

D'Antonio, Daniel H.

*Patria potestad en iniciativas de reforma a la
legislación civil*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

D'Antonio, D. H. (2012). La patria potestad en iniciativas de reforma a la legislación civil [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/patria-potestad-iniciativas-reforma-legislacion.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LA PATRIA POTESTAD EN INICIATIVAS DE REFORMA A LA LEGISLACIÓN CIVIL

DANIEL H. D'ANTONIO

I. Diversidad semántica e identidad conceptual

a) La denominación de la institución y la percepción de “responsabilidad”

La denominación legal de la máxima institución protectora de la minoridad es nuevamente puesta en cuestión al proyectarse reformas a la legislación civil y, en la que ahora nos ocupa, proponiéndose reemplazar la tradicional referencia a la patria potestad por “responsabilidad parental”.

En su obra póstuma “La causa de los adolescentes” (Paidós, Buenos Aires, 2005) Françoise Dolto hace referencia a un libro del juez de Toulouse Philippe Chailloux en el cual se propone sustituir el concepto de autoridad paterna por el de responsabilidad, posición que comparte la autora señalando que la responsabilidad de los padres consiste en dar al hijo las armas para que pueda prescindir de ellos (ps. 197/198).

En nuestra doctrina ha sido Mizrahi quien abrazó con entusiasmo esta posición, partiendo de su concepción de que la palabra responsabilidad aparece como la más adecuada, en tanto es inherente al deber paterno de orientar al hijo en el camino a su autonomía, en contraposición a “autoridad”, que el autor encuentra conectada con el poder y poniendo el acento en la dependencia del niño (Mizrahi, Mauricio Luis, Familia, matrimonio y divorcio, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 138).

b) Patria potestad y autoridad de los padres

En la elaboración de la reforma de 1985 (ley 23.264) en Diputados prosperó la idea de reemplazar la tradicional denominación de la institución por el de “autoridad de los padres”, no concretándose tal iniciativa en Senadores y manteniéndose finalmente la referencia tradicional en el acápite y en las respectivas menciones legales.

Sin perjuicio de ello, se formularon expresas referencias a la autoridad de los padres, como sinónimo, pudiendo señalarse las volcadas en los artículos 308; 309 y 310, siendo oportuno recordar que el propio Vélez Sarsfield había efectuado mención de la autoridad paterna como sinónimo de patria potestad (artículo 276; su nota al artículo 305).

El Proyecto de Reforma de 1998, a su vez, denominó a la institución “patria potestad” (Título VII, Lib. III), más en la regulación de la institución asimiló tal denominación a la de “autoridad de los padres” (arts. 574 y concs.).

En la legislación comparada, en tanto, las similitudes existentes entre aquellas que mencionan patria potestad; autoridad de los padres, “potestágenitoriale” o “autoritéparentale” son notorias y di-

rigidas siempre a comprender tanto derechos como deberes paternos, sin olvidar la peculiaridad de tales derechos-deberes subjetivos familiares.

c) La autoridad paterna como “tipo puro” de transmisión cultural

La perfecta correlación existente entre “patria potestad” y “autoridad de los padres” deriva de que esta última –a diferencia de la errónea percepción que la vincula con el poder–, constituye un “tipo puro” dentro de las clasificaciones de la autoridad. Y ella se traduce en la transmisión intergeneracional de la cultura por parte de los mayores (Doval, Delfina- Rattero, Carina, Autoridad y transmisión. Niños y jóvenes en la mira; Novedux, Buenos Aires, 2011).

Por lo demás, quienes reniegan de la denominación “autoridad paterna” por encontrarla vinculada con el poder olvidan que existe autoridad sin poder y poder sin autoridad (ob. antes cit.), con lo que tal fundamento se vuelve carente de sustento.

d) La autoridad de los padres en la Convención sobre los Derechos del Niño

Esta Convención Internacional, de positividad reforzada conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 C.N., hace referencia al respeto por los Estados parte de las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres” (art. 5°), dejando expresamente establecidas las prerrogativas paternas; las conductas exigibles y las consecuencias de su incumplimiento o indebida satisfacción.

Nuestro derecho positivo interno no puede contradecir estas preceptivas jerarquizadas ni dejar lugar a resquicios donde pueda considerarse la inexistencia de derechos subjetivos familiares de los progenitores.

e) La responsabilidad, entre lo inexacto y lo difuso

La pretensión de reemplazar la denominación tradicional de la institución, como así también excluir toda referencia a “autoridad de los padres” es criticada con fundamento y claridad por Gérard Cornu, quien en la 8ª. edición de su “Droit civil. La famille” (Montchrestien, París, 2003) sostiene: “Il serait de très mauvaise inspiration d’ abandonner “autorité” pour “responsabilité”. Non seulement (on revient á l’ etymologie) parce qu’ “autorité” évoque justement le développement progressif qu’ il s’ agit de favoriser chez l’ enfant, mais parce que le terme “responsabilité” s’ est irréductiblement chargé, dans les multiples emplois que lui donnent la responsabilité civile, délictuelle ou contractuelle et la responsabilité penale...” (p. 150).

Esta imprecisión que se deriva de la palabra “responsabilidad” ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, que ha procurado delimitar los alcances de la acepción en los distintos ámbitos del mundo jurídico (v. Larrañaga, Pablo, El concepto de responsabilidad, Fontamara, México, 2000).

Queda evidenciado que el vocablo responsabilidad, tanto por su imprecisión como por estar vinculado a la percepción de la patria potestad como deber, se muestra inaplicable en relación con la patria potestad.

Ello aparece notorio cuando nos encontramos con un concepto de la institución que reproduce el acogido por nuestra legislación, concibiéndosela como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres..” y haciéndose numerosas referencias en la regulación de la institución a derechos y derechos-deberes de los progenitores.

No aparece de fácil explicación que el concepto de patria potestad sea idéntico al de “responsabilidad parental”, cuando –como observáramos– esta última avanza sobre la esencia y los caracteres de la institución.

Si se pretendiera que nos encontramos más allá de una mera discordancia semántica y se postulara una modificación en la esencia de la institución, ella debiera reflejarse en una regulación legal que excluyera la existencia de derechos o derechos-deberes paternos, lo cual no acontece.

II. La parentalidad como elemento discordante

Largo tiempo la doctrina francesa estuvo sumida en procurar superar las dificultades que se derivaban de considerar que la patria potestad se extendía más allá de la figura de los progenitores.

Son clásicos al respecto los trabajos de Demolombe y de Laurent, expresando este último autor que existía una singular confusión en la doctrina al admitirse dos potestades: la del padre y la madre y la de los demás ascendientes (v. D'Antonio; en Méndez Costa-Ferrer-D'Antonio, T. IV; Cap. Primero; § 8).

La confusión que sin dudas puede darse con la alusión a "parental" no solo habrá de producirse por el indubitable significado técnico-jurídico que la palabra tiene sino también por lo desdibujada regulación del parentesco, que a las justificadas críticas que se han formulado a las normas vigentes suma una errónea definición del parentesco por afinidad en el proyectado artículo 536.

Por lo demás, la propia regulación específica de la institución la muestra reservada a los padres, conclusión inequívoca en tanto la fuente de la patria potestad se encuentra en el vínculo filiatorio original y primario, excediendo el mero ámbito del parentesco.