

PONENCIA SOBRE EL TEMA 2

por el Dr. Guillermo A. Borda

PATRIA POTESTAD - PONENCIA

1) El ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos debe ser comparado entre ambos padres. Si uno de ellos muriese, el pleno ejercicio de la patria potestad corresponde al sobreviviente.

2) En caso de desacuerdo entre ellos, predominará la decisión del padre. Pero se reconoce a la madre un derecho excepcional de recurrir ante la justicia para hacer rever una decisión del padre que fuera abusiva o irrazonable.

3) En caso de que el matrimonio estuviera legalmente divorciado o separado de hecho, el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o madre que tenga la tenencia del menor, salvo el derecho de contralor del otro progenitor sobre la forma como se ejerce la patria potestad por el que tiene la tenencia. El cónyuge que tiene la tenencia no podrá sacar al menor fuera de la jurisdicción del último domicilio conyugal sin autorización del otro cónyuge o la venia supletoria del Juez. Para que el menor pueda viajar al extranjero se requiere la autorización de ambos cónyuges; el Juez solo podrá conceder autorización supletoria en caso de silencio o ausencia del otro progenitor.

4) En caso de hijos extramatrimoniales, la patria potestad será ejercida por el padre o madre que lo hubiera reconocido. Si ambos lo hubieren reconocido, será ejercido por el que tenga la tenencia salvo el derecho de contralor del otro. Si ambos padres convivieran junto con el hijo, se aplicarán los mismo principios que en el caso de hijos matrimoniales.

FUNDAMENTOS

Considero necesario que la ley refleje lo que ocurre en la realidad de la vida. Y lo que ocurre en ella es que ambos padres concurren al ejercicio de la patria potestad y particularmente a lo que es más esencial en ella, que es la educación y formación moral de los hijos. Por ello juzgo sano sentar explícitamente el principio de que la patria potestad es compartida por ambos padres. Pero aún en los matrimonios mejor avenidos suelen ocurrir discrepancias sobre determinados aspectos de esa educación, por lo cual parece lógico que la ley resuelva el problema sin tener que llevar el asunto ante los estrados de la justicia; y por ello, se da, como principio, predominancia a la opinión paterna, que es la solución tradicional. Pero bien puede ocurrir que la decisión del padre sea irrazonable o arbitraria; por ejemplo, si pretende que el hijo se eduque en un colegio en el que se enseña otra religión que aquella en que el menor fué bautizado o por la cual los cónyuges contrajeron matrimonio. En casos tales, debe preverse un recurso ante los jueces para impedir ese ejercicio irrazonable de la patria potestad.

La solución propuesta para el caso de matrimonios divorciados o separados de hecho parece ajustada a la más estricta lógica. El progenitor que tiene consigo a sus hijos debe gozar en su plenitud de los derechos que la patria potestad confiere, ya que pesan sobre él las cargas: alimentación, cuidado, educación, etc. Esto implica el derecho de representar al menor judicial o extrajudicialmente y el derecho de administrar sus bienes. Pero es necesario reconocer al otro cónyuge un

derecho de contralor y la facultad de recurrir ante la Justicia si el cónyuge que tiene la tenencia ejerce la patria potestad de modo irrazonable.

Pero el cónyuge que tiene la tenencia no puede cambiar su domicilio a extraña jurisdicción, sin la conformidad del otro cónyuge o la venia supletoria del Juez. Y ello debe ser así, porque cambiar de domicilio a otra jurisdicción, quizás lejana, supone dificultar y aún hacer imposible el cumplimiento del régimen de visitas a que tiene derecho el cónyuge que no ostenta la tenencia. Sin embargo, circunstancias especiales pueden hacer razonable el cambio de domicilio, por ejemplo, si el progenitor que tiene la tenencia es trasladado a otro lugar de trabajo o se le brinda una oportunidad excepcional de mejorar su nivel de vida o si el cambio de clima es aconsejable por razones de salud. Por ello debe brindarse la posibilidad de que el Juez autorice el cambio aún contra la oposición del otro progenitor. En cuanto a la posibilidad de sacar a los menores fuera del país, proponemos un regimen todavía más riguroso: se requiere la autorización de ambos padres y el Juez no podría otorgar esa autorización supletoria pedida por el cónyuge que tiene los hijos, sino en caso de silencio o ausencia del otro. En otras palabras: la oposición expresa de uno de los padres haría imposible conceder la autorización judicial para sacar del país a los menores. Con ello se quiere evitar el caso, no muy infrecuente, de hijos que han salido del país y han desaparecido para siempre.

En el caso de hijos extramatrimoniales se proponen soluciones análogas a los de los hijos legítimos, distinguiéndose distintas hipótesis, según ellos hayan sido reconocidos por uno o por ambos progenitores y según estos vivan o no unidos.

===