de la patria potestad, y pienso que en realidad, tal como está modificada la ley, tiene una excepción, por lo cual me he planteado la duda de cuál es el efecto estricto de la emancipación, porque los emancipados no estarán en condiciones de casarse por su propia voluntad, según una modificación que la misma ley 23264 ha traído y que está en contra de lo que hasta este momento se había sentado como norma a través de una resolución administrativa.

DR. VIDAL TAQUINI. - La resolución administrativa derogaba un derecho de fondo.

Esc. OLIVÉ. - Pienso que lo que hacía era interpretarlo porque no había una disposición expresa.

DR. VIDAL TAQUINI. - En más de una materia, las disposiciones del Registro Civil de la Capital van más allá de las provisiones de la ley.

Una cosa es la emancipación por matrimonio, otra la emancipación dativa y otra la emancipación para ejercer el comercio. Son aspectos absolutamente distintos.

Es cierto que podría parecer que si se estaba habilitando al hijo, ¿por qué entonces éste no puede por sí contraer matrimonio?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El legislador lo ha determinado; son aspectos de política legislativa. No es sólo cuestión de decir: debía ser así. Si yo estoy diciendo que debe ser así, es porque quiero que la ley sea así. Pero la ley no es así.

Lo que tengo que proponer es la modificación de la ley. Ante el cúmulo de leyes que se están dictando, siempre hay alguien que inmediatamente se da cuenta que la ley no dice lo que quiso decir, y trata de modificarla.

Hay que considerar esos aspectos, especialmente a los fines de la interpretación, porque muchas veces se interpreta la ley en orden a lo que a nosotros nos gustaría que dijera, pero cuando no lo dice, no nos agrada. Y esto lo hacen los doctrinarios, los jueces. En este sentido, la ley 17711 ha sido uno de los ejemplos más claros, ya que muchas de las soluciones doctrinarias de interpretación del Código Civil después se plasmaron en normas positivas, lo que significa que aquellas interpretaciones eran no exclusivamente en función de lo que el texto legal decía sino de lo que a esos intérpretes les gustaba que dijese. Si no, no hubiesen tenido necesidad de plasmar algún artículo en el sentido indicado.

PARTICIPANTE. - Según lo que usted dijo de que el Registro determinaría si inscribe o no esa emancipación, ¿se desprendería que sería constitutiva o la escritura sería suficiente?

DR. VIDAL TAQUINI. - De acuerdo con el artículo 131, la habilitación por los padres se otorgará por instrumento público, el que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En eso no se ha variado; lo que más varió fue el pasar de escritura pública a instrumento público. Pero la habilitación, en la medida en que no era inscripta no hacía publicidad y por lo tanto no podía ser opuesta a terceros.

PARTICIPANTE. - ¿La habilitación tiene efecto a partir del momento de la inscripción en el Registro o simplemente a partir de la fecha de la escritura?

DR. VIDAL TAQUINI. - Surte efecto a partir del momento del otorgamiento del acto, pero para ser opuesta a tercero debe ser inscripta. Si no hay registración, el tercero no puede tomar conocimiento.

Esc. OLIVÉ. - Agradecemos al doctor Vidal Taquini la lección que nos ha brindado sobre patria potestad.

- Con lo que terminó el acto.

DE LAS SUCESIONES(*) (439)

EDUARDO A ZANNONI

- Presentan al disertante el escribano Jorge Taquini y el doctor Carlos H. Vidal Taquini.

DR. ZANNONI. - El anuncio de esta conferencia dice "De las sucesiones", pero en realidad el cometido es bastante más modesto. Vamos a hablar de la incidencia que ha tenido la sanción de la ley 23264 en cuanto a la reforma del régimen sucesorio, que si bien es clara a través de sus normas, es importante considerarla con las particularidades del caso para ilustración de