

SESIONES EXTRAORDINARIAS

2006

ORDEN DEL DIA N° 1920

COMISIONES DE LEGISLACION GENERAL Y DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Impreso el día 6 de febrero de 2007

Término del artículo 113: 15 de febrero de 2007

SUMARIO: **Código Civil.** Modificación del artículo 264 bis sobre patria potestad. **Beccani, Azcoiti, Tate y Cecco.** (5.145-D.-2006.)

Dictamen de las comisiones

Honorable Cámara:

Las comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia han considerado el proyecto de ley del señor diputado Beccani y otros señores diputados, sobre modificación del artículo 264 bis del Código Civil, referido a la patria potestad; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante, aconsejan la sanción del siguiente

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Modifícase el artículo 264 bis del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 264 bis: 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 aquéllos fuesen menores de edad no emancipados, respecto de sus hijos, gozan del ejercicio de la patria potestad, con asistencia de sus padres, tutor o representante legal, quienes tendrán a su cargo el control de los actos juntamente con sus representados.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sala de las comisiones, 7 de diciembre de 2006.

*Ana M. C. Monayar. – Juliana Di Tullio.
– Alberto J. Beccani. – Cinthya G.
Hernández. – Juan J. Alvarez. – Beatriz*

L. Rojkes de Alperovich. – Oscar R. Aguad. – Silvia Augsburguer. – María A. Torrontegui. – Adriana E. Coirini. – Elda S Agüero. – Ana Berraute. – Lía F. Bianco. – Graciela Camaño. – María A. Carmona. – Nora N. César. – Luis F. J. Cigogna. – Stella M. Cittadini de Montes. – Marta S. De Brasi. – Francisco J. Delich. – Paulina E. Fiol. – Eva García de Moreno. – Amanda S. Genem. – Graciela B. Gutiérrez – Griselda N. Herrera. – Eusebia A. Jerez. – Jorge A. Landau. – Juliana I. Marino. – Ana E. R. Richter. – Rosario M. Romero. – Laura J. Sesma. – Alicia E. Tate. – Adriana E. Tomaz. – Pablo G. Tonelli.

INFORME

Honorable Cámara:

Las comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, al considerar el proyecto de ley del señor diputado Beccani y otros señores diputados, de modificación del artículo 264 bis del Código Civil, sobre modificación de la patria potestad, han estimado conveniente modificarlo por razones de técnica legislativa. Asimismo, creen innecesario abundar en más detalles que los expuestos en los fundamentos que lo acompañan, por lo que solicitan su sanción.

Ana M. C. Monayar.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El artículo 264 del Código Civil define como patria potestad al "...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”.

El instituto tiene por finalidad proteger y fomentar la formación integral de los hijos. Por ello, su titularidad y ejercicio corresponda –por igual– a ambos progenitores. En este contexto ha de entenderse por titularidad al conjunto de derechos y deberes. Por ejercicio, a la facultad de actuar con relación a ellos. El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos conjuntamente, si los progenitores conviven. Mas si no es éste el caso, o falta alguno de ellos, corresponde al que detenta la tenencia, restándole al otro el derecho a supervisar la educación de su hijo.

Ahora bien, el artículo 264 bis establece que los niños quedarán sujetos a tutela cuando sus padres no puedan ejercer la patria potestad, ya sea por incapacidad, por privación o por suspensión de su ejercicio. En este contexto, la pregunta obligada a formularnos es en qué situación se encuentran los progenitores cuando son menores de veintiún años, y no están emancipados. No podrán ejercer la patria potestad de sus hijos. Nuestro Código¹ ha entendido que corresponderá a uno de los abuelos, esto es a quien ejerza la patria potestad del progenitor menor que conviva con el niño. La norma como no aclara a qué fines se lo “preferirá al progenitor que ejerza la patria potestad”, pero ha sido la doctrina quien ha interpretado se refiera a la tutela.

El artículo 377 de nuestro Código Civil define a la tutela como “...el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”. En este caso, el niño no está sujeto a la patria potestad de sus progenitores porque éstos se encuentran sometidos a la autoridad parental de los suyos. Por eso no podrían ejercerla sobre sus hijos, cuando sus padres lo hacen sobre ellos en razón de su incapacidad. De ello se desprende que los abuelos no ejercen la patria potestad, sino una tutela. El supuesto plantea inconvenientes cuando abuelos y nietos no conviven juntos, o residen en ciudades, provincias, o hasta países diferentes.

El artículo 264 bis *in fine* consagra una figura intermedia, que comparte características propias de la patria potestad y la tutela. Si bien esta última tiene un contenido principalmente patrimonial, y no ocurre lo mismo con la autoridad de los padres, consideramos que las cuestiones domésticas pueden ser resueltas por los progenitores aunque no hayan alcanzado plena capacidad civil, y que este instituto queda reservado a la representación en negocios jurídicos o actuaciones judiciales. Si se trata de una tutela –propriadamente dicha– la misma debe ser siempre unipersonal (artículo 386 del Código Civil), mien-

tras que si se asimila a la patria potestad, no es dable hacer preferencia alguna entre los abuelos, más aún cuando son ambos quienes ejercen la patria potestad de sus hijos.

Es un tema de importante transcendencia, ya que en los últimos tiempos han aumentado considerablemente los padres adolescentes, generalmente miembros de hogares o familias monoparentales, quienes no gozan de una adecuada protección legislativa. Los abuelos gozan de una presunción legal de idoneidad por el mero hecho de convivir con sus nietos.

La actual redacción del artículo 264 bis discrimina no sólo a los progenitores menores de edad no emancipados, sino también a sus hijos, ya que les da mayor protección a los hijos matrimoniales –aunque menores–, quienes podrán ser representados en juicio por sus progenitores no necesitando de su tutor abuelo. Esto viola el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño; el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, el artículo 240 de nuestro Código Civil, que sustenta el principio de la igualdad entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, entre otros.

Consecuentemente con el criterio sustentado, el artículo 16. 1, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, establece que deben reconocerse los mismos derechos y responsabilidades como progenitores –cualquiera sea su estado civil– en materias relacionadas con sus hijos; y el artículo 17.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

La Convención sobre los Derechos del Niño considera a “los menores de edad” como sujetos de derecho, deben ser tratados como “personas” y gozar de numerosos derechos y deberes. El de “ser oídos”,² entre otros. Sería inconstitucional que los “tutores abuelos” tomaran decisiones sobre el niño sin consultar a sus padres, o –lo que resultaría más violatorio– sin que sean oídos en el marco de un proceso judicial.

La convención instituye que “...los padres o tutores impartirán orientación y dirección a sus hijos para el ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, como consecuencia del principio de autonomía progresiva...”. Ello significa que los progenitores deben procurar la protección y formación integral de sus hijos, y esto se logra permitiéndoles sentirse responsables mediante la toma de decisiones relativas a sus descendientes. Las normas sobre capacidad jurídica de los niños y los adolescentes comprendidas en nuestra legislación interna deben compatibilizarse con los

¹ Véase el artículo 264 segunda parte (ley 23.515).

² Véase artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

principios y disposiciones de aquel instrumento internacional.

En este orden de ideas, creemos que dar protección no debe significar una restricción de capacidades o competencias que puedan afectar o lesionar el ámbito de la esfera jurídica de la persona.

En el caso que nos ocupa, resulta interesante proponer a lograr un equilibrio entre los derechos del niño y de sus padres, sin lesionar los de estos últimos. En todo caso, a los padres menores de edad se les debe garantizar un asesoramiento adecuado a efectos de tomar decisiones adecuadas a la magnitud de los actos que, respecto de sus propios hijos, deban decidir. Mas no ponderar el poder de decisorio de representante por sobre el representado, respecto de decisiones a tomar, para los hijos de este último.

El progenitor menor de edad no emancipado es un sujeto de derechos, que bien puede intervenir en las decisiones a tomar respecto de sus propios hijos. Tender a su proteccionismo absoluto, basándose en su calidad de incapaz, lejos de favorecerlos, los perjudica. Conforme a la realidad, ya no es posible sustentar una distinción tan tajante en la adjudicación de potestades a los padres, por el mero hecho de tratarse de menores que por contraer matrimonio se han emancipado. Hablamos de familias uniparentales, y existe un abanico de formas de organización familiar, que no se originan en el instituto del matrimonio. Por ello, debemos adecuar nuestra legislación para que no se transforme en “letra muerta”.

Ya no podemos mantener la concepción de una división tajante entre capacidad e incapacidad, como dos categorías de personas con capacidades de obrar diferentes, con base en una edad límite. De ahí la necesidad imperiosa de adecuar la norma escrita, compatibilizando los derechos de –al menos– dos personas menores de edad, el hijo y su o sus padres.

En ese sentido, en las XIX Jornadas de Derecho Civil, se dijo que “los progenitores menores adultos no emancipados tienen el ejercicio de todos los derechos y deberes que comprende la autoridad parental. Pueden celebrar acuerdos y reclamar en defensa de los intereses de sus hijos, sin necesidad de asistencia de sus padres”.³

Se propone que en el caso de los menores de edad no emancipados respecto de sus propios hijos, cuenten con el ejercicio de la patria potestad, con asistencia de los abuelos, en calidad de representantes legales. Estos tendrán a su cargo el control de los actos –de sus representados– actuando

juntamente con ellos, para que participen activamente en la crianza de sus hijos y no se transformen en meros espectadores de ese crecimiento.

Entendemos que “el interés superior de la persona menor de edad”,⁴ se refleja en el derecho a no ser separado de sus padres, y respecto de estos últimos, ese interés superior se trasluce la facultad de asumir y llevar a cabo su función como padre o madre.

El artículo 264 bis se refiere a hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos progenitores, que son menores adultos y no conviven, otorgando la tutela al progenitor que tenga a su hijo bajo su amparo o cuidado. Sin embargo, existen otras situaciones no contempladas por nuestra legislación, que han sido resueltas por la doctrina, a saber:

a) Una de ellas consiste en el reconocimiento del hijo por uno solo de los progenitores. En este caso, ya sea que viva solo o con sus padres, será uno de estos últimos quien ejercerá la tutela prevista por la norma en análisis.

b) Si los padres menores de edad han formado su propio hogar, se aplica el artículo 390 del Código Civil, en concordancia con el artículo 264 bis, y será el juez quien discernirá la tutela en cualquiera de los cuatro abuelos conforme a su idoneidad.

c) Si los padres menores de edad conviven y tienen su residencia con alguno de los abuelos se deberá preferir como tutor a estos últimos, determinado por la convivencia.

d) Si uno de los progenitores es mayor de edad y son convivientes, será este último quien ejerza la patria potestad de su hijo.

e) Si el niño reside con su padre menor de edad y los progenitores de éste, será uno de estos últimos quien ejerza la tutela prevista por el artículo que se pretende reformar.

f) Si los padres extramatrimoniales no se encuentran sujetos a patria potestad, sino a tutela, será el tutor del reconociente también el de su hijo. En cambio, si ambos reconocieron al niño y sólo uno está sujeto a tutela, mientras que el otro a patria potestad, la tutela legal deberá discernirse a favor del progenitor de este último, salvo que el juez, por aplicación del artículo 391 del Código Civil, considerara fundadamente que esta solución es la más idónea en interés del hijo.

Los derechos y deberes de vigilancia, corrección, elección del domicilio, educación, respeto y obediencia –propios de la patria potestad– corresponden a los progenitores, aunque sean menores de edad no emancipados. No así a los tutores abuelos, pues éstas son cuestiones en las que no necesitan representación, y que hacen a su condición de “padres”.

³ XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Rosario, provincia de Santa Fe, del 25 al 27 de septiembre de 2003, Comisión N° 5: Autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia (sesiones del 25 y 26 de septiembre de 2003), con respecto a las relaciones entre padres e hijos.

⁴ Véase el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entendemos que el padre adolescente debería poder participar de toda decisión que se adopte con relación a su hijo, porque es un sujeto de derechos. Teniéndose en cuenta, en cada caso particular, su edad y nivel de madurez alcanzado, con el objeto de no ocasionar un perjuicio a su hijo. También es dable la conducta —aunque no privativa de los menores de edad— de adolescentes que —sea por comodidad o por falta de compromiso— dejan que sus hijos sean criados por los abuelos. Creemos que si se les concede mayor participación en las decisiones adoptadas con relación a sus hijos, se les otorgaría un trato semejante a los adultos, fomentando actitudes más maduras y responsables.

La realidad nos trae la necesidad de que existen adolescentes que se alejan de sus lugares de origen a fin de estudiar o trabajar, y tienen hijos sin contraer matrimonio. Por lo que la posibilidad de que los abuelos tomen decisiones de relevancia con relación a sus nietos, puede generar en muchos casos más complicaciones que soluciones. No siempre los abuelos conocen la realidad de sus nietos, y hasta podría darse el caso de no mantener contacto personal o asiduo, y hasta —con las mejores intenciones— podrían negarse a otorgar una autorización o representación judicial sin tener un conocimiento acabado de la situación. Por lo que la norma prevista por nuestro Código se transforma —a todas luces— ser un injusto jurídico.

En este orden de ideas, creemos que dar protección no debe significar una restricción de capacidades o competencias que puedan afectar o lesionar el ámbito de la esfera jurídica de la persona. En el caso que nos ocupa, resulta interesante propender a lograr un equilibrio entre los derechos del niño y de sus padres, sin lesionar los de estos últimos. En todo caso, a los padres menores de edad, se les debe garantizar un asesoramiento adecuado a efectos de tomar decisiones adecuadas a la magnitud de los actos que respecto de sus propios hijos, deban decidir. Más no ponderar el poder decisorio del representante por sobre el representado, respecto de decisiones a tomar, para los hijos de este último.

El progenitor menor de edad no emancipado es un sujeto de derechos, que bien puede intervenir en las decisiones a tomar respecto de sus propios hijos. Tender a su proteccionismo absoluto, basándose en su calidad de incapaz, lejos de favorecerlos, los perjudica. Conforme a la realidad, ya no es posible sustentar una distinción tan tajante en la adjudicación de potestades a los padres, por el mero hecho de tratarse de menores que por contraer matrimonio, se han emancipado. Hoy día, la concep-

ción tradicional de familia matrimonial, ha caído en desuso. Hablamos de familias uniparentales, y existe un abanico de formas de organización familiar, que no se originan en el instituto del matrimonio. Por ello, debemos adecuar nuestra legislación para que no se transforme en “letra muerta”.

Por otro lado, el derecho del niño a no ser separado de sus padres, contemplado por el artículo 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, responde no sólo una unión física sino también a la posibilidad de ejercer todos los derechos y deberes propios de los progenitores. Por lo que consideramos más adecuado, el que se propone como modificación del artículo el sistema por el cual el ejercicio de la patria potestad quede en cabeza de los progenitores menores de edad no emancipados, pero con la asistencia de los abuelos, quienes controlarían sus actos aunque actuando conjuntamente. En caso de falta de acuerdo, deberá ser el juez quien resuelva la cuestión, teniendo como fundamento el interés superior del niño. Téngase presente aquí, que al contarse con la presencia de dos menores, la aplicación del artículo 3° de dicho convenio, estaría dado para unos, en el derecho a no ser separado de sus padres, para los otros en el de poder afrontar y llevar a cabo su función de padre.

Por todo lo expuesto solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto de ley.

*Alberto J. Beccani. — Pedro J. Azcoiti. —
Carlos J. Cecco. — Alicia E. Tate.*

ANTECEDENTE

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° — Se modifica el artículo 264 bis del Código Civil de la Nación Argentina, el que queda redactado como sigue:

Artículo 264 bis: 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 aquellos fuesen menores de edad no emancipados, respecto de sus propios hijos, gozan del ejercicio de la patria potestad, con asistencia de los abuelos. Estos últimos tendrán a su cargo el control de los actos juntamente con sus representantes.

Art. 2° — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

*Alberto J. Beccani. — Pedro J. Azcoiti. —
Carlos J. Cecco. — Alicia E. Tate.*